

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ
В УКРАЇНІ

Матеріали ХІХ звітної
науково-практичної конференції

(7-8 лютого 2013 р.)

Львів 2013

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XIX звітну науково-практичну конференцію "Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні", яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 7-8 лютого 2013 року. Тези доповідей і повідомлень подані в авторському варіанті.

Редакційна колегія:

- проф. А.М. Бойко (голова),
- доц. В.О. Семків (відп. секретар),
- проф. П.М. Рабінович,
- проф. В.М. Коссак,
- проф. В.Т. Нор,
- проф. П.Д. Пилипенко,
- проф. П.Ф. Гураль,
- проф. Б.Й. Тищик

Наукове редагування:

- доц. В.О. Семків

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні:
Матеріали XIX звітної науково-практичної конференції.
7-8 лютого 2013 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2013. – 380 с.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРИНЦИПИ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МІСЦЕВИХ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАЦІЙ

Буряк Я.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сутність і призначення правотворчої діяльності місцевих державних адміністрацій полягає в тому, щоб обрати саме такий варіант регулювання або юридичної регламентації, котрий би в повній мірі забезпечував права, свободи та інтереси як усіх громадян України, так і жителів відповідної адміністративно-територіальної одиниці, сприяв розвитку суспільства.

Правотворча діяльність місцевих державних адміністрацій ґрунтується на принципах, зумовлених, насамперед, статусом останніх, як місцевих органів виконавчої влади. Принципи правотворчості - це основні начала здійснення правотворчої діяльності. Дотримання принципів правотворчості дозволить досягнути оптимального результату в правотворчій діяльності

Значний внесок у дослідження проблем правотворчості зробили провідні українські і зарубіжні вчені: В.Б. Авер'янов, С.С.Алексєєв, Р.Ф. Васильєв, І.П. Голосніченко, Б.В. Дрейшев, В.С. Нерсесянц, Н.М. Марченко, А.С. Піголкін, І.Н. Сенякін, О.Ф. Скакун та багато інших.

Можна виділити дві групи принципів правотворчості місцевих державних адміністрацій: загальні та спеціальні.

До загальної групи слід віднести наступні принципи:

- принцип закріплення і забезпечення прав і свобод громадян. Відповідно до ст. 38 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» місцеві державні адміністрації забезпечують додержання прав і свобод громадян. Цей принцип у правотворчій діяльності місцевих державних адміністрацій проявляється у нормативному закріпленні особливого статусу людини серед інших соціальних цінностей. Даний принцип є гарантом демократичності правотворчого процесу у відносинах між місцевими державними адміністраціями і жителями відповідної адміністративно-територіальної одиниці.

- принципи, що закріплені в ст.3 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»:

- принцип верховенства права. Зазначений принцип передбачає відповідність розпоряджень місцевих державних адміністрацій праву як мірі загальної і рівної для всіх свободи і справедливості;

- принцип законності. Відповідно до ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Зміст даного принципу полягає у відповідності актів що видаються місцевими державними адміністраціями законам України та нормативно-правовим актам з дотриманням ієрархії нормативних актів.

- принцип гласності, що передбачає інформування місцевими державними адміністраціями населення про свою правотворчу діяльність.

- принцип відповідальності перед людиною і державою за свою діяльність, полягає у відшкодуванні за рахунок держави матеріальної шкоди, завданої незаконними рішеннями голів місцевих державних адміністрацій, діями чи бездіяльністю посадових осіб при здійсненні ними своїх повноважень;

- принцип пріоритетності прав людини. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про місцеві державні адміністрації», місцеві державні адміністрації в межах відповідної адміністративно-територіальної одиниці забезпечують, зокрема, додержання прав і свобод громадян. Зазначений принцип передбачає непорушність та недопустимість порушення прав людини, при виданні актів місцевими державними адміністраціями;

- принцип поєднання державних і місцевих інтересів передбачає врахування інтересів органів місцевого самоврядування та населення відповідної території при виданні актів місцевими державними адміністраціями.

Додатково варто виділити наступні принципи:

- принцип демократизму, який передбачає що правотворча діяльність місцевих державних адміністрацій повинна опиратися на загальні демократичні засади, на основі яких забезпечиться необхідний рівень стабільності та добробуту на відповідній території;

- принцип наукової обґрунтованості, який передбачає, що акти місцевих державних адміністрацій приймаються на основі аналізу економічної, фінансової, та інших складових регіону;

- принцип системності, передбачає що акти місцевих державних адміністрацій повинні бути логічними по своїй суті, не суперечити чинному законодавству України, бути узгодженими та мати цілісну структуру;

- принцип дотримання правотворчої техніки місцевими державними адміністраціями, що передбачає систему засобів, правил і прийомів підготовки актів.

До спеціальних принципів правотворчої діяльності місцевих державних адміністрацій слід віднести наступні:

- принцип планування та прогнозування, дозволяє уникнути хаотичності при здійсненні правотворчої діяльності місцевими державними адміністраціями, досягти внутрішньо узгодженої та несуперечливої, строго ієрархічної системи правових актів.

- принцип оперативності, що передбачає своєчасність правотворчої діяльності місцевих державних адміністрацій.

- принцип поєднання динамізму та стабільності, означає створення стабільного нормативно-правового акту місцевою державною адміністрацією, що одночасно не буде перешкоджати внесенню змін та доповнень до такого акту.

- принцип професіоналізму, означає що у правотворчому процесі місцевих державних адміністрацій приймають участь спеціалісти відповідних галузей, юристи, які мають відповідні знання та досвід створення проектів правових актів.

- принцип ефективності та послідовності правотворчої діяльності місцевих державних адміністрацій який проявляється у якості та дієвості прийнятих розпоряджень.

- принцип фінансової та матеріальної забезпеченості правового акту, який є необхідною умовою ефективності та дієвості актів місцевих державних адміністрацій.

- принцип інформаційно-правового забезпечення правотворчих рішень місцевих державних адміністрацій полягає в необхідності збору інформації про стан правового забезпечення в даній сфері суспільних відносин, перелічуються неврегульовані питання та пропонується механізм їх вирішення.

- принцип врахування специфіки регіону, передбачає врахування цілої низки факторів при підготовці та виданні актів місцевими державними адміністраціями, зокрема, переважання різних галузей господарства, географічне розташування регіону, демографічні показники, релігійні фактори, правова культура, звичаї та традиції регіону.

Таким чином, можна підсумувати, що додержання принципів правотворчої діяльності місцевими державними адміністраціями при підготовці розпорядчих актів є обов'язковою передумовою високої якості правових актів, їх повноти та узгодженості. Неухильне дотримання принципів правотворчого процесу під час підготовки проекту акта держадміністрації, призведе до видання якісного акту, що свідчитиме про ефективну роботу з його підготовки та видання.

ФОРМИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ

Галецька Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Форма національної імплементації відіграє важливу роль, оскільки визначає юридичну силу і місце міжнародного договору у системі внутрішньодержавного права окремої держави. Під формою (способом) національної імплементації розуміється метод або спосіб «узгодження міжнародного права з внутрішньодержавним» (В. Г. Буткевич). Міжнародно-правові норми не зобов'язують держави до застосування тієї чи іншої форми (способу) національної імплементації. Кожна держава самостійно обирає форму (спосіб) імплементації міжнародних договорів. Таким чином, важливо зрозуміти чинники, що зумовлюють переважання тієї чи іншої форми імплементації або поєднання кількох форм в межах однієї держави.

Значний внесок у дослідження проблем форм (способів) імплементації міжнародних договорів зробили провідні українські і зарубіжні юристи-міжнародники: В. Г. Буткевич, А. С. Гавердовський, Дж. Джексон, Ф. Куніг, Б. І. Осмінін, Р. А. Мюллерсон, Е. Т. Усенко, С. В. Черниченко та інших, а також ґрунтовним є дослідження, проведене Комітетом юридичних радників щодо публічного права Ради Європи (Committee of Legal Advisers on Public International Law of the Council of Europe (CAHDI)) у 2001 р., (Звіт «Надання державами згоди на обов'язковість міжнародних договорів» («Expression of Consent by States to Be Bound by a Treaty»)). Проте у цих працях зумовленість вибору державою форми імплементації не була самостійним предметом дослідження, а тому існує необхідність у більш глибокому дослідженні цієї проблематики.

У науковій літературі для позначення форм (способів) імплементації міжнародних договорів використовують наступні поняття: рецепція, трансформація, відсилання (відсилка). З точки зору дослідження зумовленості, на думку автора, найбільш зручна наступна класифікація форм імплементації за критерієм заходів, які необхідно вжити державі, що імплементує положення міжнародного договору (Б. І. Осмінін):

Матеріальна інкорпорація: положення міжнародного договору вводяться у внутрішньодержавне право шляхом прийняття законодавчих чи адміністративних актів, котрі адаптують норми міжнародних договорів відповідно до внутрішнього правопорядку тієї чи іншої країни. До держав з матеріальною інкорпорацією належать Великобританія, Ірландія, Швеція, Данія, Норвегія, Чехія (В. Г. Буткевич).

Автоматична інтеграція: норми міжнародних договорів автоматично стають частиною внутрішньодержавного права. (Андорра, Кіпр, Ліхтенштейн, Франція, Люксембург, Іспанія, Швейцарія, Нідерланди, Україна, Польща) (Б. І. Осмінін);

Формальна (процедурна) інкорпорація: норми міжнародного договору стають частиною внутрішньодержавного права через прийняття або опублікування закону чи адміністративного акту. Такі закони чи адміністративні акти мають лише процедурний характер і не адаптують положень міжнародного договору до внутрішньодержавного права.

На обрання форми імплементації впливає безліч факторів і таке поєднання факторів унікальне для кожної держави. Отже, на думку автора, можна виокремити та охарактеризувати наступні фактори, які можуть впливати на обрання тієї чи іншої форми імплементації, а саме:

1. Природа зобов'язань у міжнародному договорі.

Цей фактор бере свій початок від поділу договорів на самовиконувані та несамовиконувані: самовиконувані договори імплементуються шляхом автоматичної інтеграції, а для несамовиконуваних необхідна матеріальна інкорпорація. У деяких державах на законодавчому рівні закріплено поділ договорів на самовиконувані і несамовиконувані. Зокрема, ст. 5.3 Закону Російської Федерації «Про міжнародні договори» передбачає: «положення офіційно опублікованих міжнародних договорів Російської Федерації щодо яких не потрібне прийняття внутрішніх актів для їх застосування, мають пряме застосування на території Російської Федерації».

Для здійснення інших положень міжнародних договорів Російської Федерації, приймаються відповідні правові акти». Процитоване положення, по-суті, на законодавчому рівні закріплює поділ міжнародних договорів на самовиконувані і несамовиконувані. Варто відзначити, що відсутнє загальноприйняте на міжнародному рівні розмежування договорів на самовиконувані і несамовиконувані, а тому кожна держава самостійно визначає у своєму внутрішньому праві критерії самовиконуваності міжнародного договору.

2. Надання прямої дії нормам міжнародних договорів.

Пряма дія передбачає, що норма міжнародного договору може бути застосована суб'єктами права у певній державі безпосередньо. При автоматичній інтеграції та процедурній інкорпорації можлива пряма дія норм міжнародного права (залежно від рішення держави), а у випадку матеріальної інкорпорації пряма дія норм міжнародного права неможлива. При матеріальній інкорпорації існує ризик того, що зміст норми міжнародного договору буде суттєво адаптовано і конкретизовано до реалій тієї чи іншої держави, що може вплинути на зміст самої міжнародної норми. Більшість радянських вчених відстоювали позицію неможливості застосування прямої дії міжнародних договорів і необхідності матеріальної інкорпорації. Зокрема, «органи держави, юридичні та фізичні особи як суб'єкти внутрішнього права керуються правилами міжнародних договорів не безпосередньо, а опосередковано через владні акти держави, якими держава уповноважує їх діяти відповідним чином» (А. С. Гавердовский).

3. Внутрішньодержавна процедура надання згоди на обов'язковість, приєднання до міжнародного договору.

Якщо парламент не залучений на стадії надання згоди на обов'язковість міжнародного договору або приєднанні до міжнародного договору, то в такому разі зростає роль парламенту при імplementації такого міжнародного договору (Дж.Джексон). Наприклад, у країнах Вестмінстерської традиції (Великобританія, Ірландія) норми міжнародного договору імplementуються за допомогою прийняття внутрішніх нормативно-правових актів: 1) внутрішньодержавні нормативно-правові акти приймаються без відсилки до міжнародного договору, який, власне, і спричинив їх прийняття; 2) якщо держава може дотриматись своїх зобов'язань, передбачених у міжнародному договорі, без прийняття окремого внутрішнього акту (на рівні закону чи підзаконного нормативно-правового акту), то, відповідно, і відпадає потреба у прийнятті внутрішнього акту, а отже акт імplementації – відсутній; 3) прийняття акту, який інкорпорує текст договору у внутрішньодержавне право. Таким чином, рівень залученості парламенту до процедури надання згоди на обов'язковість міжнародного договору може визначати форму національної імplementації такого міжнародного договору.

4. Подібність положень міжнародного договору з внутрішнім законодавством держави, що імplementує міжнародний договір.

Внутрішнє законодавство держав, які мають найбільший вплив на створення положення міжнародного договору є найбільш подібним/співставним з положеннями такого міжнародного договору, а відповідно, таким державам не потрібно адаптувати своє законодавство і відповідно легше застосувати пряму дію. У протилежному випадку, держави можуть спробувати «помягшити» дію положень міжнародного договору і уникнути конкуренції з внутрішнім законодавством шляхом обрання найбільш внутрішньо прийняттого способу їх реалізації. Яскраво цей фактор ілюструє позиція Мюллерсона, котрий зазначає «формально проголошується примат міжнародного права над національним правом всіх держав, а фактично мав місце примат створеного у відповідності з основними принципами національного права великих буржуазних держав міжнародного права над національним правом» (Дж.Джексон).

5. Членство у складі об'єднань держав.

Усі держави, які перебували у складі СРСР, або мали тісні зв'язки з СРСР (за винятком Чеської Республіки) обрали автоматичну інтеграцію як форму імplementації. Подібно, Вестмінстерської традиції (матеріальна інкорпорація), яка була започаткована у Великобританії дотримуються також держави, які перебували у тісному політичному, економічному, культурному зв'язку з Великобританією, а саме Ізраїль, Мальта, Австралія, Канада (Дж.Джексон). Спільність історичних коренів або тривале перебування у складі одного об'єднання держав впливає на формування правової системи в цілому і на вибір форми імplementації зокрема.

Таким чином, можна підсумувати, що відсутня загальноприйнята класифікація форм (способів) імплементації та кожна держава вільна у виборі форми імплементації. Обрання форм імплементації зумовлюється значною кількістю факторів, кожен з цих факторів мав різний вплив і різну значимість для тої чи іншої держави.

ІДЕЯ СПРАВЕДЛИВОСТІ У ПРАВІ: ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

Гришук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед цінностей, що становлять онтологічну основу права, вагоме місце посідає справедливість. В юридичній та філософській літературі неодноразово підкреслювався саме ціннісний характер справедливості. Так, справедливість визначається як поняття моральної свідомості, що характеризує захід впливу та вимоги прав і благ особистостей або соціальної спільноти, міру вимогливості до особистості, правомірність оцінки економічних, політичних, правових явищ дійсності і вчинків людей, а також їх самооцінки. Висловлюються думки, що справедливість є попередньою умовою здійснення всіх інших цінностей, що визначають орієнтири в життєдіяльності людини. Крім того, зауважують, що справедливість має нормативну природу, належить до компетенції практичного розуму. Це означає, що вона більш чутлива до відмінностей, менш універсалізована. Мінімум справедливості в суспільстві гарантується правом. Однак право ґрунтується на «усередненій» нормі справедливості, тому чим різномірнішим є суспільство, тим відчутніший дефіцит справедливості та тенденції її перетворення в свою протилежність. Зміст і сутність справедливості передає біблійний вислів «кожному своє».

Проблема співвідношення справедливості і права, яка має дуже давню історію, оскільки будучи різними явищами, справедливість і право мають безліч точок перетину, які впродовж віків досліджуються мислителями, вченими. Сучасні філософсько-правові розробки цієї тематики ґрунтуються насамперед на працях: Платона, який одним із перших сформулював концепцію справедливості у її зв'язці із державою та правом в античні часи; Арістотеля – обговорення цим мислителем питання про те, як досягти в суді справедливості, загально визнано одним із важливих етапів розвитку юриспруденції; Цицерона, що повністю окреслив проблематику справедливості у її стосунках із правом; Ульпіана та запропонованого ним найуніверсальнішого формулювання справедливості.

На сьогодні можна виокремити певні тенденції у вивченні взаємозв'язку справедливості і права:

1. тлумачення справедливості як складної етико-соціальної і філософсько-правової категорії. Зокрема, Г. Радбрух вважає, що справедливість – це особливий феномен, що не може бути зведений ні до морального ідеалу, ні до права. В.П. Малахов відносить ідею справедливості до моральної свідомості, а те, що міркування справедливості постійно простежуються у правових відносинах, лише свідчить про реальну переплетеність різних форм соціально-духовної організації життя людей.

Г.Д. Гурвіч вважає, що з уваги на тісний взаємозв'язок понять права і справедливості в тих випадках, коли відсутня диференціація права від сукупності моральних, релігійних та інших норм, і у випадках, коли дослідник тяжіє до філософських концепцій, в межах яких подібна диференціація виявляється неможливою, термін «справедливість» розуміється у дуже широкому значенні та окреслює моральність у цілому. І лише за умови встановлення чіткого розмежування між моральним ідеалом, релігійним і справедливістю можна чітко визначити саме поняття справедливості.

2. дослідження правових можливостей справедливості через вивчення її функцій та виявів у правовій площині, а саме, у праві, правовому регулюванні, зокрема правотворчості та правозастосуванні, законодавстві. Досліджуючи співвідношення справедливості та права, Фрідріх фон Хайек указав, що право, яке складається із правил фізичної поведінки, має зовсім інший статус, який зумовлює для нього особливу назву (*nomos*) і також демонструє надзвичайну важливість відмежування його від інших розпоряджень, також іменованих правом, щоб у процесі розвитку цього виду права чітко простежувалися його особливі характеристики. Причина тут у тому, що, якщо хочемо зберегти вільне суспільство, то тільки та частина права,

яка складається із правил справедливої поведінки, повинна бути зобов'язувальна і обов'язкова для приватної особи – громадянина, а інша частина права має бути обов'язкова для членів урядових організацій. Ми побачимо, що втрата віри у право, що слугує справедливості, а не приватним інтересам чи приватним цілям уряду, є головною причиною поступального розмивання особистої свободи.

С.П. Погребняк вирізняє справедливість як основоположний принцип, засаду права. Він досліджує об'єктивну та суб'єктивну справедливість, формальну, змістовну і процедурну (суто процедурну, абсолютну і неабсолютну процедурну справедливість), роблячи водночас висновки про те, що всі види справедливості тісно пов'язані між собою.

С.І. Максимов визначає право через справедливість, тобто право – це втілена та закріплена в предметно-інституційних формах регулювання зовнішньої поведінки людей справедливість. Як якість правового закону, оцінює справедливість М.І. Козюбра.

В.С. Нерсесянц обстоює виключно правову, а не позаправову природу справедливості. Аналізуючи проблему правового закону, він формулює поняття формальної справедливості, що означає не збіг прав і обов'язків, а їх баланс, що визначається нормами об'єктивного права (закону) як допустимого, прийняттого для цих умов (місця і часу) компромісного співвідношення. Це і є, на його думку, формальна правова справедливість у дії.

3. дослідження справедливості та супроводжувальних її категорій у праві. Загальний принцип, який можна виявити, аналізуючи різні втілення ідеї справедливості, полягає у тому, що один стосовно одного люди мають право на певний відносний стан рівності. Тобто загальним і безумовним моментом усіх сучасних концепцій справедливості є ідея прав людини, визнання однакової поведінки з людьми і відмова від привілеїв та імунітетів, пов'язаних із національними релігійними ознаками, або нерівності, відповідно до якої розподіляються блага. Саме образ людини, на думку О.Г. Данильяна, певною мірою визначає вибір концепції справедливості.

Г.І. Іконнікова розуміє справедливість як правову рівність. На її думку, філософсько-правовий погляд на справедливість охоплює: 1) рівність усіх в однаковій дії, в однакових умовах; 2) взаємозв'язок учиненого і розплати; 3) рівновага між втратою і набутих (справедливий обмін). Але найбільш простий зміст принципу справедливості полягає у вимозі дотримання рівності.

Паралельно вчені аналізують також справедливість і еквівалентність, зокрема справедливість називають буттям еквівалентності в моралі. Принцип справедливості, як уважає В.М. Сирих, не наділений всезагальною дією у праві, оскільки: 1) предмет правового регулювання значно ширший за сферу дії справедливості у праві; 2) є низка правових відносин, які не повною мірою відповідають вимогам моралі; 3) справедливість є частиною правосвідомості і знаходиться за межами права. Саме тому, на його думку, основною ознакою права є не справедливість, а еквівалентність.

Ж.-Л. Бержель розмежовує справедливість і користь у праві: різні правові системи стикаються із двома головними альтернативами – справедливість чи корисність, з одного боку, та індивідуалізм чи колективізм, – з іншого. В результаті вчений робить висновок, що ідеологічною основою кожної правової системи можуть бути і ідея корисності, і ідея справедливості, які можуть виконувати в таку роль або по чергово, або одночасно.

Справедливість і юридична відповідальність у їх зв'язках і взаємодії досліджується П. Рікером, оскільки юридичне поняття відповідальності, з одного боку, потерпає від суперництва концептів, а з іншого – відзначається сталістю визначення ще з початку ХІХ ст., а також відсутністю «філософських предків стосовно того ж іменника, розщеплення та зміщення центру ваги у плані моральної філософії. А тому правник подає руку філософу і моралісту для віднайдення превентивної перестороги».

4. наявність у термінологічному апараті правових досліджень утворень типу: «надправо» (С.В. Черниченко), «неправове право», «неправо» (Г. Радбрух), «сила права» (Г.І. Іконнікова), які вводять у сферу правового аналізу категорію справедливості, зокрема в межах дослідження проблеми обумовленості права.

Як зазначає О. Хеффе, першопочатково справедливість означала лише відповідність чинному праву. Однак, уже давно поняття справедливості набуло більш широкого морального

значення, не втрачаючи тісний зв'язок з правом. За першого наближення воно означає зміст права з об'єктивної точки зору і добропорядність певної особи – із суб'єктивної. В якості об'єктивної справедливості воно є основним поняттям людських потреб: предметом людських прагнень і людських вимог одночасно. Жодна культура, жодна епоха не хочуть відмовлятися від справедливості, тому і сьогодні однією із основних цілей людства є панування у суспільстві і праві справедливості.

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ПРАВОВИЙ ПРОСТІР ТА ПРАВА ЛЮДИНИ (НАПРЯМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ)

Добрянський С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Нині є загально визнаним положення про те, що захист прав людини становить прерогативу не тільки національних держав, але й також певних міжнародних інституцій. Саме завдяки діяльності таких міжнародних утворень як Рада Європи (далі – РЄ) основоположні права людини зазнали небувалого змістовного урізноманітнення.

Не буде перебільшенням стверджувати, що в історії людства ще не було прецедентів такого динамічного становлення та розвитку інституту прав та свобод людини, як це відбулося завдяки діяльності щодо захисту прав людини, опосередкованого Європейським судом з прав людини (далі – Євросудом), створеного відповідно до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі - Конвенція). Практика Євросуду – це плацдарм формування сучасних новітніх міжнародно-європейських стандартів прав людини, які юридично і фактично виступають не лише суттєвим чинником трансформації законодавства окремих держав-членів РЄ, але й також *основою зближення міжнародної системи права*, зокрема системи права РЄ та національних європейських правових систем.

Україна, виявивши з перших кроків свого державного будівництва бажання зайняти належне місце у світовому співтоваристві природно не може лишатися осторонь таких процесів. Будучи європейською державою, на перше місце для України виходить завдання йти “в ногу” з принципами захисту прав людини, які вироблені тривалою практикою Євросуду. До дії міжнародних чинників необхідності трансформації законодавства у напрямку все більшого втілення принципу “верховенства права” у поточному законодавстві, долучаються певні внутрішні фактори, а саме: створення вперше у вітчизняній історії Конституційної Асамблеї, яка покликана розробити проект оновленої Конституції України, в тому числі й щодо удосконалення конституційно-правових норм щодо юридичного гарантування основоположних прав і свобод людини і громадянина.

Очевидно, що підвищення ступеня забезпеченості основоположних прав людини є можливе шляхом врахування відповідних стандартів, вироблених інституціями РЄ та відображені в її правових актах.

Охарактеризуємо окремі тенденції становлення та розвитку прав та свобод людини у європейському правовому просторі, а також висловимо певні міркування щодо значення таких тенденцій для удосконалення юридичного гарантування прав людини в Україні.

Розглянемо перш за все внесок інституцій РЄ у становлення принципу *універсальності та взаємопов’язаності* прав та свобод людини.

Системний аналіз Євроконвенції дозволяє виявити, що у сфері захисту цього акту тривалий час перебували головним чином права *політичні та особистісні* (за винятком права на безперешкодне користування майном, права на освіту та деяких інших прав людини). Однак такий стан речей з соціально-економічними правами негативно відображається на інституті прав людини в загальному, підриваючи певним чином його *універсальний характер*. Тому вимога ефективного захисту прав людини зумовила переміщення акцентів на пошук шляхів включення до сфери правового захисту також і соціально-економічних прав людини. Таким виступив додатковий протокол № 12 до Євроконвенції, який був відкритий для підписання 4 листопада 2000 р і набув чинності 1 квітня 2005 року. Цей документ передбачає загальну заборону дискримінації і включає до сфери міжнародно-судового Євросудом на *основі принципу рівності права, які не будучи закріпленими Євроконвенцією, отримали фіксацію у внутрішньому законодавстві держав-членів РЄ, а, відтак у сферу правового захисту потрапляють соціальні та економічні права людини*.

Відтак, можна стверджувати, що раніше закріплений у Євроконвенції *принцип недискримінації* у реалізації захищених нею прав, трансформувався у *право на недискримінацію* в ас-

пекті реалізації соціально-економічних прав людини, що перебувають у внутрішньому нормативному полі регулювання та захисту кожної з держав-членів РЄ.

Отже, у правовому полі РЄ отримує подальше втілення сформульована у вітчизняній правовій науці тенденція до *універсалізації концепції прав людини*, яка виражається у тому, що соціальні та економічні права людини нині визнаються не просто цілями соціально-економічного розвитку, а саме правами у власному розумінні цього слова. Таким чином, на Євросуд покладається сьогодні завдання юридичного гарантування усіх *міжнародно-визнаних* категорій прав людини: громадянських, політичних, соціальних, економічних та культурних.

Відтак цілком слушною видається висловлена у вітчизняній юридичній науці доповнити ст. 21 Конституції України положенням такого характеру: “Усі права та свободи людини є універсальними, взаємопов’язаними, невідчужуваними та непорушними”. Гадаємо, це дасть можливість привести українське законодавство у відповідність з найкращими європейськими надбаннями у царині захисту прав людини.

Особливої уваги заслуговує тенденція розвитку основоположних прав людини, яка виступила результатом юрисдикційної діяльності Євросуду, і може бути означена як *збагачення, урізноманітнення змістовного навантаження основоположних прав*. Задля кращого розуміння цієї тенденції розвитку інституту прав та свобод людини звернемося до деяких аспектів *теорії класифікації прав людини*.

Залежно від юридичної природи джерел міжнародного права, які фіксують права людини вони поділяються на: а) права людини, які закріплені у нормах міжнародного звичаєвого права (скажімо, заборона геноциду, рабства чи застосування тортур); б) права людини, які зафіксовані у нормах міжнародно-правових актів (які, у свою чергу, поділяються за ступенем формальної обов’язковості: 1) на формально-необов’язкові міжнародні акти, скажімо норми Загальної декларації прав людини, рекомендації міжнародних урядових та неурядових організацій, міжнародні норми щодо прав людини; 2) які можуть стати обов’язковими до виконання в силу усталених процедур ратифікації; в) ну, і нарешті, права людини, які були сформовані прецедентною практикою міжнародних правозахисних, перш за все судових органів. Прикладом останнього виду прав людини можуть слугувати права вироблені практикою Євросуду. Так ст.6 (1) Конвенції передбачає право на “справедливий та відкритий судовий розгляд впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом”. Однак у справі “*Голдер проти Об’єднаного Королівства*” від 1975 року Суд з прав людини дійшов висновку, що ст. 6 (1) гарантує *право доступу до суду* і відкинув той аргумент, що ст.6 торкається тільки процедури в суді. Більше того, це право було визнане як таке, що має бути доступним навіть для особи, яка відбуває тюремне ув’язнення в Англії, незважаючи на те, що відповідно до англійського цивільного процесу реалізувати це право на практиці складно. Іншим прикладом прав, які не сформульовані прямо в Конвенції, але впливають з рішень Євросуду, може бути *право на правову допомогу в цивільному процесі*. Ст. 6 п.3(с) Євроконвенції гарантує право на безкоштовну правову допомогу людині, якщо вона не має коштів для оплати правової допомоги захисника, тільки у кримінальному процесі. Між тим, Євросуд у справі “*Еарі проти Ірландії*” від 1997 року зауважив, що незважаючи на відсутність подібної норми для цивільного процесу, ст. 6 п.3 може спонукати державу забезпечити правову допомогу захисника, коли *така допомога необхідна для реального доступу до суду*. Іншими словами, ця справа передбачає, що брак правової допомоги позивачу у поданні позову може стати порушенням ст.6 Конвенції, особливо у випадках складних позовів та неможливості для позивача постати перед судом особисто.

Відтак слід визнати таким, що заслуговує на схвалення положення Закону України (ст.17) “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”, за яким рішення цього міжнародного судового органу визнані джерелом права в Україні. Адже практична реалізація положень цього закону дозволить забезпечити захист тих прав людини, які, не будучи сформовані у тексті Конвенції безпосередньо, отримали, тим не менше, відповідне формулювання у рішеннях Євросуду.

Разом з тим, ми не заперечуємо висловлені у вітчизняній науковій літературі пропозиції щодо необхідності подальшого удосконалення норм Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” в частині деталізації яка ж саме

практика Євросуду повинна вважатися джерелом права в Україні, адже незаперечним залишається той факт, що не усі рішення цього міжнародного судового органу містять, висловлюючись сучасною правовою мовою, “правоположення” значимі при вирішенні інших справ.

Ще однією новелою юридичного гарантування основоположних прав людини, яка виступає результатом діяльності юрисдикційного механізму, передбаченого Конвенцією, виступає якісно новий рівень гарантування прав людини на рівні законодавства окремих держав-членів РЄ. Мова йде, про принципово *новий багатовекторний механізм впливу на правову систему держав-порушників прав людини*, який формалізується через так звані “пілотні рішення”.

Євросуд вперше застосував процедуру постановлення «пілотного рішення» у справі «Broniowski v. Poland» від 22.06.2004 р. У ній Суд з прав людини зазначив, що про системні порушення слід говорити у випадках, “якщо факти у справі розкривають наявність у відповідній правовій системі дефектів, внаслідок яких певному колу суб’єктів було відмовлено або відмовляється в користуванні правами, закріпленими у Конвенції”, і, якщо виявлені «в національному праві та правозастосовній практиці дефекти можуть спричинити численні наступні скарги». До речі, подібна практика винесення «пілотного рішення» була застосована і щодо України у справі «Іванов проти України» від 18.09. 2009р., по якій України зобов’язана була вжити заходів до 15 січня 2012 р.

Отже, у європейському правовому просторі простежується тенденція підвищення рівня процесуальної гарантованості основоположних прав людини.

Ну і нарешті, видається доцільним згадати ще одну проблему, яка тривалий час жваво обговорювалася як зарубіжними, так і вітчизняними фахівцями. Йдеться про проблему розмежування компетенції щодо судового захисту прав людини у РЄ та в Європейському Союзі (далі - ЄС). Брайтонська декларація (19-20 квітня 2012 р.), котра підсумувала результати конференції держав-учасниць РЄ щодо “майбутності Європейського суду з прав людини”, у загальних та кінцевих положеннях (п. 36) констатує: “*Приєднання Європейського Союзу до Конвенції сприятиме послідовному здійсненню прав людини в Європі. У зв’язку з чим Конференція з задоволенням відзначає поступ у процесі підготовки проекту Угоди про приєднання та закликає до швидкого й успішного завершення цієї роботи*”.

Відтак, є підстави сподіватися про те, що намічаються шляхи “магістральної інтеграції” двох автономних європейських систем забезпечення основоположних прав людини РЄ та ЄС, і у скорому часі феномен *панєвропейської культури прав людини* набуде свого нового, і, щиро сподіваємося, завершеного вираження.

Охарактеризовані вище тенденції розвитку прав людини у європейському правовому просторі, гадаємо, отримають своє відповідне відображення у чинному законодавстві України, а, відтак, сприятимуть якісно новому рівню національного гарантування основоположних прав та свобод людини.

ФАКТОРИ, ЯКІ ВПЛИВАЮТЬ НА РОЗВИТОК ТЕРМІНОСИСТЕМ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Дудаш Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вступні зауваження. Поняття «юридична термінологія» можна розглядати у двох аспектах: 1) як систему юридичних термінів, що використовується у юридичній сфері та 2) як науку про юридичні терміни. Для позначення юридичної термінології у другому значенні краще послуговуватися терміном *юридичне термінознавство*.

З-поміж ознак юридичної термінології можна виокремити такі:

1) юридична термінологія – це система юридичних термінів юриспруденції в цілому (нормативно-правових актів, правозастосувальних актів, юридичної науки і практики);

2) юридична термінологія як системне утворення складається з терміносистем певних предметних сфер юриспруденції;

3) терміносистеми юриспруденції доцільно виокремлювати за такими двома критеріями як галузь юридичної науки та галузь законодавства (адже не всі юридичні терміни певної терміносистеми, які використовуються в науці, зафіксовані в законодавстві);

4) юридична термінологія має свою структуру, до якої входять терміносистеми, які перебувають у взаємозв'язках;

5) мінімальною одиницею в структурі юридичної термінології є односкладовий юридичний термін. Хоча кількісно в юридичних терміносистемах переважають складені юридичні терміни, утворені синтаксичним способом за моделлю «прикметник + іменник» (наприклад «право власності», «прямий умисел»);

6) для кожного юридичного терміна притаманне *термінологічне поле* – та юридична термінологія, за межами якої слово втрачає свою характеристику терміна. Наприклад, термін «суд» втрачає термінологічність за межами юридичних терміносистем, адже це слово літературної мови може позначати залежно від термінологічного поля його вживання і «суд Божий», «осуд», «розсуд».

7) термінологічне поле юридичного терміну пов'язується з терміносистемою через термінологічні групи. У термінологічному полі виокремлюють терміни-ядра, терміни центру та терміни периферії залежно від їх ролі у термінологічному полі. Наприклад, в терміносистемі цивільного права термінами ядрами можна вважати такі терміни як «зобов'язання», «право власності», «цивільні договори», а також інші терміни, які використовуються для позначень інститутів цивільного права як галузі права. Ті терміни, які використано для позначення юридичних понять у межах цього інституту, вважаються термінами центру. Наприклад, у договірному праві такі терміни як договір купівлі-продажу, договір поставки, договір найму тощо, а також терміни, які позначають сторін договору чи їх істотні умови, будуть термінами центру, а терміни, які пояснюють їх, а також загальнозживані слова, номенклатури чи абревіатури будуть вважатися термінами периферії. Слід зважати, що відмежувати терміни-ядра від термінів периферії можна лише обумовивши, про яку термінологічну систему і про яке термінологічне поле йдеться;

8) на формування терміносистем юриспруденції впливають явища об'єктивного характеру (складність юридичних явищ, які позначаються термінами; слова певної мови) та суб'єктивного характеру (праворозуміння, стан суспільної свідомості та культури).

Саме остання ознака юридичної термінології і є предметом аналізу у пропозованих тезах.

З огляду на взаємозв'язок мови та мислення, між юридичною термінологією (а точніше, між юридичними терміносистемами) та юридичним мисленням в широкому розумінні (таким, що охоплює праворозуміння, суспільну й індивідуальну свідомість, та особливості культури в цілому та правової культури зокрема) відбувається взаємодія. Розвиток термінології зумовлюється, в першу чергу, здійсненням правотворчої діяльності, яке є безпосереднім проявом коле-

ктивного юридичного мислення (йдеться про юридичне мислення проектувальників тексту джерела права та тих осіб, які його санкціонували та робили загальнообов'язковим як представники державних органів чи посадові особи). У свою чергу, результати термінотворення, втілені у тексті джерела права, впливають на подальший розвиток понять певної предметної галузі, оскільки створюють нове чи змінене правове регулювання, а відтак спричиняють зміни в ознаках поняття, що позначається тим чи іншим терміном. Наприклад, якщо порівняти текст «Конвенції про захист основних прав і свобод людини», який ратифікувала Верховна Рада у 1997 році, та той, котрий є чинним зараз (текст 2006 року, затверджений МЗС, в якому навіть назва Конвенції подана як «Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод»), можна побачити, що певні юридичні терміни було замінено. Так термін «законна мета» для позначення цілі, яка виправдовує обмеження конвенційних прав у різних статтях цієї Конвенції, було замінено на термін «легітимна мета», що призвело до цілком правильного розширення змісту поняття легітимна мета, яке згідно з Конвенцією позначає не лише ті цілі, які передбачені законом, але й ті, які спрямовані на захист суспільних чи громадських інтересів.

На розвиток терміносистем юриспруденції впливають гносеологічні та спеціально-юридичні фактори.

До *гносеологічних факторів* розвитку терміносистем можна віднести складність явищ, що позначаються юридичними термінами та їх розвиток, що викликає необхідність використання термінів для їх позначення. До прикладу, розвиток цивільного права призвів до необхідності введення двох термінів «строк» і «термін» для позначення того часу, який надається для виконання прав та обов'язків за цивільним правом у Цивільному кодексі 2003 року для відображення специфіки юридичних понять, котрі цими термінами позначаються.

До *спеціально-юридичних факторів* можна віднести наявність усвідомлення необхідності у правовому регулюванні певних суспільних відносин та її реалізація через створення проекту джерела права, у якому, відповідно, використані юридичні терміни. До спеціально-юридичних факторів може бути віднесено і усвідомлення необхідності заміни юридичного терміна, котрий позначає певне юридичне поняття. Наприклад, у тому ж Цивільному кодексі України термін старого кодексу «угода» було замінено на питомий український термін «правочин». Логіка законодавця полягала в тому, що термін угода є відповідником російського терміну «соглашение», а не терміну «сделка». Відповідно слід було обрати інший термін для позначення поняття про «сделку». Позначення ж терміном «угода» юридично значимих дій (правочину), спричинило б відсутність терміну для позначення того, що в російській мові є «соглашением». Тому на сучасному етапі у терміносистемі цивільного права відповідниками російського термінологічного ряду *сделка-соглашение-договор* (як би там не було, Цивільний кодекс 1963 року списували з російського аналога) є українськомовний термінологічний ряд *правочин – угода – договір*. Зрештою, у тексті Цивільного кодексу термін «угода» було замінено на український «домовленість» у визначенні договору (ст. 626 цього кодексу). Хоча в фаховому мовленні юристів і далі широко застосовується термін «угода».

Отже, на розвиток терміносистем юриспруденції є скрадним процесом, який вимагає спеціальних досліджень на межі юриспруденції та мовознавства для виявлення його закономірностей.

ПЛАНУВАННЯ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Косович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Постановка питання про планування нормотворчої діяльності ще десяток років тому викликала б застереження тільки тому, що йшлося про таке явище як планування, із яким пов'язувалось соціалістичне минуле нашої держави. Однак життя показало, що якщо в економічній сфері планування викликає серйозні та вагомні застереження, то в юридичній є певним чинником вдосконалення правотворчого процесу в Україні.

Увага до питань прогнозування та планування нормотворчої роботи простежується сьогодні не тільки через збільшення кількості наукових досліджень цієї теми, а й у формально-юридичному закріпленні обов'язковості планування нормопроектної (насамперед, законопроектної роботи). Пункт 12 Закону України від 10.02.2010 р. №1861-УІ "Про Регламент Верховної Ради України" передбачає, що Голова Верховної Ради України організовує розробку планів законопроектної роботи Верховної Ради. У Регламенті Кабінету Міністрів України, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р. №950, питанню планування законопроектної роботи присвячена ціла глава (глава 1 розділу 7). Нарешті у проекті Закону України "Про нормативно-правові акти" (внесений на розгляд Верховної Ради народним депутатом України Ю. Мірошніченком реєстр. №7409 від 01.12.2010р.). серед стадій нормотворчого процесу виділено таку як планування нормотворчої діяльності.

Наявний доктринально-юридичний матеріал є підґрунтям для висвітлення нормопроектувального планування.

Існує позиція, що планування правотворчої діяльності сьогодні в Україні охоплюються два терміни (й охоплені ними явища) – *прогнозування* та *планування*. При цьому прогнозування нормотворчої діяльності – це цілеспрямована діяльність держави в особі її суб'єктів нормотворення, спрямована на упорядкування нормотворчої діяльності на тривалий період шляхом прийняття відповідних правових актів без визначення видів нормативно-правових актів, які передбачається прийняти, їх назви, механізмів правового регулювання, виконавців та строків прийняття. Прогнозування здійснюється шляхом розроблення концепцій, наприклад, Указ Президента України від 05.03.2004 р. №278/2004 "Про Концепцію адаптації інституту державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу". Планування – це це цілеспрямована діяльність держави в особі її суб'єктів нормотворення, спрямована на упорядкування нормотворчої діяльності протягом конкретного періоду шляхом прийняття відповідних правових актів з визначенням конкретних видів нормативно-правових актів, які передбачається прийняти, їх назв, механізмів правового регулювання, виконавців та строків, наприклад, Указ Президента від 22.07.1998р. N 810/98, "Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні". Практично аналогічно пропонується розмежовувати плани законопроектів на програми і плани законопроектних робіт.

Як бачимо основна відмінність між прогнозуванням та плануванням-ступінь визначеності предмету, суб'єктів та строків нормотворчої діяльності.

Російські науковці пропонують також дещо простіше розуміння планування нормотворчої діяльності – це визначення проектів нормативно-правових актів і інших нормотворчих робіт, які підлягають розробці і здійсненню у близькому і далекому майбутньому.

Види. Поряд із наведеними основними видами планування нормопроектів, пропонуються й інші види їх розмежування. Залежно від часу на який визначається (поширюється) план нормопроектних робіт розрізняють:

- короткострокові (визначається послідовність і конкретні строки прийняття нормативно-правових актів), поточні (перелік нормативно-правових актів, етапи і строки підготовки, відповідальні органи. Термін до одного року), перспективні програми (визначаються напрями розвитку правового регулювання на п'ять і більше років);

- короткострокові (місяць), середньострокові (рік і менше), перспективні (програмні, у яких лише вказуються напрями правотворчої роботи);
- поточні (на рік) і перспективні (на п'ять років) плани.
- Різні види планування зумовлюють наявність декількох *форм планування*:
- проектування основних видів правопідготовчих робіт у політико-правових документах, які визначають внутрішню та зовнішню політику держави;
- включення правопідготовчих робіт у якості складових частин у плани повсякденної діяльності державних органів;
- підготовка спеціальних планів нормотворчої діяльності;
- складення графіків підготовки конкретних нормативно-правових актів.

Предметом планування виступають проекти нормативно-правових актів (галузі законодавства чи навіть напрями розвитку правового регулювання к перспективних програмах). Крім того у планах крім запланованих до прийняття проектів нормативно-правових актів мають вказуватись (хоча у значній мірі це зумовлюється знову ж таки видом планування) суб'єкти відповідальні за розробку проектів, етапи та строки їх підготовки, інші необхідні нормопроектувальні дії – внесення змін до законодавства, його систематизація, реєстрація тощо.

Суб'єктами планування нормопроектної роботи в ідеалі виступають нормотворчі суб'єкти. Хоча на практиці дане питання вирішується по різному, наприклад, коли йде мова про підготовку планів законодавчої діяльності. Як вказувалось вище, у Верховній Раді України організовує підготовку планів законопроектних робіт - голова Верховної Ради. Однак правом законодавчої ініціативи наділені й інші органи. Відповідно до параграфу 78 "Регламенту Кабінету Міністрів України" перспективний план законопроектів, що подаються Кабінетом Міністрів до Верховної Ради, розробляється Мін'юстом (на основі пропозицій центральних органів виконавчої влади, які беруть до уваги побажання Ради Міністрів АРК, обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій) і затверджується Кабінетом Міністрів України. Отож, можна побачити дві категорії суб'єктів планування – безпосередньо правотворчі суб'єкти і ті, які подають цим суб'єктам свої пропозиції стосовно нормопроекування. У пропозиція до перспективних та поточних планів, наприклад законодавчої діяльності, зазначають:

- орієнтована назва законопроекту;
- проблема яка потребує законодавчого врегулювання;
- підстави для розроблення законопроекту;
- строк внесення законопроекту до Кабінету Міністрів.

Підготовка плану нормопроектувальної роботи – це процес, що включає низку взаємозв'язаних дій. Підсумовуючи напрацювання вітчизняних та російських науковців можна виділити комплекс робіт, пов'язаних із створенням плану:

- визначення категорії суспільних відносин, що потребує правового регулювання;
- аналіз чинного законодавства, яке регулює ці відносини;
- отримання та узагальнення інформації від зацікавлених суб'єктів;
- підготовка проекту плану;
- узгодження із його виконавцями;
- затвердження плану правотворчим суб'єктом;
- організація виконання запланованих дій;
- контроль за виконанням плану нормо проектування та звіт про реалізацію запланованого перед правотворчим суб'єктом.

Значення планування законопроектної діяльності багатоаспектне (кожен із дослідників цього питання намагається додати щось своє). До найважливіших позитивів планового нормопроекування доцільно віднести такі як:

- можливість концентрації зусиль нормотворців на правовому регулюванні найважливіших для суспільства відносин;
- забезпечення повноти, збалансованості, наступності, комплексності право регулятивного впливу на суспільні відносини;
- забезпечення координації діяльності різних нормотворчих суб'єктів;

- забезпечення безперервного, рівномірного, такого, що відповідає суспільним потребам правотворчого процесу;
- усунення нестабільності правового регулювання;
- можливість попереднього визначення фінансових, організаційних та інших зусиль держави, необхідних для реалізації майбутнього нормативно-правового акта.

Перелік позитивів планування нормотворчої діяльності однак на сьогодні більшою мірою бажаний ніж реальний у силу низки причин:

- недостатньої нормативної урегульованості питання планування нормотворчої діяльності;
- загалом «неплановірна» нормотворча робота парламенту, уряду, глави держави практично унеможлиблює планування нормотворення іншими органами української держави;
- відсутність координації нормопроектувальної діяльності різних органів загалом і її планування тим паче;
- відсутність єдиного координаційного центру планування правотворчої діяльності в Україні;
- відсутність механізмів контролю за виконанням планів законопроектних робіт.

Вказане зобов'язує до пошуку шляхів удосконалення питання планування правотворчості в Україні. З цією метою, видається, необхідно:

- закріпити «правила» планування нормотворення в Україні в проекті Закону України «Про нормативно-правові акти»;
- до часу прийняття даного нормативно-правового акта внести відповідні положення до чинних законів України та методичних рекомендацій, які містять правила нормопроекткування.

ВПЛИВ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ НА ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ У КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

Мочульська М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В більшості держав, що входять до континентальної правової системи, в тому числі в Україні, пряме застосування правової доктрини при здійсненні правосуддя не передбачене. Хоча де факто правова доктрина здійснює опосередкований вплив на цей процес.

У континентальній правовій системі законодавчо передбачено можливість застосування судом правової доктрини лише у Швейцарії.

Цивільний кодекс Швейцарії у ст. 1 закріплює наступне положення: «Цей закон діє відповідно до його формулювання або тлумачення щодо всіх юридичних питань, з приводу яких він містить положення. За відсутності у ньому положення, суд приймає рішення відповідно до звичаєвого права і, за відсутності звичаєвого права, відповідно до правила, яке б встановив законодавець. При цьому суд повинен дотримуватися встановленої доктрини і прецедентного права.» У цій статті законодавець фактично встановив обов'язок суду дотримуватися доктрини при здійсненні правосуддя у разі прогальності законодавства.

Загалом можна виокремити декілька форм впливу правової доктрини на здійснення правосуддя у континентальній правовій системі:

1. Використання судами при здійсненні правосуддя висновків науково-правових експертиз.
2. Використання доктринальних методик судами при вирішенні справи та експертами при проведенні судової експертизи.
3. Використання правової доктрини міжнародними судами, як от Міжнародним Судом ООН, Європейським Судом з прав людини.
4. Обґрунтування судами прийнятого рішення положеннями правової доктрини.
5. Фактичне звернення суддів до наукових праць, зокрема коментарів нормативно-правових актів, наукових статей тощо.

Насамперед правова доктрина впливає на здійснення правосуддя шляхом використання судами висновків науково-правових експертиз по конкретній справі. Інколи суд не тільки враховує висновки науково-правових експертиз, у яких реалізується правова доктрина, а й мотивує своє рішення саме результатами проведення такої експертизи. Наприклад, Вищий Господарський Суд України неодноразово брав до уваги при розгляді справи висновок наукової експертизи. Зокрема у постанові ВГСУ по справі № 60/19-05/5-07 від 24 липня 2008 р. суд обґрунтовує своє рішення поряд із положеннями чинного законодавства висновком наукової експертизи: «Наявним у справі висновком Ради науково-правових експертиз при інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України від 28.09.2007 р. №126/232-с. також, підтверджується, що об'єкти соціально-побутового призначення, які були прийняті на баланс ВАТ “Броварисільбуд”, були споруджені за рахунок коштів їх попередника –Тресту “Броварисільбуд”, правонаступником якого було орендне підприємство “Броварисільбуд”»

У ФРН також знаходимо випадки обґрунтування прийнятого судом рішення висновком науково-правової експертизи. Зокрема, Верховний суд ФРН, вирішуючи справу про присудження соціальної допомоги колишній дружині померлого в Польщі громадянина ФРН при обґрунтуванні свого рішення посилається на висновки науково-правових експертиз: «Виходячи із Земельного закону (*керуючись висновками експертів Інституту східного права Мюнхена, зареєстрованого від 7.6.1995*, директивами Верховного суду щодо тлумачення права і судової практики в сфері утримання від 16.12.1987 і статтею 60 і 138 Польської збірки законів про сім'ю та опіку) впливає, що можна було вимагати підвищення виплачуваної допомоги на утримання і так звана «привілейована» вимога на утримання стосовно її колишнього чоловіка за польським законодавством відповідно до ст. 60 § 2 Польського Закону про опіку була би покрита на 37% доходами застрахованого.»

Наступною формою впливу правової доктрини на здійснення правосуддя у досліджуваній правовій системі є використання доктринальних методик як судами, так і експертами при проведенні судових експертиз.

Одним з прикладів є авторська методика визначення розміру компенсації моральної шкоди, створена професором А. М. Ерделевським. Законодавство України не закріплює методики, тобто сукупності способів та методів визначення розміру моральної шкоди, а містить лише перелік обставин, які повинні враховуватися судом при визначенні розміру відшкодування. В судовій практиці трапляються випадки визначення позовних вимог щодо розміру моральної шкоди на основі методики професора А. М. Ерделевського.

Наприклад, Жовтневий районний суд м. Кривого Рогу визначає методику професора А. М. Ерделевського такою, що підлягає застосуванню, що зазначено в ухвалі від 13 вересня 2012 року: «Дослідним інститутом судових експертиз ім. засл. проф. Н.С. Бокаріуса, зазначено, що листами Київського науково-дослідного інституту судових експертиз № 734 від 14 лютого 2005 року, Харківського Науково-дослідного інституту судових експертиз ім. засл. проф. Н.С. Бокаріуса № 592 від 7 лютого 2005 року, визначено, що психологічні експертизи відносно визначення наявності моральної шкоди та розміру його відшкодування проводяться в науково-експертних установах міст Харкова, Одеси, Донецька, Сімферополя та Львова. В свою чергу, дані установи користуються методикою Ерделевського, яка являється базовою. Дана методика була також узгоджена та погоджена Науково-методологічною радою по проблемам судової експертизи при Міністерстві юстиції України, тому станом на теперішній час являється єдиною, яка має офіційний характер.»

Справді, відповідно до Порядку атестації та державної реєстрації методик проведення судових експертиз, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 02.07.2008 року № 595, рішенням Координаційної ради з проблем судової експертизи при Міністерстві юстиції від 03.03.2010 року «Методика встановлення заподіяння моральної шкоди та метод оцінки розміру компенсації спричинених страждань» (розробник Ерделевський А.М.) внесена до Реєстру методик проведення судових експертиз (реєстраційний код 14.1.04).

Наступними формами впливу правової доктрини на застосування права є обґрунтування судами прийнятого рішення положеннями правової доктрини та фактичне звернення суддів до наукових джерел, зокрема коментарів нормативно-правових актів, наукових статей тощо. У мотивувальній частині рішень судів нерідко знаходимо посилання на науково-практичні коментарі кодексів та цитування їх змісту, а також відтворення положень правової доктрини.

Наприклад, розглядаючи справу про витребування майна від добросовісного набувача Переяслав-Хмельницький міськрайонний суд Київської області у рішенні від 04 лютого 2011 року посилається на науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: «Правова доктрина виходить з наступного: віндикаційним визнається позов власника, що не володіє до невласника, що незаконно володіє, про вилучення майна в натурі. Незаконне володіння майном, якщо воно не має правової підстави (наприклад, володіння украденою річчю) або права підстава якого недійсна (володіння встановлено в результаті недійсного правочину). Тому власник може вимагати повернення свого майна лише в тому випадку, якщо інша особа володіє його майном незаконно (Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар./ За ред. Є.О.Харитоновна, О.І.Харитонової, Н.Ю.Голубевої. 2-е вид., перероб. та доп. - К.: Правова єдність, 2009. - 744с.)». В цьому випадку суд у рішенні наводить положення правової доктрини, що стосується права власності, та посилається на науково-практичний коментар Цивільного кодексу України.

Поряд з національними судами застосування правової доктрини здійснюється також міжнародними судовими інстанціями, зокрема Міжнародним Судом ООН, Європейським Судом з прав людини.

Застосування правової доктрини Міжнародним Судом ООН передбачене ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, відповідно до якої суд зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права та при цьому застосовує:

- а) міжнародні конвенції як загальні, так і спеціальні;
- б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми;
- с) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями;

d) з застереженням, зазначеним у статті 59, судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм.

Посилання на правову доктрину знаходимо у рішеннях Європейського Суду з прав людини, який в більшості випадків відтворює національну правову доктрину з посиланням на наукові джерела. Наприклад, у рішенні по справі Романенко та інші проти Росії Європейський Суд посилається на конкретні доктринальні розробки, тобто наукові праці, а також аналізує їх основні положення: «Доктрина «групового наклепу» має глибокі корені в цивільно-правовій традиції (див. *King v. Alme & Nott*, 91 Eng. Rep. 790 (1700) (per curiam); *Eastwood v. Holmes*, 1 F. & F. 347, 175 Eng. Rep. 758 (1858); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964))», «Суд постійно дотримувався думки, що преса "як правило, має право, за сприяння громадських дебатів з питань, що становлять законний інтерес, покладатися на зміст офіційних звітів без потреби проведення незалежних досліджень" (див. *Colombani and Others v. France*, no. 51279/99, § 47, ECHR 2002-V; also *Selistö v. Finland*, no. 56767/00, § 60, 16 November 2004) .. Аналогічна добре розвинена правова доктрина вже давно закріпилася в юриспруденції США».

Аналогічно у рішенні по справі *Vusić* проти Хорватії Європейський суд посилається на наукову працю відомого хорватського науковця та наводить витяг з неї: «Хорватська правова доктрина (див. С. Triva і М. Діка, *Gradansko parnično procesno*, Загреб, 2004, с. 356) описує так звану внутрішню обов'язкову силу судових рішень, постановлених у порядку цивільного судочинства наступним чином...»

У наведених рішеннях Європейського Суду з прав людини відображено застосування Судом правової доктрини, яке здійснюється шляхом розкриття змісту національних правових доктрин, його аналізу або ж посилання на конкретні наукові джерела.

Незважаючи на законодавче закріплення обов'язковості рішень Європейського суду з прав людини у Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», фактичні випадки їх виконання в Україні є поодинокими. Як слушно стверджує О. Соловійов «реалізація приписів Закону про застосування практики Суду в частині визначення практики Суду джерелом права в Україні залишається вельми проблематичною, а сам закон у відповідній частині є значною мірою декларативним.»

Наведені та проаналізовані форми впливу правової доктрини на здійснення правосуддя свідчать про те, що правова доктрина відіграє важливу роль у процесі застосування права у континентальній правовій системі. Однак у континентальному праві відсутнє законодавче регулювання порядку та форм застосування судами правової доктрини. Фактичне використання правової доктрини судами зумовлює необхідність законодавчого врегулювання цього процесу.

СТРУКТУРА СУДОВОГО ПІЗНАННЯ

Ратушна Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під час здійснення юрисдикційної правозастосовної діяльності, різновидом якої є судовий процес, відбувається відображення фактів об'єктивної дійсності і, як наслідок, їх пізнання. Останнє включає встановлення фактичних обставин справи, а також з'ясування їх шляхом тлумачення правових приписів, що застосовуються до даних обставин. Пізнання фактів дійсності дає необхідну інформацію для ухвалення рішення, що має ґрунтуватись на даних, отриманих в результаті пізнання фактів.

Будь-який пізнавальний акт має багатомірну (в ґносеологічному розумінні) структуру. В цій структурі виділяють чотири складових: 1) об'єктивну складову (реальні процеси, події); 2) інформаційну складову (інформаційні посередники, що забезпечують передачу інформації від джерела до приймача інформації - засобу фіксації); 3) практичну детермінацію факту (обумовленість існуючими в певну епоху якісними і кількісними можливостями спостереження, вимірювання, експерименту); 4) когнитивну детермінацію пізнавального акту (залежність способів фіксації і інтерпретації від системи вихідних абстракцій теорії, теоретичних схем, психологічних установок тощо).

Звужуючи фокус дослідження, у структурі юридичного пізнання першим (центральним) елементом виокремлюють свідомість (правосвідомість), яка містить особливості правової ідеології і правової психології, в характерній для даної професії системі правових знань, уявлень, ціннісних орієнтацій, а також почуттів, емоцій, настрою, звичок.

Другим елементом юридичного пізнання виокремлюють вітальні особливості особи, а також специфіку її функціонування як біологічного організму, що дає можливість сприйняття суб'єктом пізнання інформації. Третім елементом є власне інформаційний потік, який через органи чуття намагається проникнути у свідомість суб'єкта пізнання. Крім цього, в науковій літературі структуру юридичного пізнання розглядають і з точки зору ступеня пізнаваності факту та виділяють в його складі чотири рівні пізнання юридичного факту.

На думку інших дослідників процесу, структура судового пізнання може бути відображена схемою: отримання відомостей (інформації) - трансформація відомостей в доказ - висновки про факт.

Також у структурі судово-пізнавальної діяльності організаційно виділяють *підготовчу* стадію, стадію *безпосереднього сприйняття* та *заключну* стадію, у межах кожної з яких згідно з розв'язуваними завданнями пропонується розрізняти окремі відносно самостійні етапи, кожен з яких складається з певної кількості окремих дій, спрямованих на розв'язання конкретних пізнавальних завдань. Така логіка структурування, як видається, може бути застосована до будь-якого виду людської діяльності і не виокремлює особливостей структури судового пізнання.

Виходячи з того, що судове пізнання – це психофізіологічний процес, найбільш вдалу його структуру запропонував, на наш погляд, В. Новицький. Зокрема, вказаний автор виділяє такі його компоненти як *сприйняття*, *мислення* та *відтворення*. Вважаючи *відтворення* кінцевим моментом пізнання, автор, разом з тим вважає, що у судовому пізнанні відтворення має факультативний та необов'язковий характер і залежить від волі суб'єкта. Така позиція автора базується на тому, що «думки складають зміст» мови. Якщо процесуальний інтерес суб'єкта доказування не дозволяє йому висловлювати свої думки, то він відмовляється відтворювати наявну в нього інформацію про певну обставину, що має значення для судової справи. Винятком з такої ситуації, на думку В. Новицького, є випадки, коли в силу закону, наприклад, прокурор зобов'язаний викласти свою правову позицію.

На противагу поглядам В. Новицького, видається, що у структурі судового пізнання відтворення має вирішальне значення і не може вважатись факультативним елементом. Насправді, не лише прокурор, а також суд, представники та захисники сторін зобов'язані висловити

свою позицію з приводу обставин справи. Невисловлена ними правова позиція (усно чи письмово у процесуальних документах) з приводу досліджуваних обставин не буде мати значення для судового пізнання і не вплине на результат розгляду справи. Коли ж ідеться про інших суб'єктів доказування, які здійснюють просте пізнання, зокрема, це позивачі та відповідачі, потерпілий та підсудний, то, як свідчить судова практика, вони, зазвичай, беруть активну участь у висловленні своєї позиції з приводу досліджуваних обставин. Інша справа, що така їх позиція може не відповідати фактичним обставинам справи через нерозуміння, умисне перекручування інформації чи невміння висловити свою думку.

Таким чином, судові пізнання мусить обов'язково бути відтвореним та оприлюдненим, оскільки будь-яка важлива для судової справи інформація має бути донесена до учасників судового розгляду у певних процесуальних формах або навіть доведена до широкого загалу у передбачених законом випадках. Якщо ж така інформація є відома лише одному зі суб'єктів доказування та вмисно чи невмисно не стала надбанням усіх учасників судової справи, то вона не є об'єктом судового пізнання і не може бути підґрунтям для ухвалення рішення.

Особлива роль у відтворенні результатів судового пізнання покладається на суд, який, зобов'язаний у судовому рішенні детально обґрунтувати та мотивувати, чому і на яких підставах він прийшов до того чи іншого висновку, тим самим довести правосудність свого рішення. Пізнання судом обставин справи лише «для себе» і ухвалення на їх основі рішення не допускається.

ПРАВО НА ШЛЮБ ТА СІМ'Ю У СВІТЛІ ПРАВОСЛАВНОЇ ЦЕРКВИ

Цебенко С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблематика права людини на шлюб та сім'ю розглядається в документах православної церкви, зокрема в Основах соціальної концепції Російської Православної Церкви (далі – РПЦ) 2000 р., в Основах вчення РПЦ про гідність, свободу і права людини» 2008 р., в Окружному посланні Священного Синоду Американської Православної Церкви про шлюб від 29 січня 2003 р., у Зверненні Болгарської Православної Церкви проти легалізації «громадянських шлюбів» від 25 червня 2008 р., у Декларації Ювілейного помісного собору Української Православної Церкви Київського Патріархату (далі – УПЦ КП) «Церква і світ на початку третього тисячоліття» 2003 р. та у Зверненні Християнських Церков України до держави та українського народу від 01.06.2004 р.

Православна релігія вважає сім'ю домашньою церквою, а це означає, що сім'я – це благословенний Богом союз чоловіка і жінки, який створює природні умови для нормального виховання дітей та припиняється лише зі смертю. Основним призначенням сім'ї за задумом Божим є дітонародження і розмноження людського роду. Сім'я, з позиції церкви, є основою міцної держави, здорової нації і суспільства, оскільки вона відіграє виняткову роль у вихованні людини, адже через неї передаються звичаї, традиції, моральні та релігійні цінності.

Шлюб, з позиції церкви, – це не просто юридична угода для задоволення тимчасових потреб, а є таїнством любові, вічним єднанням чоловіка та жінки одне з одним у Христі. Законодавство більшості країн та міжнародні акти, в тому числі й ЄКПЛ, у ст.12, гарантуючи право на вступ у шлюб, передбачають традиційний шлюб між особами різної статі.

Шлюб, укладений відповідно до державних законів визнається церквою, проте вона наполягає, щоб християнське подружжя отримало благословення через таїнство церковного шлюбу. Серед умов для укладення церковного шлюбу є відсутність кровного споріднення між подружжям та спільність віри подружжя. Не може бути освяченим шлюб із транссексуалом (особою, яка хірургічно змінила стать). Вихідним положенням з якого виходив Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) розглядаючи справи щодо порушення ст.8 Конвенції було право на укладення шлюбу між чоловіком і жінкою, враховуючи різну стать подружжя. Проте у зв'язку з розвитком самого інституту шлюбу та з прогресом медицини і науки у цій сфері суд змінив свою позицію щодо того, що стать має визначатись чисто біологічними критеріями, допускаючи створення сім'ї особами, які наскільки це можливо, наблизилися до статі, до якої мають почуття приналежності, в тому числі й хірургічним шляхом, за умови, що це дозволено національним законодавством.

Православні церкви виступають за надання законної сили так званому церковному шлюбу, що дозволяє не реєструвати їх у державних органах. Зокрема в Грузії держава визнає шлюб, зареєстрований церквою. У Греції православна церква не відділена від держави і довгий час в країні визнавалися тільки церковні шлюби, лише з 1982 р. був визнаний законним і цивільний шлюб. Крім того, у Греції тайна хрещення прирівнюється до цивільного акту реєстрації народження. В Україні релігійний обряд шлюбу не має правового значення і вінчання у церкві, згідно законодавства, не породжує прав та обов'язків подружжя.

Шлюб, з позиції церкви, укладається на все життя, але у випадку смерті одного з подружжя або у випадку визнання церквою шлюбу недійсним православна релігія допускає другий і третій шлюб через людську неміч, хоча не вважає це нормою навіть для вдів і вдівців; але категорично забороняє четвертий шлюб за будь-яких обставин.

Православна церква негативно ставиться до розлучень. Єдиною причиною для розлучення УПЦ КП називає гріх перелюбу. РПЦ має досить великий перелік випадків можливого так званого «церковного розлучення»: 1) відвернення подружжя або одного з них від православ'я; 2) неспроможність до шлюбного співжиття, яка настала до укладення шлюбу або стала

наслідком умисного самокалічення; 3) захворювання сифілісом або СНІДом; 4) один з подружжя довгий період часу є безвісно відсутній; 5) засудження до покарання з позбавленням всіх прав власності; 6) посягання на життя або здоров'я одного з подружжя або дітей; 7) невиліковна тяжка душевна хвороба; 8) зловмисне залишення (покинення) одним з подружжя іншого; 9) поставлений медичний діагноз: хронічний алкоголізм чи наркоманія; 10) здійснення дружиною абортів при незгоді чоловіка. Після законного церковного розлучення православна церква дозволяє другий шлюб тому з подружжя, який невинен у розірванні шлюбу. На відміну від церкви, юриспруденція не має обмежень щодо розлучень і Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. та практика ЄСПЛ гарантують розведеній особі право на вступ у другий чи інші наступні шлюби.

Засудження чи негативну оцінку з боку православної церкви отримали:

1) дошлюбні статеві відносин, різноманітні збочення та так звана «статева освіта», яка це пропагує. Зокрема, Антіохійська Православна Церква застерігає людей від так званих «ігор» в сім'ю: сім'я «живемо разом», «пробна сім'я» («якщо не сподобається, розійдемося»), «спільна сім'я» (обмін другим з подружжя, наприклад, жінками), «відкрита сім'я» (там, де партнери переслідують свої власні егоїстичні інтереси). Церковнослужителі закликають людей до офіційних (зареєстрованих) відносин, оскільки документ про шлюб зобов'язує осіб піклуватися один про одного, регулює відносини подружжя між собою та між батьками і дітьми, захищає власність тощо;

2) фактичне проживання двоє людей, але які юридично не реєструють своїх відносин (тобто негативно ставиться до так званих «цивільних шлюбів»);

3) введення шлюбного договору, оскільки він позбавляє шлюб цінності, перетворюючи союз любові в угоду, яка обумовлює майнові відносини та полегшує прийняття рішення про розірвання подружжям шлюбу;

4) гомосексуалізм, як гріховне пошкодження людської природи, і православна церква не погоджується з тим, що це одна з сексуальних орієнтацій. Наприклад, Болгарська Православна Церква виступила проти гей-параду в Софії, вважаючи це безстыдством і ганебною демонстрацією тяжкого смертного гріха зі згубними наслідками для суспільства і, особливо, для молоді.

5) одностатеві шлюби, адже шлюб, з позиції православної церкви є можливий тільки між чоловіком і жінкою. У цьому контексті церква не сприймає ситуації, коли держава чи міжнародна організація рекомендує уникати слова «мама» і «тато» в офіційній документації, а частіше вживати слова «народжував 1» і «народжував 2» (зокрема, у 2010 р. Рада Європи прийняла таку рекомендацію; у 2007 р. Шотландська Національна служба охорони здоров'я прийняла стосовно цього директиву для медперсоналу; з лютого 2011 р. Державний департамент США виключив слова «мама» і «тато» при оформленні заяв на паспорт та іншій офіційній документації). З позиції церкви недопустимо відноситися до шлюбу зарозуміло або негативно;

6) порнографію та пропаганду статевої розпусти, які особливо негативно, з позиції церкви, впливають на свідомість дітей та підлітків, адже людина у цій ситуації керується скоріше інстинктами й не враховує духовні та моральні цінності;

7) проституцію і так звану «вільну любов», бо всі цінності, які притаманні шлюбним відносинам (жертвність, відповідальність один за одного), на думку православної церкви, втрачають свій сенс.

Підсумовуючи розгляд права на шлюб і сім'ю варто зазначити, що це право людини на думку православної релігії є священним правом чоловіка і жінки на створення сім'ї, основним даром якої є дітонародження та розмноження людського роду. Шлюб, з позиції церкви, є одним з основних таїнств, яке освячується Богом в церкві, тому вона негативно ставиться до дошлюбних відносин, до так званих «ігор» в сім'ю, до «цивільного шлюбу» та деяких інших явищ, які існують у суспільстві та частина з них уже закріплена у нормативно-правових актах на національному та міжнародному рівнях.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ПЕТРО СТЕБЕЛЬСЬКИЙ – ОСНОВОПОЛОЖНИК УКРАЇНСЬКОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НАУКИ

Андрусяк Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток національної науки нерозривно пов'язаний з формуванням модерної нації, утвердженням національної мови у всіх сферах суспільного буття. На зміну латині, як загальноєвропейської мови науки, незнаній і незрозумілій широким верствам народу, приходять рідна мова. Це, з одного боку, обмежує можливості єдиного загальноєвропейського наукового простору, що почав формуватися ще в Середньовіччі, з другого – робить науку складовою духовної, інтелектуальної сфери буття нації, основою її подальшого прогресу.

Львівський університет є яскравим прикладом ключового значення науки та вищої школи у національному становленні та розвитку. Спершу латиномовний, як і будь-який інший європейський університет, він, на початку ХІХ ст. стає німецькомовним. Це свідчить про а) зміну його спрямованості на вирішення, в першу чергу, внутрішньодержавних потреб у фахівців вищої кваліфікації, б) посилення державно-регуляційних процесів на все ширші сфери суспільного буття, іншими словами, підвищення ролі і значення держави для кожного громадянина, її трансформацію зі станової, в якій в сфері державно-правового життя задіяні головні представники вищого соціального стану, а представники нижчого взагалі перебувають поза державним впливом (для кріпака його пан уособлює і законодавчу, і виконавчу, і судову владу) в сучасну, де кожен громадянин, так чи інакше задіяний в державно-правових відносинах. Процесам формування сучасної держави в більшості європейських країн притаманні централізаційні та уніфікаційні процеси. Одним з ключових елементів при цьому виступає загальнодержавна мова, як механізм формування єдиної загальнодержавної спільноти зі всіх народів, що силою історичних обставин опинилися в межах даної країни. Починаються процеси офранцузження, германізації, русифікації, тощо. Весна народів 1848 р. продемонструвала реакційність цих тенденцій. Частина європейських народів, позбавлених власної держави, отримує можливість для повноцінного національного розвитку в межах тих країн, до складу яких входять їх етнічні землі. Частина – таких можливостей не отримала до Першої світової війни. Державою, народи якої отримали можливості для повноцінного розвитку, стала Австрійська імперія, що стала фактичною федерацією народів, за що в російській імперській, а пізніше, і в радянській пропагандистській літературі отримала зневажливе окреслення як «лоскутна»/«клаптикова» монархія (на відміну від Російської імперії чи Радянського Союзу з єдиним «руським»/«советським» народом, єдиною вірою/ідеологією, єдиною «общепонятною» мовою).

В 1848 р. у Львівському університеті українська мова офіційно стає мовою науки і вищої школи. Саме це є підставою для твердження, що саме у Львівському університеті зароджується і починає свій розвиток сучасна українська наука загалом, і юридична, зокрема. Сказане жодною мірою не означає применшення ролі та значення наукових здобутків університетів, що були створені та успішно функціонували на українських землях в межах Російської імперії, зокрема університети в Харкові, Києві, пізніше Одесі. Неможливо уявити історію чи науку Київського національного університету ім. Тараса Шевченка без здобутків Університету св. Володимира. Проте не слід забувати, що українська мова стала мовою вищої школи і науки в Київському університеті тільки в 1918 р., тобто через 70 років після того як вона зазвучала у стінах Львівського університету. А згадані вище університети були складовою частиною єдиної системи науки і освіти Російської імперії, і нічим не відрізнялися від будь-якого іншого університету, та мали своїм завданням русифікацію й зміцнення самодержавства.

Кафедри цивільного права і процесу та кримінального права і процесу були відкриті на юридичному факультеті Львівського університету 1862 р. Її зайняв Владислав Сроковський.

Він викладав до 1868 р., після чого був переведений на роботу в Чернівці. Після нього кафедру зайняв Іван Добрянський, проте він як і його попередник, був більшою мірою практик, ніж вчений і викладач, тому радо поступився кафедрою Петру Стебельському – першому звичайному професору кримінального права з українською мовою викладання у Львівському університеті, якого й слід вважати основоположником української кримінально-правової науки, оскільки він є автором перших україномовних підручників (посібників) з кримінального права та кримінального процесу, а також наукових праць з кримінально-правової проблематики написаних українською мовою.

Петро Стебельський народився 15 липня 1857 р. в Немирові (нині – смт. Немирів, Яворівського р-ну) в родині державного службовця (це важливий момент, оскільки переважна більшість української інтелектуальної еліти другої половини XIX – початку XX ст. були вихідцями зі священницьких родин, тобто світською інтелігенцією в першому поколінні. Однак, слід також зауважити, що його брат Володимир почавши від москвофільства пізніше стає польським літератором, тобто проходить шлях яким йшли представники другого покоління української світської інтелігенції першої половини та середини позаминулого століття). Родина, очевидно з огляду на службову діяльність батька часто переїжджала (старший брат Володимир народився в Магерові (1848)). Петро навчався в гімназіях в Самборі, Коломиї, Станіславові (нині – Івано-Франківськ). Останню він закінчив 1874 р. В 1874-1878 рр. – навчання на юридичному факультеті Львівського університету. В цей період бере активну участь у студентському громадському житті (про нього як одного з студентських лідерів згадує у своєму листі до Михайла Драгоманова Іван Франко). Визначальний вплив на формування національної позиції та подальшого життєвого вибору майбутнього вченого справив Олександр Огоновський – перший професор юридичного факультету, який читав лекції українською мовою (цивільне право). Як данину пам'яті свого вчителя Петро Стебельський, вже по смерті Олександра Огоновського (1891), видає його підручник з цивільного права в двох томах (1897), зробивши поправки відповідно до змін чинного законодавства.

В 1879 р. отримав ступінь доктора права у Краківському університеті. Після завершення навчання починає свою професійну діяльність у судових органах. Працював у Львові, Коломиї і завершив суддівську кар'єру у Крайовому суді (Львів) 1892 р., повністю присвятивши себе науковій та викладацькій діяльності. За чинним законодавством Австрійської монархії для того щоб здобути право викладати у вищому навчальному закладі (*veniam legendi*), зокрема на юридичному факультеті, необхідно було мати ступінь доктора права (ототожнення доктора права зі сучасним доктором чи кандидатом юридичних наук видається некоректним з огляду на різні критерії та вимоги щодо цих звань (ступенів)) та пройти т. зв. габілітацію, яка полягала у підготовці наукової праці та виголошення лекції перед професорською колегією. Після позитивної оцінки з боку останньої це рішення повинно було бути затверджене міністерством. Перша габілітаційна лекція Петра Стебельського відбулася 5 лютому 1885 р., друга – 26 жовтня того ж року на тему помилки в кримінальному законі. Міністерство затвердило це рішення та іменувало Петра Стебельського приватним доцентом карного права і процесу в листопаді 1888 р. (Приватні доценти на відміну від штатних (платних) не отримували заробітної плати за викладацьку діяльність). В 1892 р. – Петро Стебельський стає надзвичайним, декілька років пізніше – звичайним професором кримінального права і процесу Львівського університету.

Петро Стебельський не брав активної участі в політичному житті, вважаючи своїм визначальним завданням викладацьку та наукову діяльність. Як згадував пізніше його учень Степан Біляк «немає, здається, ні одного українського студента правника, який би не мав нагоди користати з його правдиво батьківської опіки і помочі». В 1897 р. «Кружок правників» видає текст лекцій з курсу «Австрійське карне право» професора Петра Стебельського. Це видання можна вважати першим україномовним навчальним посібником з кримінального права. На скільки нам відомо, пізніше «Кружок правників ще, як мінімум, два рази видає цей посібник: «Австрійське карне право» (1903) та «Австрійське карне право. Загальна і спеціальна части» (1914). Особливе значення не тільки для юридичної освіти, але й для науки та практики має підготовлений вченим коментар до австрійського кримінально-процесуального кодексу. Цей коментар був виданий українською (1901) та польською (1891) мовами і користувався заслуженою популярністю і у студентів, і у практичних працівників.

Особлива заслуга належить Петру Стебельському у розвитку української кримінально-правової науки (праці з кримінального право, кримінального процесу, кримінології), української правничої термінології (очолював комісію по перекладу чинного австрійського кримінального та кримінально-процесуального, законодавства). Брав активну участь в діяльності Наукового товариства ім. Шевченка, дійсним членом якого його обрано, разом з іншими провідними українськими вченими 1 червня 1899 р., коли вперше сформовано склад дійсних членів Товариства.

Петро Стебельський мріяв про створення українського університету у Львові. Він активно підтримував українських студентів та депутатів парламенту в боротьбі за університет. 13 березня 1907 р. він, разом з іншими українськими професорами Львівського університету рішуче заперечив твердження польських професорів про «чисто польський» характер Львівського університету та підписав заяву про необхідність створення українського університету у Львові.

Помер Петро Стебельський 24 вересня 1923 р. Похований на Личаківському цвинтарі. В 2013 році виповнюється 90 років від дня смерті великого вченого. Моральний обов'язок наукової юридичної громадськості Львівського університету, всієї України достойно вшанувати його пам'ять, повернувши в науковий обіг його навчально-методичну та наукову спадщину, яка продовжує зберігати свою наукову вартість.

ІРИНАРХ ЧЕРКАСЬКИЙ (1869-1941 РР.) ЯК ДОСЛІДНИК ІСТОРІЇ КОПНИХ СУДІВ І КОПНОГО СУДОЧИНСТВА

Бедрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Іринарх Ювеналович Черкаський народився 5 грудня 1869 р. в с. Теліжинці (тепер – Тетіївського району Київської обл.). Навчався на юридичному факультеті Київського університету, після закінчення якого працював на судових посадах в українських і білоруських містах Російської імперії, паралельно займаючись науковою роботою. З 1919 р. працював у складі науково-дослідних правничих комісій ВУАН, був одним з визначних істориків права 20-х років ХХ ст. Внаслідок сфальсифікованих політично-кримінальних звинувачень радянської влади був заарештований у 1941 р. З того часу його доля невідома.

Творчий доробок вченого об'ємний і багатогранний. Праці І. Черкаського вирізняються патріотичністю та великим вмістом джерельного матеріалу. Основний науковий інтерес вченого припадав до сфери історії українського звичаєвого права («Спадщина в українському праві звичайному» 1899 р., «Поволання над трупом забитого» 1925р.) та судочинства («Сліди домінального (панського) суду на Лівобережній Україні наприкінці XVII—XVIII вв.» 1926 р., «Судові реформи гетьмана К. Г. Розумовського» 1927 р.). Тому й не дивно, що його найбільш відомою працею стала монографія «Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII в.в.», опублікована в четвертому та п'ятому випусках праць Комісії для виучування історії західно-руського та українського права.

Цікаво, 1927 р. не менш авторитетний історик українського права Р. Лашенко опублікував у двох збірниках Правничої комісії Н. Т. Ш. монографію «Копні суди на Україні, їх походження, компетенція і устрій. Оскільки книги І. Черкаського та Р. Лашенка вийшли в світ майже одночасно, у деяких питаннях суттєво суперечили одна одній, тому на сторінках тодішньої наукової преси між цими вченими тривала гостра наукова дискусія.

У своїй монографії І. Черкаський ґрунтовно проаналізував устрій та компетенцію копного суду, а також особливості провадження в копних судах. Насамперед, автор провів огляд існуючих на той час наукових праць про копні суди та відомих йому першоджерел. У своїй праці він опирався здебільшого на опубліковані джерела, ставлячи перед собою введення нових джерел у науковий обіг як другорядне завдання. Аналізуючи праці попередників, І. Черкаський часто критикував їх і не погоджувався з висловленими поглядами. Так, з його боку значної критики зазнали праці Ф. Леонтовича та І. Спрогіса.

Монографія «Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII в.в.» структурно поділена на шість частин. У першій частині «Вступні відомості про копний суд» йдеться про термінологічні особливості громадського судочинства, походження копного суду, територіальну поширеність копних судів, хронологічні рамки їх функціонування. Зокрема, обґрунтовувалась думка про те, що копне судочинство на українських землях почало зароджуватись у судових функціях верви та остаточно сформувалось станом на XV ст. І. Черкаський одним із перших науковців також розглянув проблему взаємодії копних судів із державними та вотчинними судами. Вчений дійшов до висновку, що український і білоруський народи, будучи близькими сусідами, пройшли подібні шляхи історичного розвитку, жили у подібних соціально-економічних умовах в складі Київської Русі, Великого князівства Литовського та Речі Посполитої, спільно утворили громадський (копний) суд і кожен з цих народів має право вважати себе співтворцем копного права.

Друга частина монографії І. Черкаського має назву «Судовий устрій копи», в якій автор проаналізував склад копного суду, порядок скликання його засідань, а також визначив сферу його підсудності за категоріями справ і за колом осіб. Крім того відомий історик права на підставі опублікованих судових актів представив своє бачення коповищ (місць, де засідав копний суд) і копних округів. Критикуючи стереотип про існування стабільного природного зв'язку між кількома селами в рамках копного округу, цей науковець сформував свою теорію «околи-

ці». Він вважав, що назва «околиця» походить від слова «коло», означає територію в межах цього кола, центром якого було місце вчинення злочину. Отже, І. Черкаський вважав, копна околиця – це не усталений копний округ, а околиця місця вчинення злочину. Свою теорію вчений вважав «простою та зрозумілою», проте, здійснюючи аналіз актів про копні суди, він визнав існування копних округів: «були все-таки околиці, що до певної копи належали»; «поруч з околицею, що прислухала (належала) до випадкового, тимчасового осередку і значить не мала певної сталої простороні (територіальної підсудності), існували околиці, що підпорядковувались певному центру та мали свою сталу просторінь (територіальну підсудність)». А. Яковлів піддавав сумніву такий підхід та не погоджувався з ним, зазначивши, що теорія І. Черкаського щодо територіальної підсудності копних судів не була загальною та повною, навіть вважав її суперечливою.

У третій частині своєї монографії І. Черкаський розкрив порядок відкриття провадження та проведення попереднього розслідування у кримінальних справах. Автор наголосив на тому, що основною підставою відкриття провадження копному судочинстві була скарга потерпілого. Також було представлено розгорнутий аналіз слідчих дій, які здійснював копний суд: гоніння сліду, зводу, опитування (вивідування), трусу (обшуку), допиту тощо. І. Черкаський розкрив юридичне значення «лиця» як речового доказу у копному судочинстві, а також описав порядок укладення закладу – договору про явку до суду. Аналізуючи велике значення, яке мала присяга у копному судочинстві, він звернув увагу на «присяжну копу» - особливу слідчу дію (за думками деяких авторів – стадію) копного судочинства. Попереднє розслідування злочинів копними судами завершувалось «даванням вини», про яке також йдеться в третій частині монографії «Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII в.в.».

Четверта частина монографії присвячена стадії судового розгляду у копних судах. У ній проаналізовано підстави застосування арешту (ув'язнення підсудного) та застосування інших запобіжних заходів (зокрема, поруки). І. Черкаський детально аналізував способи допиту підсудного, у тому числі із застосуванням тортур і ордалій. Порядок прийняття рішень копних судів («копних декретів») розглянуто вже у п'ятій частині монографії «Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII в.в.» Також у ній йдеться про гарантії права потерпілого на відшкодування шкоди та його право на примирення із підсудним, яке відбувалось шляхом звичасво-правової процедури «єднання». Важливим пунктом цієї частини є також відомості про покарання, які застосовували копні суди до засуджених, а також правові механізми звільнення від цих покарань. Крім того, автор висвітлив порядок оскарження рішень копних судів у державних і вотчинних судах. Шоста частина присвячена особливим видам провадження у копних судах, до яких І. Черкаський відніс розгляд цивільних справ про земельні межі та випас худоби на чужій земельній ділянці.

У своїй науковій праці «Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII в. в.» дослідник І. Черкаський помістив цікавий запис: «... громадський (копний) суд офіційно нещодавно зійшов з історичного кону – яких-небудь 100-150 років тому..., а в формі «самосудів» він існує й за наших часів...». На підставі цих міркувань і позитивних результатів, продемонстрованих судовою практикою копних судів, відомий історик права наголошував на необхідності відродження копного суду в ХХ ст. Варто відзначити патріотизм і сміливість автора, адже він висловив ці заклики напередодні розпалу сталінських репресій, за що, імовірно, був переслідуваний радянською владою.

Монографія «Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI-XVIII в. в.» є унікальною, адже навіть у сучасних умовах не здійснено настільки ж ґрунтовне дослідження історії копного суду. Водночас таке дослідження є необхідним для підтвердження наявності національного досвіду демократичних засад організації судової влади. Крім того, існує певний простір для новизни такого дослідження, адже академік М. Василенко зазначав щодо монографії І. Черкаського наступне: «працю І. Черкаського присвячено вивченню окремих правних інститутів, що, на його думку, входили до складу копного суду. Автор дослідив їх виключно в статичному стані. Їх еволюції, історії він не торкається. Це цілком тепер зрозуміло, бо для цього в його розпорядженні не було матеріалів. З тих же причин, треба гадати, автор не міг поставити свою працю і в зв'язок з економічним і суспільним життям українських і білоруських земель XVI – XVIII віків»; «Були якість спеціальні умови життя на Україні й Білорусі, які викликали копний

суд і за яких він міг існувати. Цих умов не з'ясував І. Ю. Черкаський... Це завдання стоятиме перед майбутніми дослідниками, що мусять продовжувати працю нашого автора»; «Їх вже діло використати його працю, перевірити її й далі посунути».

Отже, І. Черкаський увійшов в історію юридичної науки як видатний дослідник історії судочинства та звичаєвого права, чії наукові праці стали прикладом та основою для подальших досліджень цієї галузі. Монографія про історію копних судів і копного судочинства в Україні, виконана цим вченим, відкрила для тогочасних і наступних поколінь глибину народного судочинства та звичаєвого права, в основі якого було покладено здоровий глузд і почуття справедливості. Проаналізована монографія та інші праці І. Черкаського з цікавістю та науковим інтересом вивчаються та вивчатимуться істориками, правознавцями та іншими науковцями, що поставили собі за мету глобально та комплексно з'ясувати витоки, генезис та еволюцію судової влади в Україні.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ У ПЕРІОД ВІДРОДЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1917–1920 РР.)

Бойко І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Утворення Центральної Ради та характеристика правового регулювання цивільних відносин в УНР. Українська Центральна Рада була створена 4 (17) березня 1917 р. у м.Києві і вважалася представницьким органом державної влади в Україні 1917–1918 рр., яка об'єднала представників головних українських політичних партій. Ідея створення Центральної Ради народилася на зборах Товариства українських поступовців (ТУП), яке було започатковане М. Грушевським, С. Єфремовим і Є. Чикаленком після Революції 1905–1907 рр. як міжпартійний політичний блок всеукраїнського масштабу. Товариство українських поступовців, засноване в Києві 1908 р., згуртувавши представників української інтелігенції, планувало домогтися автономії України в рамках конституції буржуазної Росії. Центральна Рада перетворилася на керівний осередок Української національно-демократичної революції, об'єднавши під революційними гаслами політичні партії, інтелігенцію, представників культурно-освітніх, селянських, кооперативних, військових, студентських товариств та представників церкви. Помітне місце в Центральній Раді, що стала своєрідним парламентом, посіли представники національних меншин: євреї, росіяни, поляки.

Українська Центральна Рада була обрана у складі 118 осіб Українським національним конгресом, який відбувся 4–8 (18–21) квітня 1917 р. в Києві. Перші збори Ради відбулися 5 (20).ІІІ.1917 р. На них були обрані Президія і постійно діючий Виконавчий комітет у складі 20 осіб. Актами Української Центральної Ради були універсали, постанови, декларації, ухвали, а з листопада 1917 р. – й закони.

Центральна Рада розпочала формування своєї правової системи відразу після Жовтневого перевороту. 25 листопада 1917 р. вона ухвалила закон про правонаступництво, згідно з яким усі закони колишньої Російської імперії зберігали чинність на території України. Центральній Раді дозволялося ухвалювати нові закони і від імені Української Народної Республіки скасовувати старі.

В галузі цивільного права українські суди в УНР за Центральної Ради продовжували використовувати російське законодавство, зокрема X том Зводу законів Російської імперії. Щоправда, деякі керманічі держави намагались в усі галузі життя втілити соціалістичні ідеї, зокрема в цивільне право. Так, М. Грушевський був противником засади про «непорушність приватної власності». В правових актах того часу не використовувався й термін «право володіння», а замість нього вживалися терміни «право порядкування» чи «право користування», що свідчило про негативне ставлення до приватної власності. Особливо це стосувалося землі: всупереч світовій практиці, апробованій віками і у різних країнах, М. Грушевський навіть вважав, що настане час, коли «власність на землю, торгування землею» вважатимуть ненормальним явищем, як і власність на раба. Так вважали тоді й українські соціалісти.

За час своєї діяльності Центральна Рада ухвалила кілька важливих законодавчих актів, у яких було передбачено окремі питання цивільно-правового регулювання суспільних відносин в УНР. Так, у першому універсалі Центральної Ради від 10 червня 1917 р. висловлювалося прагнення молодого української демократії до волі, до права самостійного порядкування своїм життям, до створення шляхом рівного, прямого і таємного голосування Українських Установчих зборів, до національно-територіальної автономії у складі Росії. В документі йшлося про необхідність ліквідації приватної власності на землю.

У третьому універсалі Центральної Ради від 7 листопада 1917 р. визначено, що «Віднині на території Української Народної Республіки існуюче право власності на землі поміщицькі й інші землі нетрудових хазяйств сільсько-господарського значіння, а також на удільні, монастирські, кабінетські та церковні землі – касується. Признаючи, що землі ті єсть власність усьо-

го трудового народу й мають перейти до них без викупу, Українська Центральна Рада доручає генеральному секретареві земельних справ негайно виробити закон про те, як поряdkувати земельним комітетам, обраним народом, тими землями до українських Установчих Зборів». «Віднині на землі Української Республіки смертна кара касується». «Суд на Україні повинен бути справедливий, відповідний духові народу. З тою метою приписуємо Генеральному Секретарству судових справ зробити всі заходи упорядкувати судівництво й привести його до згоди з правними поняттями народу».

Четвертим Універсалом Української Центральної Ради 9 (22) січня 1918 р. було проголошено створення самостійної держави - Української Народної Республіки. У ньому містилася норма, за якою ліси, води й усі підземні багатства переходили у розпорядження УНР.

У Конституції Української Народної Республіки, прийнятій 29 квітня 1918 р. містилося чотири статті, що повинні були регулювати цивільні відносини. За статтею 11, актова, громадянська і політична правомочність громадянина УНР починалася у 20 років. «Жодної різниці у правах та обов'язках між жінкою і чоловіком право УНР не знає». Відповідно до статті 14 Конституції УНР 1918 р.: «Громадянин УНР і ніхто інший не може бути покараний смертю, ані відданий будь-яким карам по тілу, або іншим актам, які принижують людську гідність, ані підпасти конфіскації майна як карі». У статті 15 домашнє вогнище визнавалося недоторканим. Ніяка ревізія не могла відбутися без судового наказу. У статті 16 встановлювалася «листова тайна». Органам державної влади не дозволялося відкривати листи без судового наказу і лише у випадках, визначених законом.

Цивільно-правові відносини в Українській Державі П. Скоропадського. 29 квітня 1918 р. в Києві відбувся державний переворот, який здійснив П. Скоропадський при підтримці німецьких військових частин. Новий режим усунув від влади Центральну Раду і проголосив утворення Української Держави – Гетьманат, яка існувала до 14 грудня 1918 р. Територія Української Держави 1918 р. майже збігалася з кордонами УНР за Центральної Ради.

У питаннях забезпечення правової основи діяльності Української Держави гетьманська влада пішла шляхом відновлення (рецепції) дії тих нормативних актів царської влади і частково Центральної Ради, які не суперечили соціально-економічним і політичним інтересам Гетьманської України. Так, вже 16 травня 1918 р. міністерство праці розповсюдило циркуляр «Про закони, циркуляри і розпорядження Російського уряду і Центральної Ради», за яким всі акти в галузі трудового права, якщо вони не були скасовані владою Української Держави, зберігали чинність. Це було правильним кроком. Позитивним було й те, що вже з початку свого існування гетьманська влада встановила чіткі засади законотворчого процесу. У «Законах про тимчасовий державний устрій України» вказувалося, що прийнятий, тобто підписаний гетьманом, закон вступає в силу «від часу, призначеного для того в самім законі», а скасувати закон можна було тільки іншим законом.

Право готувати законопроекти отримали відповідні міністерства. Після цього вони передавалися у Раду міністрів, де схвалювалися (або ні) і надходили на підпис до гетьмана. Він остаточно й вирішував долю законопроекту – підпис гетьмана вводив закон у дію. Для більш чіткого врегулювання законотворчого процесу 2 червня 1918 р. був прийнятий закон «про порядок складання законопроектів, внесення їх до Ради міністрів, обговорення, затвердження їх та про форму і порядок оголошення законів». Керівництво цим процесом покладалося на Державну канцелярію і на державного секретаря, який особисто подавав складені міністерствами законопроекти до Ради Міністрів.

В галузі цивільного права видано кілька законів, які регулювали питання власності і володіння. Наприклад, Закон «Про право продажу і купівлі земель поза міськими поселеннями» та ін. Ними в цілому суворо захищалася недоторканність приватної власності і законного володіння. У Законі від 29 квітня 1918 р., під писаному гетьманом Павлом Скоропадським, містилося кілька норм, що стосувалися цивільних відносин. За статтею 17, оселя кожного визнавалася недоторканою. Кожен український козак і громадянин мав право вільно вибирати місце мешкання, працю, придбати і відчужити майно, без заборони виїжджати за кордон Української Держави (стаття 18), гуртуватися у спілки з метою, яка не суперечить закону (стаття 22). За статтею 19, власність оголошена надоторканою; примусове відчуження неру-

хомого майна, якщо це було потрібно для державної чи громадської користі, могло бути проведено виключно за відповідну плату.

Цивільне законодавство в УНР за Директорії. У ніч з 13 на 14 грудня 1918 р. до влади прийшла Директорія. На час приходу Директорії до влади в Україні діяли різні джерела права. Це й законодавство Російської імперії, яке значною мірою відновив гетьман, Тимчасового уряду, Центральної Ради, Гетьманату, радянської влади. Директорія, як це робили й попередні власті, повністю або частково скасувала одні попередні нормативні акти, зберігала дію інших, видавала свої.

В галузі цивільного права значних кодифікованих нормативних актів не видано. В цілому цивільні правовідносини регулювалися Х тому Зводу законів Російської імперії, що продовжував діяти на території України. 8 січня 1920 р. Директорія ухвалила земельний закон. В цілому велика приватна власність на землю скасовувалась. Всі землі, крім ділянок розміром до 15 десятин, що залишалися за селянськими господарствами, передавалися державі. Було прийнято також Закон «Про ліси» (10 січня 1919 р.) тощо.

Цивільне законодавство ЗУНР. На західноукраїнських землях 1 листопада 1918 р. було утворено Українську державу. 13 листопада 1918 р. держава отримала назву Західноукраїнська Народна Республіка. 22 січня 1919 р. Західноукраїнська Народна Республіка об'єдналася з Українською Народною Республікою в єдину Українську соборну державу.

Новоутворена держава – Західноукраїнська Народна Республіка (далі ЗУНР) – за прикладом інших народів Європи створила власні законодавчі та виконавчі органи влади, правоохоронні органи та збройні сили. Парламентом ЗУНР – Українською Національною Радою та урядом – Державним Секретаріатом – було прийнято ряд законів та розпоряджень, які регламентували діяльність усіх галузей державного життя. Лінія побудови держави на правовій основі була продовжена керівними колами ЗУНР і під час Злуки ЗУНР і УНР, яка передбачала поступову уніфікацію законодавства ЗУНР і УНР та створення єдиного українського законодавства. Після втрати території, боротьба за Українську державу продовжувалась виключно дипломатичними методами. За межами України були створені закордонні українські урядові структури, які до останнього дня існування держави вели дипломатичну та нормотворчу діяльність.

13 листопада 1918 р. УН Рада прийняла “Тимчасовий основний закон про державну самостійність українських земель колишньої Австро-Угорської монархії”, який визначав конституційні основи новоутвореної держави. Було визначено назву держави – Західноукраїнська Народна Республіка, основи державного та суспільного устрою, територію, державні символи. В ЗУНР були прийняті законодавчі акти, що стали правовою основою для діяльності державного апарату: “Тимчасовий закон про адміністрацію Західно-Української Народної Республіки,” “Про доповнення УН Ради підпоручниками українських повітових і міських організацій міст”, розпорядження “Про державу адміністрацію ЗУНР”. Доповнена після листопадових виборів 1918 р. УН Рада в кількості 150 осіб зібралась на початку січня 1919 р. у Станіславі, де прийняла ряд важливих для управління державою законів: “Про Виділ УН Ради”, “Доповнюючий статут УН Ради”, “Про незайманість членів УН Ради” та “Закон про спосіб оповіщення законів і розпоряджень”. Було утворено Виділ УН Ради в кількості 9 осіб, а 10-им його членом став Президент УН Ради. Виділ виконував функції колегіального глави держави.

На території ЗУНР, згідно Постанови Української Національної Ради, у галузі цивільного, кримінального і процесуального права використовувалося австрійське законодавство, якщо воно не суперечило цілям Української Держави. Основним юридичним актом, який регулював цивільні відносини в ЗУНР, був австрійський цивільний кодекс 1811 р. Державна влада ЗУНР вважала австрійське законодавство одним з основ забезпечення стабільності в державі до часу ухвалення власних нормативних актів. Особливістю законодавчої діяльності ЗУНР була її соціальна спрямованість. ЗУНР розвивала своє законодавство у двох напрямках: соціально-економічному та соціально-політичному.

Одним із найважливіших питань у державі залишалось земельне питання та його правильне вирішення. Воно набувало не тільки економічного, але і політичного значення. Прийняття закону “Про земельну реформу” відбувалося у гострій дискусії між представниками різних політичних сил. Земельне питання широко дискутувалось також у пресі. На прийняття земе-

льного закону вплинула і тогочасна суспільно-політична ситуація. Прийнятий закон мав компромісний характер: конфісковувались землі великих землевласників, власників, які зі зброєю в руках воювали проти Української держави та землі, які перебували у державній власності Австро-Угорської монархії. Землею наділялись у першу чергу військовослужбовці української армії та безземельні і малоземельні селяни. Земельний закон ЗУНР значно відрізнявся від земельного закону Центральної Ради УНР, за яким було конфісковано і передано у власність усі селянам поміщицькі та церковні землі без викупу.

Відсутність чіткої політичної і правової програми, війна, економічна розруха, відсутність єдності здійснення державної влади, недостатній рівень професіоналізму, зовнішня та внутрішня інтервенції, прорахунки й протистояння українських політичних сил – це ті чинники, які призвели до краху відродження української державності (1917–1920 рр.). Аналіз законодавчої діяльності УНР свідчить, що особливо негативно на них вплинули відсутність чіткої процедури підготовки й прийняття законопроектів. Багато з них мали декларативний характер, містили загальні принципи, але, незважаючи на це, нормативно-правові акти, зокрема, Директорії переконливо свідчать про розвиток української державності в напрямку створення незалежної Української держави. Законодавча діяльність Центральної Ради, Української Держави за П. Скоропадського, УНР за Директорії доводить, що законодавство тільки тоді є тим дієвим та ефективним регулятором суспільних відносин, коли воно пов'язане, узгоджене з реальними чинниками соціально-економічного та політичного життя суспільства. Законодавство мусить базуватися на послідовному, теоретичному опрацюванні найдрібніших питань, виваженого підходу до будь-яких змін у суспільному житті.

ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА МОВУ ЗА АВСТРІЙСЬКОЮ КОНСТИТУЦІЄЮ 1867 РОКУ

Гриб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З прийняттям австрійської конституції 1867 р. відбулися суттєві зміни у правовому регулюванні прав і свобод народів монархії. Один із законів, що склали нову австрійську конституцію, був Основний закон від 21 грудня 1867 р. про права громадян для королівств і країв, що представлені у Рейхсраті.

У §19 зазначалось, що усі народи держави, які належать до різних рас, рівні у своїй праві. Кожен народ має невід'ємне право підтримувати і культивувати свою національність та мову. Держава визнає за усіма мовами, що вживаються на землях монархії, рівне право на використання в школах та державних установах. Конституція зобов'язувала, щоб в землях, які належать різним народам здійснювалася організація установи народної освіти таким чином, щоб кожен не мав потреби вивчати іншу мову, а отримував освіту на своїй рідній мові. Таким чином право на мову було гарантоване конституцією і повинно було забезпечуватись державною владою.

Разом з цим, на практиці реалізація права на мову виявилось непростим завданням для багатьох народів Австро-Угорщини, в тому числі і для українців Галичини. Законодавство зобов'язувало намісника та органи місцевого самоврядування Східної Галичини реалізувати принцип рівноправності чинних мов так, щоб не викликати міжнаціональних суперечностей, не применшуючи при цьому значення української мови. Проте конституційними правами українців нехтувала польська шляхта (представники якої склали більшість у місцевих органах влади) і тому їх було складно реалізувати.

Це підтверджується статистичними даними того періоду. Зокрема, до 1883 р. з 23 гімназій лише одна була з українською мовою викладання (у Львові). Пізніше на території Східної Галичини було відкрито ще чотири українські гімназії (у Перемишлі, Коломиї, Тернополі і Станіславі). Таким чином, до першої світової війни у Галичині існувало всього п'ять гімназій з українською мовою навчання. Враховуючи, що українських гімназій було небагато, постанова австрійського уряду призвела до того, що польська мова у галицькому краї мала перевагу над українською.

Існували труднощі щодо реалізації права на мову у державних установах Австро-Угорщини. Правовий статус мови визначали розпорядження Міністерства юстиції від 9 липня 1860 р. №10.340 та спільне розпорядження від 5 червня 1869 р. №2354 міністрів внутрішніх справ, релігії і освіти, фінансів, сільського господарства та торгівлі, юстиції, міністерства оборони і громадської безпеки. Обидва діяли на території Східної Галичини аж до 1924 р. У першому з них зазначалось, що польська й українська мови є крайовими мовами і тому мають однаковий статус. Однак, після видання розпорядження від 5 червня 1869 р. №2354 ситуація змінилась.

Згідно із ст.1 цього розпорядження, органи державної влади, що підлягали міністерствам внутрішніх справ, фінансів, торгівлі і сільського господарства, кураєвої оборони і громадської безпеки, Крайовава шкільна рада і суди зобов'язувались вживати польську мову (як урядову) у внутрішньому діловодстві та в переписці з іншими органами державної влади. Це означало, що українська мова поступово витіснялась з державного та політичного життя Галичини.

Це також ускладнювало реалізацію права на суд українців Галичини. Зокрема, в судах як внутрішню документацію розглядали протоколи судових засідань. Як наслідок, особа, яка погано читала на польській мові не могла належним чином ознайомитись із матеріалами справи чи оскаржити судові рішення.

Незважаючи на труднощі, галицькі українці активно захищали свої мовні права у судах Австро-Угорщини. Зокрема, коли Галицьке намісництво вирішило для листування українською мовою використовувати латинський алфавіт, галицьким українцями було подано позов до

Верховного судового і касаційного трибуналу у Відні. Найвищий суд виніс рішення від 25 квітня 1882 р., у якому визнав незаконними такі дії намісництва, оскільки вони грубо порушували вимоги §19 конституції 1867 р.

Безперечним позитивом цього періоду було розширення функцій адвокатури, яка активно допомагала українському населенню Галичини у захисті їхніх прав в судових та адміністративних установах.

Вони не лише виконували професійні обов'язки, але часто ставали політичними борцями за національні й політичні права українського народу. Як приклад, можна навести судовий процес над двома українськими художниками К. Устиновичем та С. Томасевичем. Їх звинувачено у тому, що розмальовуючи церкву в с. Бутинах Жовківського повіту, вони намалювали у пеклі шляхтича, урядника бюрократа та єврея-лихваря. Адвокатом підсудних був К. Левицький, який добився їхнього виправдання, а також нагадав суду про право українського народу на здійснення судочинства українською мовою – коли прокурор виголосив промову польською, то К. Левицький заявив рішучий протест. З цієї справи видно, що представники держави, у тому числі судді, ще не були готові дотримуватись мовних прав, як зрештою і права на свободу слова. Однак завдяки українським адвокатам з'явилися додаткові важелі для захисту прав українського населення Галичини.

Порівнюючи мовну політику у Галичині з можливістю реалізації права національності та мови на українських землях, що входили до складу Російської імперії, слід зазначити, що там становище було набагато гіршим. Царська влада закривала українські газети й журнали «Просвіти», вдавалась до кардинальних заходів, забороняючи викладати й розмовляти українською мовою в школах, припиняла діяльність українських клубів, художньо-драматичних, музичних товариств та гуртків. Документом, який обмежував мовні права українців спочатку був циркуляр виданий у 1863 р. міністром внутрішніх справ Валуєвим, яким заборонялось видавати книжки українською мовою, мотивуючи тим, що «не було, нема й бути не може ніякої української мови». У 1876 р. (18 травня) російським царем Олександром II у м. Емсі видано указ, яким заборонялося українське письменництво, друк українською мовою книжок та текстів для нот, не дозволялось виставляти українські театральні п'єси й виконувати прилюдно українські пісні.

Австрійська ж влада на законодавчому рівні закріплювала рівність усіх національностей та мов й не встановлювала жодної заборони щодо їхньої реалізації (хоча часом і обмежувала їх). Таким чином, реалізація права на мову у Галичині в умовах Австро-Угорської конституційної монархії була набагато простішим завданням, ніж його реалізація в на українських землях у складі Російської імперії.

ФОРМУВАННЯ ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ ЯК ПРЕДМЕТ ІСТОРИКО – ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

Карнасевич Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед тенденцій розвитку сучасної української науки історії держави та права помітне місце займає тенденція розмежування державознавчих і правознавчих досліджень, фактичного поділу на політичну історію та історію права. Цей процес, який у світовій науці набув цілком конкретних рис (наприклад, у назві та змісті навчальних дисциплін вищих юридичних закладів), не ставить під сумнів існування наукових проблем чи напрямів наукових досліджень, які потребують залучення всього методологічного арсеналу державознавства та правознавства, формування інтерактивних концептуальних підходів, які акумулювали сучасне розуміння держави та права як відносно самостійних суспільних інститутів.

Саме такою актуальною проблемою історико – правових досліджень є історія формування території України. Її прикладний характер обумовлений спробами переглянути державні кордони, які формувалися після II світової війни та на зламі ХХ і ХХІ століть в результаті реалізації європейськими народами права на самовизначення. Однак наукові дослідження не можуть і не повинні відігравати допоміжну роль для обґрунтування геополітичної стратегії чи політичної позиції з питань території держав чи державних кордонів. Найважливішою є пізнавальна мета – вивчити та показати історію формування території України як історико-правовий процес. Наукових праць, які мають таку мету, небагато в українській історико – правовій науці та й в історичній науці загалом. Серед них документалізмом виділяється монографія В.Сергійчука «Етнічні межі і державний кордон України», а оригінальною методологією – монографія В.Макарчука «Державно – територіальний статус західноукраїнських земель у період Другої світової війни (1939-1945 рр.). Історико – правове дослідження.»

Обидва автори розмежовують історію формування території України чи окремі її фрагменти саме як історико – правовий процес, коли зміни території України обумовлювалися чи формалізувалися змінами у праві. Інакше кажучи, формування території України неможливо розглядати без історії права, яке регулювало ці специфічні відносини. Це добре розуміли автори Пояснювальної записки про державні межі Української Народної Республіки 1918 року, стверджуючи, що «Україна уявляє собою суверенну демократичну республіку по двох основах : історично – юридичній на підставі державного самовизначення українського народу, згідно з принципами Декларації президента Вільсона, але ж як і багато інших держав, поки що не має твердо окреслених і установлених меж. Питання про них остаточно має бути вирішеним на Міровім Конгресі, на яким українські представники повинні прийти зі своєю заявою про державні межі Української Народної Республіки»[ЦДАВО ВУ :Ф.3696-оп.1.-спр.26-Арк.18].

Як історико – правовий процес формування території України не можна ототожнювати зі встановленням її державних кордонів. По-перше тому, що юридично визначені територіальні межі держав – достатньо пізні історичне явище. Наприклад, у Середньовіччі державна влада поширюється в основному на підданих, а державний суверенітет, як правило, не має чітких територіальних меж. Відтак територія України формувалася і в періоди її бездержавності, що дозволяє стверджувати про неперервність історико- правового формування території України.

З огляду на особливості певних періодів історії формування території України методологія її історико- правового дослідження - це складне та багатопланове утворення, що активно розвивається. Позатим центральним концептуальним підходом залишається історико- юридичний порівняльний підхід. Його застосування обумовлене багатоманітними факторами, серед яких виділяються два – особливості джерельної бази досліджень та врегулювання територіальних відносин одночасно міжнародним і національним правом. Серед численних особливостей джерельної бази варто наголосити на двох – велика кількість нетрадиційних джерел права

та велика кількість фальсифікованих документів. Наприклад, лівову частку джерельної бази складають політико – правові документи, які не набули ознак нормативно – правових актів. До них слід віднести різноманітні звернення, меморіали, рішення тощо. Чимало із цих документів, а також інших джерел є сфальсифікованими. Тому завданням дослідження є встановити тенденцію фальсифікації, аби таким чином отримати можливість використовувати фальсифікований матеріал як очищений від фальсифікації.

І нарешті, історико – юридичний порівняльний підхід дозволяє встановити співвідношення міжнародного та національного права у регулюванні територіальних відносин. Зокрема, дуже важливим є розуміння того, з позиції якого права (насамперед у територіальному відношенні) необхідно оцінювати процеси формування території України.

Загалом історико – правове дослідження формування території України створює можливість для отримання певним чином деполітизованого історико-правового знання.

**НАУКОВО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ У ЛЬВІВСЬКОМУ
УНІВЕРСИТЕТІ (1919–1939РР)****Кахнич В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Після розпаду Австро-Угорської імперії, Східна Галичина опинилась під владою відновленої Польщі. Міністерство віровизнань та освіти цієї держави 18 листопада 1918 р. оголосило, що бере Львівський університет під свою опіку. 22 листопада 1919 р. йому присвоїли ім'я Яна Казимира, яку він носив ще з 1661 року.

Діяльність Львівського університету була регламентована постановами та розпорядженнями уряду Польщі, зокрема Міністерства віровизнань та освіти, рішеннями академічного сенату та статутом університету. У 1924 р. ухвалили новий статут Львівського університету, а наступні – в 1929 та 1934 роках.

На початку існування Університету Яна Казимира у Львові до його структури входило чотири факультети: юридичний (факультет права та політичних учень, з другої половини 1920-х років – права), філософський, теологічний і медичний. У 1924 р. філософський факультет розділили на математично-природничий та гуманістичний. У складі п'яти факультетів Львівський університет існував до 1939 р.

У 1920 р. Університету Яна Казимира у Львові передали будівлю колишнього Галицького крайового сейму. Відтоді вона є головним корпусом Львівського університету.

Вищим керівним органом Університету Яна Казимира у Львові був академічний сенат у складі ректора, проректора, деканів факультетів і представників від кожної факультетської ради викладачів. Академічний сенат, очолений ректором, вів поточні наукові, навчальні, дисциплінарні, фінансові справи університету.

Навчання в Університеті Яна Казимира у Львові було платним. Студенти зобов'язані були заплатити за вступ 30 злотих, а також платити щороку 50 злотих. За практичні заняття студенти-юристи сплачували 9 злотих. Студенти оплачували також користування бібліотекою, вносили гроші до стипендіального фонду та фонду допомоги студентам, на охорону здоров'я. До того ж студенти мали вносити окрему плату під час складання іспитів. Державні стипендії отримувало близько 1,5-2,0% загальної кількості студентів.

Відзначимо, що уся навчальна та наукова робота в Університеті Яна Казимира у Львові провадилась на кафедрах, в інститутах, а також на спеціальних студіях. Кількість кафедр в університеті, як і в ХІХ ст., відповідала кількості професорів (звичайних і надзвичайних). Були випадки, коли кафедри очолювали й доценти. Основною формою навчання були лекції та практичні заняття. Їх проводили професори, доценти або й асистенти під їхнім керівництвом. Щороку студенти мали відвідати визначену кількість лекцій і взяти участь у роботі бодай одного спеціального семінару.

15 березня 1920 р. до тих пір утраквістичний Львівський університет рішенням Міністерства віровизнань та освіти Польщі було перетворено на навчальний заклад з винятково польською мовою викладання. У липні 1920 р. це підтвердила й ухвала Сейму.

Отже, у житті Львівського університету міжвоєнного періоду виникали національні конфлікти. Відзначимо, що, окрім студентського українсько-польського протистояння, набуло масштабів студентське польсько-єврейське протистояння. Приміром, у 1922 р. польське студентство організувало акцію, спрямовану на обмеження кількості студентів-євреїв у Львівському університеті. У 1923 р. їхню кількість обмежила рада юридичного факультету.

Як уже було зауважено, до 1923 р. (до визнання Радою послів Антанти прав Польщі на Східну Галичину) українська молодь була обмежена у праві вільно вступати на навчання до Університету Яна Казимира у Львові, а також до інших навчальних закладів Польщі.

Законні мирні спроби українців Східної Галичини домогтися від польських владних кіл заснування окремого українського університету зазнали краху. Зважаючи на ці обмеження, наприкінці 1919 р. українці спробували заснувати Український вільний університет. Його від-

крили в січні 1921 р. у Відні, проте вже через декілька місяців перемістили до Праги. Західно-українська інтелігенція, а саме – дійсні члени НТШ Василь Щурат, Іван Крип'якевич, Іларіон Свенціцький і Богдан Барвінський восени 1920 р. заснували для українських студентів приватні університетські курси, причому без офіційного дозволу польських владних кіл. Керівником цих університетських курсів став видатний український літературознавець, голова Наукового товариства ім. Шевченка у Львові Василь Щурат. Українські приватні університетські курси склалися з трьох виділів (факультетів), які очолювали директори (декани), а саме: правничого (юридичного), філософічного (філософського) та медичного.

Кафедральна структура юридичного факультету українських університетських курсів була такою: кафедра українського права; кафедра західноєвропейського права; кафедра канонічного права; кафедра філософії та теорії права; дві кафедри римського права. На початку 1921 р. на цих кафедрах навчався 61 студент.

Підсумовуючи важливо зазначити, що створення окремих університетських курсів для українських студентів непокоїло владу Польщі та керівництво Університету Яна Казимира у Львові.

МАГДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО У ЧЕХІЇ

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Магдебурзьке право є різновидом німецького міського права. Поряд з магдебурзьким правом, яке разом з любекським правом входило до саксонської сім'ї німецького міського права існувала ще франконська, тюринська, швабська, нюрберзька та фризська правові сім'ї. Основою для створення магдебурзького права стало купецьке право міста Магдебург та привілей архієпископа Віхмана 1188 р. За сприянням архієпископа Віхмана магдебурзьке право почало поширюватися на інші німецькі міста та навколишні села. Одним з перших його отримало місто Ютерберг і навколишні села. Надання магдебурзького права сприяло розвитку торговельно-економічних відносин, підвищувало правовий статус міст. магдебурзьке право також вміщувало не лише матеріальне і процесуальне право, а й місцеве самоврядування, судочинство тощо. У німецькій історико-правовій літературі акцентують увагу на 3 зонах поширення магдебурзького права. До першої зараховують поряд з містами магдебурзького права села, що використовували саксонське земське (земельне) та ленне право. До них зазвичай належали населені пункти в Німеччині та Пруссії. До другої зони входили міста на чеських, польських, словацьких та угорських землях, заселених німецьким населенням. Тут інколи траплялися села, де більшість мешканців становили німці. Третьою зоною магдебурзького права, на думку відомого німецького дослідника Вільгельма Ебеля були українські землі, де німецьке населення не відігравало вагомій ролі, а запровадження магдебурзького права сприяло залученню магдебурзького права до європейської культури.

Чехія разом із Польщею та Угорщиною, як вже згадувалося, відносилася до другої зони поширення магдебурзького права. На чеських землях магдебурзьке право почало поширюватися разом із німецькими колоністами ще на початку ХІІІ ст. Одним із перших чеських міст, яке володіло німецьким правом стала Прага, в якій ще наприкінці ХІ ст. проживала велика німецька купецька громада. Чеський король Владислав II (1061 – 1092 рр.) надав німецьким колоністам у 1078 р. відповідний привілей «*Legem et justician a tenipore Wraczlai*». Князь Собеслав II видав у 1178 р. новий привілей мешканцям Праги, який підтвердив привілей короля Владислава II та надав їм нові пільги і привілеї «*Vivere secundum legem et justician Theutonico-gum*». У привілеї поряд з нормами німецького права містились положення і старочеського права. Міста Стара Прага, Кутна Гора, Пільзен, Будейовичі були заселені переважно німецькими (баварськими) колоністами, які використовували баварське право і уворили власну систему міст. Нове місто Прага, Літомежичі, Усте над Лабою, Мельгик, Німбурк, Градець, Кралов – утворили північну групу чеських міст. Вони використовували нюрберзьке міське право та чеське земське право. Після завершення у ХV ст. гуситських війн дане право отримало назву чеського міського права. На практиці у чеському міському праві використовувались збірники Швабського Зерцала, Празького міського права та нюрберзьке право. Північна група чеських міст використовували магдебурзьке право та Саксонське Зерцало. Найбільш повно розвиток міст магдебурзького права на чеських землях, на думку чеського науковця Ю. Кейнера, висвітлено у збірнику документів «*Diplomaticus Bokenice et Moraviae*». На відміну від українських міст усі документи чеських міст, враховуючи міста магдебурзького права писалися та фіксувалися у королівській канцелярії. Першим документом про надання чеським містам магдебурзького права став привілей короля Венуеля I 1232 р., за яким Дюнкському монастирю надано дозвіл на заснування міста на незаселених землях «сирому корчів'ю» «*omnem liberattem quem aliqua regninostri civitas habere dinoscitur*». Під терміном *civitatis* вживалась назва міста. Наступний чеський король Карл IV надав новозаселеному місту Кенінгсберг міський статут. До прийняття цього привілею на території Богемії, яка є частиною Чехії існувало ще одне місто, що володіло магдебурзьким правом. Міста Моравський Нойштадт, Фройденталь, Тропау, Енейм, Ямніту, Годінг знаходились в іншій частині Чехії – Моравії. Надав власні міські статuti мали міста Ольмутд та Велоград. До найстаріших міст магдебурзького права, як вже

згадувалося, відносився Чнічов (німецька назва Моравський Нойштадт). Привілей про надання Моравському Нойштадту магдебурзького права чеським королем Владиславом відноситься до 1213 р. Магдебурзьке право Моравському Нойштадту було надано як зразок міста Фройндталь і у привілеї вказувалось про надання місту певних прав і привілеїв. Магдебурзьке право містам Моравії надавалось на зразок міста Магдебург, а не за посередництва інших німецьких або чеських міст. Це також дає підстави стверджувати, що устрій чеських міст, які володіли магдебурзьким правом був взятий за зразком міста Магдебург. Магдебурзьке право у чеських містах надавалось німецьким колоністам і найшвидше різноманітні джерела магдебурзького права вони привезли з Німеччини. У 1262 р. магдебурзьке право отримало місто Ляйтмерітуу, яке разом з Моравським Нойштадтом мало прямі зв'язки з містом Магдебург. У 1282 р. після втрати привілеїв на магдебурзьке право шиффени Магдебургу надали місту правове роз'яснення, у якому вказувалось «Громадянам міста Лаймерітд». У другій половині XIII ст. згідно хроніки Бенезіуса Міноріта магдебурзьке право стало загальновідомим на землях Чехії. Незважаючи на німецьку колонізацію більшість населення міст залишалися чехами. Німецькими колоністами в основному були купці та ремісники. Німецькі купці сприяли поширенню магдебурзького права, хоча поселення німецьких купців виникли на чеських землях ще до поширення магдебурзького права. Шиффенський суд Магдебургу був вищим апеляційним судом для чеських міст, що володіли магдебурзьким правом. Бажаючи уникнути впливу Магдебургу на діяльність чеських міст король Ян Люксембурзький у 1325 р. заборонив звертатися чеським і моравським містам до Магдебургу. У 1574 р. за участь у боротьбі проти імператора Священної Римської імперії німецької нації та Саксонського курфюрста Магдебург піддано опалі і заборонено звертатись з апеляцією до магдебурзького шиффенського суду. Скориставшись ситуацією, австрійський герцог (майбутній німецький імператор), що водночас був чеським королем, 1548 р. створив апеляційний суд в Празі, до якого мали звертатись усі міста Чеської корони, здебільшого Лужич та Сілезії, зокрема ті, що давно зв'язані з Магдебургом.

Важливу роль у функціонуванні органів місцевого самоврядування та діяльності судів магдебурзького права у містах Чехії став відігравати Карлів університет у Празі, який є першим університетом, який був відкритий у 1348 р. на слов'янських землях. Карлів університет було організовано на основі чотирьох факультетів: теологічного, медичного, вільних наук (пізніше філософський) та правничого. На правничому факультеті у 1372-1413 рр. навчалось 3653 студенти, 251 бакалавр та 50 магістрів.

Окрім того, у Чехії відбулась уніфікація міського права. Так, у 1610 р. чеський сейм прийняв закон, за яким міська книга Кольдена «Prava mestska kralovstvi Ceskohe» стала загальнообов'язковим кодексом Чеського королівства. На основі цього кодексу було створено загально чеське міське право та відмінено магдебурзьке право. Важливу роль у функціонуванні органів міського самоврядування на основі магдебурзького права відігравали міські книги, які діяли поряд з автентичними (офіційними) джерелами магдебурзького права. До міських книг Чехії відносились: міські книги записів, постанови, вироки, рахунки, королівські листи. Найстаріша міська книга Прага була написана у 1280-1310 рр., друга книга «Liber privilegiorum» 1310-1371 рр. третя книга «Liber tertium Veteris Urbis Prag» 1417 р. та «Золотої книги» міста Праги 1389-1418 рр.

**ПРИЧИНИ ФОРМУВАННЯ НОВИХ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИХ
ПІДХОДІВ РОЗУМІННЯ ПРАВА ТА ДЕРЖАВИ В КІНЦІ ХІХ -НА
ПОЧАТКУ ХХ СТОЛІТТЯ.**

Коваль А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Історія правових і політичних учень вивчає погляди, ідеї, теорії, доктрини (вчення), концепції, теоретичні конструкції окремих мислителів, філософів, вчених і цілих шкіл та напрямів з питань права, держави, явищ з ними пов'язаних як от: влада, політика, політичні відносини та інститути, політичні організації та норми політичного життя, політична свідомість (тобто політична система), виникнення і суть права. У ній зосереджено великий політико-правовий досвід минулих поколінь, відображено основні напрямки, підсумки попередніх досліджень проблем свободи, права, законодавства, політики, держави.

Кожна велика епоха будь-якого суспільства мала свої, властиві тільки їй, політико-правові установи, поняття і способи їх теоретичного пояснення. Тому в центрі уваги теоретиків держави і права різних історичних епох були різні політико-правові проблеми, пов'язані з особливостями державних установ і принципів права відповідного історичного типу і виду. Так, у Стародавній Греції головна увага приділялася державному устроєві, проблемі кола осіб, допущених до участі в політичній діяльності. Цим і була обумовлена підвищена увага до питання класифікації форм держави, пошуків причин переходу від однієї форми правління до іншої, прагнення визначити найкращу ідеальну форму правління. За середньовіччя основним предметом політико-правових дискусій стало питання про співвідношення держави і церкви. Ідеологи XVII-XVIII ст. уже вирішували не стільки проблему форми правління, як питання форми політичного режиму, проблему свободи і прав особи та засоби їх забезпечення. Мислителі XIX-XX ст. висунули на перший план питання про соціальні гарантії прав і свобод людини. Історія політичних і правових вчень не тільки відображає відповідний тип держави і права, а й виражає їх оцінку. Політико-правові доктрини створюються не для уясування тим чи іншим мислителем суті держави і права, а для впливу на політику і суспільну свідомість у напрямку, який збігається з інтересами якогось класу або соціальної групи людей.

Як відомо, крива феодальної системи досягла своєї кульмінаційної точки в період нідерландської (голландської) та англійської ранньобуржуазних революцій XVII ст. Під час ідейної підготовки цих революцій, у процесі їх проведення склалось і активно втрутилось у боротьбу таке явище політико-правової свідомості, як юридичний світогляд, що заступав теологічний світогляд середніх віків. За своєю сутністю, джерелами аргументації, способами пізнання суспільно-політичних явищ цей світогляд виступав антиподом теологічного світогляду, під впливом якого розвивалася вся середньовічна європейська політична і правова думка.

Водночас загальна логічна схема пояснень соціальної дійсності в юридичному світогляді була подібна до релігійної інтерпретації світу. Можна сказати, що то був іще теологічний світогляд із наданим йому світським характером. Місце догми, Божого права посіло право людини, місце церкви посіла держава. Економічні й суспільні відносини, які раніше, будучи санкціоновані церквою, вважалися творінням церкви, представлялися тепер заснованими на праві та створені державою.

Методологічною основою юридичного світогляду був раціоналізм, який вимагав вести наукові дослідження, вивчення питань держави і права неупереджено і вільно, не шукати істини в поглядах різних авторитетів. Раціоналізм вимагає оцінки суспільних і політичних явищ із позицій здорового глузду, застосування до них правил логіки, наприклад, якщо всі люди рівні від природи, тоді в чому сенс і виправдання станових привілеїв?

Юридичний світогляд був ефективним засобом нищівної критики феодалізму, його політико-правових доктрин. Феодальна держава, її установи й порядки визнавалися буржуазією нерозумними. Розумне суспільство - це суспільство вільних товаровиробників, з'єднаних

відносинами конкуренції; само ж суспільство представлялось як сукупність юридично рівних індивідів, пов'язаних складними договірними відносинами, врегульованими і гарантованими нормами права.

Віра в те, що саме праву належить вирішальна роль у житті суспільства і держави і що за його допомоги можуть бути вирішені всі соціальні проблеми, була особливо чітко виражена в XVII ст. доктриною природного права, а згодом - Просвітництвом і тісно пов'язана, зокрема, з його політичними вимогами - замінити правління людей правлінням законів. Право вважалось основою, зв'язком суспільства, а держава розглядалася буржуазією як гарант права, оскільки для її розвитку першорядне значення мало не наділення кожної людини політичними правами, а створення міцного правопорядку, заснованого на формальній рівності суб'єктів права, гарантіях свободи підприємництва, приватної ініціативи і конкуренції, непорушності власності й договорів.

У період ранніх буржуазних революцій на перший план виступала антифеодальна спрямованість юридичного світогляду. Антифеодальні гасла молоді буржуазії - рівність, свобода, безпека особи - збігалися з інтересами народних мас, які страждали від безправ'я і свавілля. Вперше в багатомісячній історії людства було висунуто і широко обгрунтовано уявлення про загальну рівність людей незалежно від їхнього соціального походження і становища, а також рівність усіх перед законом.

Вимога ліквідації станів, усіх форм феодальної залежності, встановлення загальної рівності перед законом, обгрунтовані ідеологами молоді буржуазії, мали і мають загальнолюдський характер, були і є загальнолюдськими цінностями.

Класичним втіленням юридичного світогляду стала теорія природного права і пов'язаного з нею суспільного договору. Сама по собі ця теорія в XVII ст. не могла вважатися новою, її зачатки ми помічали вже у вченні давньокитайських і подальших мислителів, про що вже йшла мова в другому розділі. Важливо, що майже всі теоретики нової буржуазної держави та її права стояли на ґрунті ідей природного права і договірної походження суспільства і держави. Але вони надали їй конкретного змісту. Тепер у природних правах бачили продиктовані розумом, дані від природи людям властивості. Серед них, зокрема, такі: бути вільним у переконаннях і діях, володіти й розпоряджатися власністю, бути рівним один з одним, мати гарантії від свавілля. Нові суспільні й політичні порядки, що їх намагалась утвердити буржуазія, зображалися нею як природні, себто такі, які відповідали природі та знаходили своє виправдання у названих вище властивостях людської істоти.

У XVII ст. теорія природного права висунула концепцію невід'ємних природних прав людини - права на життя, свободу, рівність, демократію та ін. Висуваючи ідею невід'ємних природних прав людини, буржуазія підносила прапор буржуазно-демократичних свобод, який допоміг їй стати на чолі тих суспільних сил, які боролися проти феодалізму, і заволодіти владою.

Ідею природних прав розвивала і доповнювала концепція суспільного договору. Її теоретики поклали в основу такі положення. Спершу люди жили в бездержавному стані, де всі були вільними й рівними, мали широкі права, не знали приватної власності, але їм загрожували всілякі небезпеки. Тому заради гарантій мирного життя люди вирішили вийти з цього природного стану. Для цього вони утворили державу за допомоги договору. У світлі договірної теорії держава не була вічною організацією, а навпаки, виникла історично в результаті переходу від природного до громадянського стану і внаслідок договору.

Завдяки концепції суспільного договору радикально змінився панівний раніше погляд на джерело публічної влади, на справжнього суб'єкта державного суверенітету. Згідно з теорією суспільного договору народ є джерелом і зверхником усякої влади. В боротьбі з абсолютизмом і з усім ладом середньовіччя ця теза відіграла велику роль, оскільки вона обгрунтовувала політичну справедливість домагань буржуазії на політичну владу, яка ототожнювала себе з народом. При цьому принципово було проголошено саме суверенітет народу, якого визнали не тільки джерелом влади, а й її зверхником.

Попри те, що концепція суспільного договору не відповідала справжньому процесу виникнення держави, вона зробила великий і при цьому революційний вплив на боротьбу, яку вела буржуазія з феодальним ладом.

Отже, юридичний світогляд зародився у кількох державах Давнього Сходу (Китаї, Персії, Палестині), а розквіту досяг у працях філософів Давньої Греції та юристів Давнього Риму. Для них характерний раціоналізм у підході до аналізу права і держави, що і дало змогу подолати колишні міфологічні уявлення про них. Для обґрунтування природи влади мислителі не використовували надприродне начало. Владу вони пов'язували з ідеєю права і закону. Правом є все, що відповідає природі речей і відносин, все, що існує об'єктивно і є свого роду об'єктивним розумом. Закон – юридична форма існування права, закріплена у правових нормах. Закон – продукт людського волевиявлення.

Державу один із засновників юридичного світогляду (Цицерон) визначає як «об'єднання багатьох людей, пов'язаних між собою згодою в питаннях права і спільністю інтересів». Нового розвитку юридичний світогляд досяг у Новий час. У той період релігійне світосприйняття, остаточно замінюється світським позитивним світоглядом, згідно з яким зміст права і держави виводиться із природи людини, її розуму та досвіду, протилежністю до яких є феодальні порядки.

Отже, юридичний світогляд пройшов три етапи у розвитку: I етап природно-правових теорій (XVII-XVIII); II етап лібералізму (XVIII-XIX); III етап позитивізму (XIX).

На першому етапі зміст всіх природничих теорій зводиться до того, що згідно з вічними та незмінними принципами природничого права феодальний політичний порядок та установи оголошені нерозумними і такими, що не відповідають природничому праву, і тому повинні бути відмінені.

Згідно з теорією природничого права автономно існуючий індивід є першоосною соціуму – суспільства. Сукупність незалежних індивідів складає суспільство у його природному стані. Перехід від природного стану суспільства до державно-організованого здійснюється через укладення суспільного договору. Різними є причини, що на думку авторів, примушують індивідів до укладання договору: прагнення запобігти «війні всіх проти всіх»; бажання встановити порядок та справедливість; потреба підкріпити природну рівність індивідів їх рівністю перед законом.

Другий етап. Ідеологи лібералізму відстоювали самоцінність індивідуальних прав і свобод, включаючи свободу підприємницької діяльності, необхідність обмеження державної влади та її невтручання в економічне життя суспільства.

Третій етап. Юридичний світогляд знаходить своє завершення у нормативізмі австрійського правознавця Г. Кельзена (1881-1973), що визнаний крайньою формою позитивізму. Право тут розглядається як «специфічний порядок або організація влади». Характерною рисою права є використання примусу, який здійснюється державними органами. Держава як централізований правопорядок існує у нормативних актах, які створює і застосовує.

З юридичного світогляду народжується соціальна теорія права та держави яка об'єднує групу різних концепцій, які пояснюють природу та зміст політики, права, держави зовнішніми по відношенню до них соціальними факторами: економікою, культурою, цінностями, ідеологією, соціальними інтересами класів та груп і т.д. Існує політична інтерпретація права, держави, політики, яка виходить із того, що право, держава, політика мають власну логіку розвитку і обумовлені внутрішніми причинами, властивостями, елементами. Її засновником є італійський мислитель Н. Макіавелі.

Культурологічна концепція права, держави, політики, яку розвинув німецький соціолог М. Вебер (1864-1920) право, державу, політику виводить із культурно закріплених мотивацій і форм поведінки людини. Так, правові і політичні вчення можуть розглядати право, державу, політику як продукт конфлікту інтересів політичних сил (конфліктологічні теорії) чи консенсусу політичних сил.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ МОВ У ЗАХІДНО-УКРАЇНСЬКІЙ НАРОДНІЙ РЕСПУБЛІЦІ

Кольбенко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Після розпаду Австро-Угорщини та проголошення Західно-Української Народної республіки на західноукраїнських землях розпочалися державотворчі процеси, котрі стосувалися різних сфер суспільного життя. Важливе місце серед них займала гуманітарна сфера, котра включала освітні, релігійні і, звичайно, мовні питання. Це було зумовлено рядом факторів та причин. Зважаючи на те, що в ЗУНР проживало 4 млн. населення, з яких 75% становили етнічні українці, 12% - поляки, 11% - євреї і 2% становили інші етнічні групи, що вимагало від керівників ЗУНР проводити зважену та продуману політику щодо вирішення мовного питання. Цьому також сприяли європейські традиції, що запанували після цілої низки буржуазних революцій та реформ, які слідували після них у багатьох тогочасних державах Європи. Пошук соціальних компромісів було нагальною необхідністю також і в Австро-Угорщині, яка об'єднувала у своєму складі різні народи з різними гуманітарними проблемами. Тому її політика, особливо у другій половині XIX ст., була направлена на врівноваження та задоволення різноманітних потреб цих народів, особливо у гуманітарній сфері. Це стосувалося і українців. Зокрема, вони отримали право відстоювати свої національні інтереси завдяки створенню Головної руської ради. Було дозволено видавати українську газету «Зоря Галицька», у Львівському університеті створено кафедру української мови та літератури, активізувалося політичне та релігійне життя українців і т.д. Усі ці факти сприяли, після розпаду Австро-Угорщини, представникам західноукраїнської еліти толерантно та політично врівноважено вирішувати питання побудови новоствореної держави.

Це стосувалося і мовного питання. Вже у резолюції від 19 жовтня 1918 року національним меншинам було запропоновано негайно надіслати своїх представників до Української Національної Ради у пропорційній кількості до чисельності населення кожної з них для спільного творення держави. У наступних проектах та прийнятих документах паритет цих представництв також зберігався. Зокрема в проекті «Основ державного устрою Галицької Республіки» було визнано, що: «В Галицькій Республіці визнається отсі три народности: українська, далі польська і жидівська. Вони користуються рівними правами на області публічного життя.»

Дальше говорилося про те, що «школи народні і середні мають бути зорганізовані в міру потреби зокрема для всіх трьох головних національностей та наука в сих школах маєтся подавати у матірній мові учеників». Таким чином забезпечувалося право кожної національної спільноти навчатися своєю національною мовою.

В той же час на урядовців покладался обов'язок володіти хоча б двома мовами цих національностей при цьому розумілася українська і польська, або українська та єврейська. Зокрема в тексті говорилося таким чином: «внутрішньою мовою урядового для всіх державних урядовців Галицької Республіки є мова українська. ...урядниками й службовцями в Галицькій Республіці можуть бути іменовані лише горожане держави, що володіють найменше двома мовами національностей держави».

13 лютого 1919 року був прийнятий «Закон про основи шкільництва на Західній області Української Народної Республіки», де питання мови стало важливим його наповненням.

За цим законом усі публічні школи оголошувалися державними, а вчителі державними службовцями. Українська мова стала основною мовою викладання в усіх державних школах, але полякам та євреям дозволялося право на школу рідною мовою.

Згодом було відкрито 30 українських середніх шкіл, в тому числі 20 гімназій (Бережани, Борщів, Броди, Бучач, Городенка, Долина, Дрогобич, Золочів, Жовква, Коломия, Копичинці, Рогатин, Самбір, Сокаль, Станіслав, Стрий, Тернопіль, Товмач, Чортків, Яворів), 3 реальні школи (Станіслав, Снятин, Тернопіль), 7 учительських чоловічих і жіночих семінарії (Бережа-

ни, Заліщики, Коломия, Самбір, Сокаль, Станіслав, Тернопіль). Водночас без утисків функціонували державні середні школи для національних меншин. Зокрема, у Станіславі безперервно працювали німецька і єврейська державні гімназії, для поляків були залишені польські державні гімназії у Станіславові, Тернополі, Коломиї і Дрогобичі, але через відсутність учителів, які би склали службову присягу, бо без цього до викладацької роботи ніхто не допускався, гімназії фактично не працювали.

Найбільше значення для врегулювання статусу вживання мов у ЗУНР був закон Української Національної Ради від 15 лютого 1919 р. «Про уживання мови у внутрішнім урядуванні державних властей і урядів, публічних інституцій і державних підприємств на Західній області Української Народної Республіки».

Основними положеннями цього закону були:

«1. Державною мовою на Західній області Української Народної Республіки є мова українська.

2. Сеї мови вживають у внутрішнім урядуванні всі державні власти й уряди, публічні інституції і державні підприємства.

3. Законно признаним національним меншостям полишається свободу уживання як усно так і в письмах їх матірної мови в урядових зносинах з державними властями й урядами, публічними інституціями й державними підприємствами».

Для виконання цього закону у сфері освіти 24 лютого 1919 року Державне секретарство просвіти та віросповідань видало «Розпорядок про викладання української мови у державних середніх школах» яким зобов'язала «дирекції всіх державних середніх шкіл з неукраїнською викладовою мовою в місцевостях, де досі нема державних шкіл даного типу з українською викладовою мовою, мають найдалше до дня 15 марта 1919 р., завести у своїх заведеннях українську викладну мову». Разом з тим тимчасово дозволялося «послугувувати в міру потреби дотеперішньою викладною мовою як помічною».

Для виконання даних рішень було розпочато серйозну реформу шкільної справи. Зокрема, було створено спеціальну комісію з досвідчених фахівців та представників громадськості, яка розробила спеціальну анкету у якій місцеві вчителі та широка громадськість могли висловити свої міркування та пропозиції.

Посилювалась також робота з підготовки нових шкільних програм і підручників. Спеціальним законом було утворено державне видавництво шкільних підручників та книжок, а усім школам запропоновано користуватись тільки цими підручниками і книжками.

Таким чином, мовна політика в ЗУНР була досить толерантною і гнучкою, а державність української мови забезпечувалась не тільки законами та іншими правовими документами, але і належними організаційними заходами.

ПРОБЛЕМА РОСІЙСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ: ЦИВІЛІЗАЦІЙНИЙ ПІДХІД

Липитчук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В основі цивілізаційної характеристики російської державності лежать поняття, які охоплюють риси та ознаки розвитку суспільства, які уявляють собою довготриваліші та стійкіші фактори. Вони охоплюють територіально-природну, мовну, духовно-моральну, правову, релігійну, етнічну сфери, які відтворюють інтереси суспільства і характеризують його у цілому³. Така модель, як вважають дослідники, дозволяє "вписати" конкретне суспільство в контекст загальносвітової історії через соціокультурну своєрідність суспільства як цілості.

Сучасні наукові доробки дають можливість виділити кілька концептуальних підходів, що сформувалися в науці щодо визначення російської державності як певної цивілізації.

Частина дослідників вважають, що Росія уявляє собою "недоцивілізацію", а відтак не є цивілізаційно цілісною. В основі такого підходу лежить концепція "Росія – розколота цивілізація". В країні існує розкол культур та соціальних відносин. Для пояснення використовується два типи цивілізацій: традиційна (орієнтована на відтворення сталих історичних форм життя) та ліберальна (орієнтована на динаміку, розвиток). Росія, вважають науковці, у своєму історичному розвитку вийшла за межі традиційної цивілізації, але не змогла подолати кордон ліберальної цивілізації. Це означає, що Росія займає проміжне становище між двома цивілізаціями і є постійним джерелом нестабільності. Для розколу характерно "зачароване коло": активізація позитивних цінностей в одній із частин розколотого суспільства приводить в дію сили іншої частини суспільства, яка заперечує ці цінності. Загроза розколу полягає у тому, що він, руйнуючи моральну єдність суспільства, підриває саму основу для відтворення цієї єдності, відкриваючи шлях соціальній дезорганізації.

Російська державність, як наголошують науковці, не вписується повністю ані в західний, ані в східний тип розвитку. Росія, не будучи "самостійною цивілізацією" уявляє собою "цивілізаційно неоднорідне суспільство". Стверджується, що "Росія – особливий конгломерат народів, що історично склався і які відносяться до всіх існуючих типів цивілізацій, об'єднаних міцною централізованою державою... Тому Росія не має соціокультурної єдності, цілості, та її специфіку неможливо зафіксувати в межах альтернативи "Схід–Захід" (через наявність східних і західних рис); вона не є самостійним цивілізаційним типом...".

Дослідники наголошують, що недостатня ступінь інтеграції і розвинутої ієрархії різних культур і субкультур, визначила провідну роль держави в забезпеченні єдності Росії. При цьому, зазначають дослідники, держава виступає як "замінник" цивілізації, компенсуючи недоліки цивілізаційно-неповноцінного організму.

Значна частина дослідників прийшла до висновку, що Росія відноситься до локальних, "периферійних" цивілізацій. В межах цієї концепції учені намагаються виявити характерні особливості, які відрізняють російське суспільство від інших. Прослідковуючи процес формування сучасної російської цивілізації як локальної, намагаються довести, що в процесі модернізації, започаткованої Петром I відбулася не "...відмова від самобутності як такої, а зречення від самобутності старого зразку і створення нової моделі самобутності... була закладена нова Росія, не подібна на себе в минулому, але і не стала ідентичною ані Англії, ані Франції, ані Заходу у цілому...".

Один із типів російської локальної цивілізації учені трактують як мобілізаційний тип розвитку. Науковці доводять, що постійне відтворення мобілізаційного типу цивілізації забезпечується в межах екстенсивних форм і методів господарювання, домінування пріоритетів держави і компенсаційної системи як виробленого багатьма поколіннями інструментарія "переналаштування" соціума до надзвичайних умов життєдіяльності. До найважливіших ознак мобілізаційного типу цивілізації науковці відносять домінування екстенсивної експлуатації ресурсів, власність держави на природні ресурси, пріоритет інтересів державної влади у всіх

питаннях внутрішньої політики, ієрархічність в побудові вертикальної влади. Складовими компенсаційної системи є організація активної зовнішньої експансії та розширення економічного простору цивілізації, концентрація та перерозподіл як інструменти економічного та раціонального використання ресурсів, запозичення соціальних новацій і технологічних досягнень західної цивілізації, позаекономічне стимулювання трудової активності різних верств населення (включаючи еліту), перевід мобілізаційного розвитку із нестабільного режиму управління в стабільний. Вчені стверджують, що хоча й такий тип цивілізації мобілізаційного розвитку називають "напівпериферією" або "наздоганяючою" стандарти країн-лідерів капіталістичного табору...", проте "В ХХ столітті ця тенденція розвитку..., забезпечила незалежний політичний та економічний стан цивілізації, високі темпи зростання... Як будь-який масштабний та довготривалий досвід господарювання, мобілізаційний тип розвитку включає в себе альтернативи ефективного рішення багатьох проблем людства".

Учені наголошують, що на відміну західноєвропейської, російська культура була периферійною вже за своєю генезою, оскільки не була прямо пов'язана зі спадщиною древніх, античних цивілізацій і з часом ця периферійність зростала. Цивілізаційна генеза російської етнокультурної спільноти об'єднала християнський візантійський та язичницький ординський компоненти. Підкреслюється, що становлення російської цивілізації відбувалося поза контактами з Європою. Повернення Росії обличчям до Європи відбулося після завершення цивілізаційного синтезу. З того часу Росія болісно здійснює перебудову, яка б дозволила їй вести еквівалентний обмін цивілізаційним ресурсом із західними країнами.

Концепція периферійності російської цивілізації знайшла свій подальший розвиток в нових дослідженнях. Здійснивши комплексний аналіз цивілізаційного статусу Росії частина науковців прийшла до висновку, що вона належить до числа цивілізацій "прикордонного" типу, визначальною характеристикою яких є домінанта принципу розмаїття над принципом єдності. Дослідники зробили спробу проаналізувати чинники, які роблять можливим існування такого типу цивілізації як єдиного суб'єкта історії. На їхню думку, йдеться про єдність особливого роду, яка виникає в результаті "взаємоопору" сторін найгостріших протиріч. Російський підхід до ключових проблем людського існування характеризується одночасно спрямованістю у протилежні сторони, внаслідок чого характерною особливістю Росії як "прикордонної" цивілізації стало конфліктне поєднання різних або протилежних версій вирішення проблем, при тому, що всі вони є однаково органічними для російського цивілізаційного простору. "Взаємопір" суперечливих одна одній орієнтацій свідомості та поведінки в найважливіших питаннях існування створює гостру напругу конфлікту, із якого парадоксальним чином народжується цілісність. Ключове значення в культурно-історичному контексті "взаємопір" мав в таких тенденціях, що протистояли одна одній в межах єдиного "силового поля", як: стремління до відкритості по відношенню із зовнішнім світом і запеклий захист своєї самотності; намагання влади підкорити всі сфери життя суспільства контролю держави і збереження реальної автономії інших підсистем цивілізаційної системи.

Значне місце в спробах осмислити цивілізаційні основи Росії займає євразійська концепція її цивілізаційного розвитку. Визначаючи російську культуру як синтез Заходу і Сходу, євразійці при цьому підкреслюють дотичність Росії не стільки до Європи, скільки азійським просторам, азійським народам, цивілізаціям, державам, духовності, традиціям.

Заперечення європейського впливу сприяє формуванню концепції антизахідництва в тій чи іншій формі і, як конкретного відображення в російському досвіді – антиреформістських побудов. Ідея особливості Росії, її високої духовності, месіанської ролі у світі (у відносинах із Заходом) супроводжується критикою ідеї модернізації Росії за "західним" зразком і ствердженням необхідності збереження самотності – культурної, релігійної, традиційної. Досліджуючи відмінності російської та західної цивілізації, дослідники вказують на особливу духовну перевагу російського народу, що є опорою процесу модернізації російського суспільства. Наголошується, що "... Свята Русь не пережила Відродження, Реформації і Просвітництва в тій аутентичній формі, в якій це відбувалося в Європі... Не склалося на Русі бюргерство... російська людина завжди відчувала серцем, тому і зреагувала на введення капіталізму на Русі трьома радикальними способами: поголовним п'янством, поголовою смертністю і поголов-

ним злодійством (корупцією)... Російський народ не любить юриспруденції і не поклоняється правам людини – він любить обранця, за яким відчуває Божью руку".

В контексті протистояння російської цивілізації Заходу за останні роки з'явилися нові концептуальні визначення російської цивілізації та її місця у світовій історії.

Росія визначається як службово-домашня цивілізація, яка принципово відрізняється від західної (ринкової) цивілізації за своїми ознаками. Характеризуючи ці два типи цивілізацій, вчені вводять поняття модусів соціальної значимості (слава, знання, багатство, влада, діло, святість, професіоналізм тощо). В службово-домашній цивілізації модуси соціальної значимості доступні людям не за свобідним вибором, а як представникам соціально-професійних груп. Вищі модуси – святість або влада, провідна процедура соціального визначення – особиста експертиза. Цінність "суспільство" домінує над цінністю "особа", а серед інструментальних цінностей переважають дисципліна і обов'язок. Службово-домашня цивілізація розвивається вкрай повільно, оскільки службова діяльність за своєю природою консервативна, а в суспільстві перекрито основне джерело енергії розвитку – свобідна діяльність особи.

В ринковій цивілізації модуси соціальної значимості доступні людям на основі вільного вибору, головними модусами поступово стають багатство і діло, провідна процедура соціального визнання – ринок. Цінність "особа" переважає над цінністю "суспільство", а серед інструментальних цінностей провідне становище займають свобода і право. Ринкова цивілізація розвивається вкрай швидко, оскільки її діяльність здатна до швидкого саморозвитку, а суспільство має потужне джерело енергії розвитку – свобідну діяльність особи.

Частина науковців вважають, що важливою характеристикою російської цивілізації є її імперська складова. За останні роки з'явилося кілька досліджень, в яких учені намагаються розкрити імперський компонент, звертаючись до минулого російської державності, сучасності та перспектив розвитку. Це дозволяє прослідкувати генезу російської державної доктрини. Підкреслюється, що саме імперські амбіції та володіння величезним простором не дозволили Росії створити ефективне державне управління. Самодержавство витрачало свої зусилля на просте утримання влади за допомогою армії, чиновництва і таємної поліції. Наслідком цього, як вважає дослідник, став виворіт російської геополітики – наспроможність, жорстокість і недбалість державного управління. "Імперія тут, – зауважує один із дослідників – означає щось принципово інше, ніж в Європі. Мовляв, тільки імперія зможе реалізувати історичні завдання, поширити цивілізацію... Але – які історичні завдання? Яку цивілізацію?... її підміняє великоросійська ідеологія, яка надає переваги великій імперії, а не правам людини і громадянським свободам". На думку науковців, розташована між Азією і Європою, "Росія не знає де бути – чи то на "узбіччі", чи то між двома різними цивілізаційними концептами, один з яких базується на інтелектуальній свободі і приватній власності, а інший спирається на силу необмеженої влади в руках правителів".

Характерним стало звернення науковців до окремих проблем російської історії, які дозволяють охарактеризувати важливі особливості російської цивілізації. Зокрема, досліджуючи проблему корупції в Російській імперії у XIX–XX ст., дослідники прийшли до висновку, що корупція в Росії дозволяла боротися з негнучкістю ладу, автократією держави і централізмом, нерівністю, а також послаблювала вплив деспотичної політичної системи на динамічні економічні процеси, призводила до змін в розподілі доходів, відіграючи роль одного із засобів першочергового накопичення. А відтак, корупція стала важливим елементом суспільного і політичного життя, ланкою залежності і взаємозалежності підданих і влади⁶¹.

Ще одним напрямом у висвітленні образу російської цивілізації є дослідження російсько-європейських відносин в контексті модернізаційного процесу новітньої історії. У цьому контексті цікавими є уяви про російську цивілізацію європейських науковців, які роблять спробу знайти відповіді на питання: чому Росія не стала Європою; які відмінності існують між близькими, але різними за типом цивілізаціями; що зумовило провідне становище Заходу тощо. Це пояснюється тим, що для ранньої західної цивілізації характерним є "механізм" соціальної стратифікації, який сприяє виникненню та розвитку автономних груп. Соціальний плюралізм дав початок станам, парламентам та інститутам влади. В періоди економічної активності ці форми розвинулися в інститути демократії, сприяли виникненню і розвитку індивідуалізму, громадянських прав і свобод.

Інші визначають Росію як європейську державу, хоча і вважають неможливим застосувати до неї західні стандарти. Визначаючи за Росією європейський статус, вони підкреслюють, що Росія – своєрідна європейська імперія з космополітичною елітою та багатонаціональними країнами. За її межами залишаються права людини та інститути приватної власності.

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ СУДОВИХ ОРГАНІВ ЗА КОДЕКСОМ 1743 РОКУ

Макаренко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кодекс Гетьманщини «Права, за якими судиться малоросійський народ» можна по праву вважати першим вітчизняним кодифікованим нормативно-правовим актом. Провівши довготривалу і кропітку роботу із систематизації джерел права, спеціально створена комісія у 1743 році представила проект збірника, який складався з 30 розділів, розділених на 532 артикули, а ті в свою чергу – на 1607 пунктів. Найбільша за обсягом і найдетальніша за викладом частина, а саме – 7, 8, 9, 25-й та окремі артикули 6, 26, 28-го розділів – присвячена судочинству і судоустрою.

Пропонована судова система цілком відповідала реальній, існуючій в державі. Передбачалось дві категорії судів – загальні і спеціальні. До першої належали: 1) сільські, 2) ратушні, 3) магістратські, 4) сотенні, 5) полкові, 6) полкові канцелярії, 7) Генеральний військовий суд та 8) Генеральна військова канцелярія. До другої – 1) третейський, 2) полюбовний або мировий, 3) духовний і 4) ярмарковий або торговельний.

Найнижча ланка – сільський суд, діяв у селах. Отаман, війт і декілька козаків та посполитих розглядали незначні питання, що виникали з приводу крадіжок, випасу худоби, бійок між жителями підвідомчої території, а інколи і між сторонніми людьми. Деколи вони видавали іншим судовим установам так звані атестації – характеристики на обвинувачених мешканців села.

У важливих випадках сільські суди, як правило, проводили початкове дізнання, а у разі схоплення злочинця «на гарячому» - затримували його. Отаман і війт завжди запрошувались до складу сотенного і полкового судів, коли ті розглядали складні справи безпосередньо на місці у сільській місцевості або коли позивач і відповідач проживали в одному селі.

Будучи в основному словесним, даний суд практично ніякого діловодства не вів. Оскаржити його рішення козакам дозволялося до сотенного, а посполитим – до ратушного суду, який існував у непривілейованих містах.

Апарат ратушного суду складався з сотника, отамана, писаря, війта, 3-х бурмистрів, межового комісара або межовика чи підмежовщика, городничого і 1-2-х возних. Засідання визнавалось правомочним при наявності не менше 3-х перелічених осіб, але з обов'язковою участю війта. Однак якщо скаржником був сам війт, то до складу суду входили йому заборонялося.

Компетенція передбачала вирішення кримінальних і цивільних справ міщан та «тамошних» посполитих, а також перегляд рішень сільських судів. Ратушний суд не мав права виконувати вироки у кримінальних справах. Вони надходили для розгляду у вищестоящу інстанцію. Незадоволені вчинками ратушних чиновників могли поскаржитись до однойменного суду. Скарги на судові декрети та війта подавались до полкового суду або полкової канцелярії.

Інший міщанський суд – магістратський у складі війта, бурмистрів, райців, лавників, писаря, межового комісара або межовика чи підмежовщика, городничого та 1-2-х возних відрізнявся від ратушного лише за місцем розташування. Магістрати знаходилися у містах з самостійним самоврядуванням – привілейованих містах.

На території сотні судовим органом був сотенний суд. До нього входили сотник, отаман, міський писар, осавул і хорунжий.

У відкритих засіданнях розглядалися цивільні і кримінальні справи місцевих жителів у першій і другій інстанціях. При необхідності суд проводив слідство через своїх представників або виїжджав на місце злочину чи знаходження предмету спору. Коли вирішувались питання мешканців села, розташованого у даній сотні, то для участі у суді викликались представники сільської влади. Інколи до його складу полковник делегував старшин, найчастіше – полкових

суддів, які здійснювали загальний нагляд за сотенними судами. Кожна справа заносилася до протокольної книги, за котру відповідав писар.

Всі права у процесі належали сотнику і сотенній старшині. Скарги на їх рішення надсилались до судових органів.

Полковий суд, що діяв на землях полку, ніс основний тягар діловодства. У ньому працювали полкові судді та частина полкової старшини і представники значкових знатних товаришів. Але головну роль відігравав полковник.

Компетентний над полковою старшиною, сотниками і значковими товаришами, цей суд слугував і апеляційною інстанцією щодо сотенних, ратушних і магістратських судів.

У засіданні головував, як правило, полковий суддя або, у разі присутності, полковник. За відсутності полковника суд заочно отримував керівні вказівки.

Полковий суд практикував виїзди на місця: у сотні та села. Його уповноважені неодноразово брали участь у роботі нижчих ланок для проведення слідства або завершення попереднього огляду і складення відповідного протоколу – основи наступного рішення.

За дорученням гетьмана або Генерального суду полковий суд вів розслідування і видавав так звану атестацію, що відіграла роль доказового матеріалу.

Оскарження на вироки даного суду спрямовувались до полкової канцелярії, яка теж діяла у межах полку.

У полковій канцелярії, на відміну від суду, засідали полковник і декілька представників полкової старшини. Апеляції ж на її декрети адресувались Генеральному військовому суду.

У Генеральному військовому суді засідали генеральні судді та інші особи від генеральної старшини або знатних бунчукових товаришів - фахівці з права. Однак чітко склад ніколи не визначався і протягом ХVІІІ століття раз у раз змінювався.

Генеральний суд розглядав весь спектр справ, що торкались генеральної старшини, полковників і бунчукових товаришів. Здійснював він і касаційне провадження.

Як вища судова інстанція зазначений орган давав інструкції нижчим судам, а для участі у їх роботі посилав довірених. Інколи генеральний суддя виїжджав особисто і за дорученням гетьмана вів досудове слідство.

Безпосередній нагляд за Генеральним судом покладался на Генеральну військову канцелярію, яка складалася з гетьмана та декількох представників від генеральної старшини. Переглядати їх рішення міг тільки глава Російської імперії.

Особливий Третейський суд, компетентний виключно у цивільних та деяких незначних кримінальних справах, закріплювався при Гетьманському правлінні.

Він вів процес на прохання позивача, котрий бажав прискорити провадження і укласти мирову угоду або за вказівкою Генеральної військової канцелярії, яка формувала цей суд. До нього входили обізнані з законодавством добросовісні знатні особи різних звань.

Незадоволений декретом або вироком мав право апеляції до Генерального суду.

Близьким за характером діяльності Третейського є полюбовний або мировий суд, який розглядав цивільні і неважкі кримінальні справи про злочини, вчинені з необережності. Відбувався він двома способами: 1) через примирювачів, обраних зацікавленими сторонами та 2) шляхом безпосередньої мирової угоди.

У першому випадку передача спору на мировий суд відбувалася на підставі письмового запису про подальше неухильне виконання судового рішення, з зазначенням розміру штрафу у разі недотримання цього положення.

Мировими суддями вибирались сумлінні, знайомі з законодавчими актами повнолітні «персона» без фізичних вад, окрім невільників. Постанови приймались більшістю голосів і оскарження, за загальним правилом, не допускалось. Проте у визначених випадках потерпілий міг звернутись у загальний суд.

У другому випадку, коли позивач і відповідач узгоджували конфлікт особисто, без судового втручання, вони обмінювались відповідними розписками з власними підписами. До того ж на них покладался обов'язок підтвердити факт домовленості показами 2–3-х свідків.

Існувала розгалужена мережа духовних судів: протопопські, вищі єпископські (владичі) суди в єпархіях, очолювані найвищою і остаточною інстанцією – консисторським судом Київської митрополії.

Їх компетенція поширювалася на питання шлюбу і розлучення, провини світських осіб перед вірою, а також на випадки заподіяння шкоди представниками духовенства, окрім кримінальних справ. Всі інші спори підлягали козацькому судочинству.

Особливо робився наголос на недопустимості порушення підсудності у системі козацьких–духовних судів під загрозою неправомочності винесеного рішення.

Останній судовий орган, передбачений Кодексом 1743 року – ярмарковий або торговельний суд, правомочний на ярмарках і торгах.

Даний суд чинила за місцем виникнення цивільного спору місцева адміністрація у присутності при потребі купців.

Кримінальні ж справи після арешту і перших допитів винного обов'язково надсилались до полкового суду.

Таким чином побудова і діяльність судової системи Гетьманської України детально врегульовувалась на законодавчому рівні і відповідала реальній, яка сформувалась у державі.

СЕЙМОВА І ПАРЛАМЕНТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ Ю.РОМАНЧУКА ЯК ЗАСІБ ОРГАНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО НАСЕЛЕННЯ У ГАЛИЧИНІ ТА ЙОГО ПОЛІТИЧНОГО ВИЗНАЧЕННЯ В АВСТРО- УГОРСЬКІЙ ДЕРЖАВІ

Мельник А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Становлення Ю.Романчука як державно-політичного діяча відбувалось у складних і суперечливих умовах перебування Галичини у складі Австро-Угорщини. Свої соціальні й національні права українці змушені були повсякчасно виборювати, і насамперед через представницькі органи влади. Тому Ю.Романчук починає боротьбу за депутатський мандат, і в 1883 р. стає послом Галицького крайового сейму, перемігши на виборах у Калуській окрузі Вольфарта, начальника суду з Войнилова.

Аналіз виступів послів сейму, стенографічні записи яких друкувались у газеті “Слово”, а також інших опублікованих і неопублікованих (архівних) документів і матеріалів, зокрема, брошур з промовами Ю. Романчука та його автобіографічних видань, наукових праць (О. Аркуші, В. Булачека, Л. Ілина, О. Мікули, М. Мудрого, І. Чорновола, та ін.), присвячених дослідженню постаті Ю. Романчука та діяльності української крайової фракції у сеймі, показав, що за період своєї каденції (з 1883 р. до 1889 р.) він помітно зміцнив (організаційно та ідеологічно) українську крайову фракцію і активно використовував посольську трибуну для захисту національних і соціальних прав народу. Завдяки зусиллям Ю.Романчука, як керівника сеймового представництва, українські послы, попри перманентні суперечності в середині фракції, підготували чимало законопроектів на підтримку національної культури.

На першому місці у депутатів був захист рідної мови, без якої, як відомо, не існує національної свідомості, і з якої, власне, постає національна ідея. Суспільний статус української мови Ю.Романчук активно захищав, і як депутат австрійського парламенту, депутатом якого він став у 1891 р., перемігши на виборах в окрузі Бібрка-Долина-Калуш. Найгостріші суперечки точились при обговоренні проблеми відкриття українського університету у Львові. Адже відкриття вищого національного закладу не лише підвищувало статус української мови в Австро-Угорській державі, але й сприяло зміцненню українського національного руху загалом. Чого австрійська влада, власне, не бажала допускати й всіляко затягувала з прийняттям відповідного рішення.

Виважено діяв Ю. Романчук і під час подій, пов'язаних із вбивством намісника Галичини А. Потоцького. Як відомо, після здійснення атентату збурились всі поляки Львова, адже А. Потоцький був цісарським намісником польського походження. Правда, окремі польські політики (наприклад, лідер ППСД І. Дашинський) заявляли, що розуміють дії українців з причини браку в них національної автономії в Галичині. Однак, говорячи про численні факти приниження національних почуттів етнічної більшості регіону, заперечили використання тероризму як методу політичної боротьби в державі як такого, що суперечить нормам конституції.

Для Ю. Романчука та його колеги М. Василька, лідерів українців у Державній раді, вбивство намісника теж стало актом політичного терору, про що вони заявили на сторінках німецькомовних часописів “Die Zeit” і “Neue Freie Presse” (15 квітня 1908 р.), підкресливши однак, що довголітні утиски українців і сваволя польської адміністрації підготували “небезпечне збурення народу”. Його позиція викликала гостру суспільну полеміку в Галичині.

На наш погляд, у цій складній і неоднозначній ситуації Ю. Романчук повів себе гідно й дипломатично. З одного боку, він як політик, покликаний захищати національні права свого народу, розумів, що вбивство цісарського намісника спровокували репресії проти галицьких українців, які на виборах до крайового сейму відмовлялись голосувати за графа А. Потоцького. Водночас як парламентарій, віце-президент Державної ради Ю. Романчук не міг не засудити теракту, знаючи, що окремі українські політики, зокрема, члени УРП, а пізніше й УСДП, також певною мірою були відповідальними за агресивні дії на виборах. Тверезомисляча пози-

ція Ю. Романчука, зрештою, як і багатьох українських політиків, сприяла відверненню польсько-української війни, загроза якої на той час витала в повітрі.

Одним з найважливіших напрямків парламентської діяльності Ю. Романчука була боротьба за проведення виборчої реформи. Як український посол і керівник парламентської фракції він наполегливо добивався внесення змін у нормативні акти. Адже, декларуючи конституційні принципи національної рівноправності усіх народів імперії, уряд часто порушував їх, і що характерно, на основі чинного законодавства.

Велику об'єднану роботу Ю. Романчук провадив, зокрема як голова української парламентської репрезентації в Державній раді та віце-президент Рейхсрату (до речі, він був єдиним українцем, який здобув таку високу посаду в австрійському парламенті).

ДОГОВІР НАЙМУ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ: ДО ПРОБЛЕМ КЛАСИФІКАЦІЇ

Миньо М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дати загальне і при цьому точне визначення суті договору найму (*locatio-conductio*) дуже складно, оскільки це поняття розпадається на три види: найм речей, найм робіт (підряд) та найм послуг. Проблема полягає в тому, чи в римському праві існував один договір найму, який ділився на три види, чи насправді окремо було три різних договорів найму. Тобто, чи можна говорити про найм загалом, як про один договір. Складність цього питання доводять різні підходи до вирішення цієї проблеми.

Так І. Б. Новицький та І. С. Перетерський вказують, що класичне римське право знало три види договору найму: найм речей - *locatio-conductio rei*, найм робіт (підряд) - *locatio-conductio operis* та найм послуг - *locatio-conductio operarum*. О. А. Підпригора та Є. О. Харитонов зазначають, що римське право знало три договори найму: найм речей, найм послуг, найм роботи. Між ними є багато спільного, але є й істотні відмінності. При цьому науковці вказують на одну відмінність – предмет договору.

Н. Дювернуа характеризуючи ці правовідносини, вказує, що вчення про найм ділиться на вчення про найм речей, вчення про найм послуг та вчення про найм певної роботи.

У 1810 році вийшла праця В. Куколника «Начальные основания римского права», в якій автор вживає термін «договір найму». Проте, тоді ще наука римського приватного права тільки починала розвиватись, зокрема в контексті догми римського права. Про це свідчить те, що науковець відносить емфівтевзис не до речового, а до зобов'язального права. Л. Камбек в праці «Римское право» вказує ж на двоякість договору найму

Якщо ж розглядати не найперші дослідження, а взяти до уваги найсучасніші вітчизняні досягнення в викладі основних питань римського зобов'язального права, то можемо побачити, що О. А. Кирпичов та В. В. Соловійова в підручнику «Римське приватне право», який вийшов у 2007 році вказують про один найм та трійого види, Ю. А. Задорожній в найновішому на цей час підручнику (2012 р.) «Основи римського приватного права» стоїть на позиції, що в класичному римському праві існувало три види договору найму.

Розглядаючи класичну наукову літературу з римського приватного права, можна зустрітись з різними підходами до висвітлення цієї проблеми. Так, В. Зеллер вважає, що терміном «*locatio-conductio*» римські джерела зазначають відповідно три рівних договори, які хоч і мають подібності за своїм юридичним характером, але за своїм змістом різко відрізняються один від одного. Т. Марецоль говорить же про один договір найму. Л. М. Загурський висловлює позицію, що за предметом договору найму він буває двох видів. До першого він відносить найм речей, до другого найм послуг та найм робіт.

В. О. Умов в своєму спеціальному дослідженні «Договор найма имущества по римскому и новейшим иностранным законодательствам» зазначає, що договір найму за своїм предметом розпадається на три види. Предметом користування обумовленого договором найму можуть бути:

1. Майнові цінності, наприклад речі або права – речовий найм;
2. Сили особи: безпосередньо у вигляді певної триваючої діяльності – найм особистий; опосередковано, так як предметом є не самі послуги особи, а результат, який ними вироблений – підряд.

Такої ж позиції дотримується Д. Азаревич.

Генріх Дернбург в своїх «Пандектах» вживає термін «договори найму» та вказує, що за договорами найму до наших послуг надаються на певний строк тілесні речі або робочі сили за грошову винагороду. Існує три види таких договорів: майновий найм, найм послуг та найм робіт.

Найновіші європейські дослідження з римського приватного права також неоднозначно підходять до цього питання. Дж. Франчозі вказує на складність сутності договору найму. Також він зазначає, що Гай пише тільки про два випадки: *locatio-conductio rei* та *locatio-conductio operis*, при цьому про *locatio-conductio operarum* мова йде тільки в більш пізніх Сентенціях Павла, що видно з різних фрагментів Дигест Юстиніана. В Юстиніана всі три випадки становлять три різних контракти.

М. Х. Гарсія Гаррідо вживає термін «оренда» та не «найм» та визначає його як консенсуальний контракт, згідно з яким одна з сторін, а саме орендодавець, тимчасово передає річ або роботу в розпорядження іншої сторони, тобто орендарю, який «приймає» річ і здійснює контрнадання орендодавцю в вигляді натуральної ренти або грошової плати. Науковець наводить ознаки, якими характеризується договір оренди. Далі він зазначає, що правовідносини *locatio-conductio* можуть бути поділені на два види: оренда речей або послуг та підряд.

Вищезазначена різноманітність підходів вказує на проблему в класифікації.

Хоч і існує різний поділ: на два або на три види, але це питання заслуговує на окреме висвітлення, оскільки кожен з науковців, здійснюючи поділ звертав найбільшу увагу на різні критерії, наприклад М. Х. Гарсія Гаррідо провів поділ виходячи більше з мети договору, а В. О. Умов - з його предмету.

В сучасному Цивільному кодексі України договори про надання послуг та про виконання робіт стоять окремо від найму, що зумовлено тривалим процесом еволюції цивільного права. Найм же визначається як договір, за яким наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно в користування за плату на певний строк. Предметом найму є майно. Розглядаючи сучасні види договору найму можна побачити, що всі окремі види договору найму мають предметом майно, проте кожен окремий вид договору відповідає певному майну, яке підпадає під всі загальні ознаки майна, проте це майно наділене особливостями (а не відмінностями).

Справді, можна виходити з позиції: один предмет – один договір, тобто якщо хоча б одна ознака окремого виду, в даному випадку предмет, є відмінною, то такі договори не складають окремих видів. Проте, такий підхід залежить від того, що ми вкладаємо в зміст терміну «предмет договору найму». Якщо ми вважатимемо, що предметом договору найму є річ, послуги або результат конкретної роботи, тоді найм речей чи найм послуг всеодно зостануться наймом, якщо ж предмет вважатимемо вирізняльною ознакою, то матимемо три окремих договори найму.

Отже, як правильно вчинити в даному випадку? Чи правильно вживати термін «договір найму» або «договори найму» стосовно *locatio-conductio*?

В Дигестах Юстиніана відсутня пряма вказівка на поділ найму на види взагалі. Найм є природним та прийнятим у всіх народів контрактом укладається не в силу слів, а в силу згоди, так як і купівля-продаж (D:19.2.1). Римляни не надавали такої уваги класифікаціям, як наука останніх століть. Правовідносини, що потребували врегулювання отримували позицію юриста, що згодом ставала нормою, яка в силу особливостей римського права входила в масив джерел права без чіткого розподілу на групи за характером правовідносин на відміну від сучасного права, в якому нова норма входить в конкретну галузь, далі в конкретний вид правовідносин цієї галузі та займає своє місце, наприклад в розділі, далі в главі, параграфу, статті, її частині. Можна погодитись з Н. Дювернуа, який вказав, що не стільки договір ділився на три види, а ділилось вчення про нього. Справді, майже всі класифікації та поділи (щодо римського права) - досягнення не самого римського права, а науковців, яке це право досліджували.

З чого тоді необхідно виходити, розв'язуючи проблему та на який критерій зважати?

В Давньому Римі основною ознакою, яка вказувала на те, що в особи існувало право був не зміст правовідносин, а те чи захищалося таке право позовом. Основою зобов'язального права є зобов'язання, основою якого є право вимоги. Але це право безсиле, якщо відсутні застави, якими воно захищатиметься. Тобто нема позову – нема зобов'язання.

В Сучасному цивільному праві види позовів залежать не стільки від виду правовідносин, а від того, як право особи було порушено, та яким способом вона бажає, щоб це порушення було усунуто. Римське право містить окремі види позовів щодо окремих договорів. Ці позови притаманні тільки відповідним договорам, мають відповідну назву та особливості. Виходячи з

позовів, а не з структури пам'яток права здійснюється поділ договорів за римським правом. Т. Марецоль зазначає, що кожен з контрагентів договору найму дає позов проти іншого, але дає й ще різний позов для кожного: наймач – *actio conducti*, наймодавець - *actio locate*. Х. М. Гарсія Гаррідо вказує, що орендні правовідносини породжували два позови: позов про здане в оренду в користь орендодавця для витребування зданої в оренду речі і (або) виконання будь-якого іншого обов'язку, прийнятого на себе орендарем та позов про прийняте в найм в користь орендаря для зобов'язання орендодавця до виконання своїх обов'язків.

Позови з найму не залежать від того, що є предметом найму: річ, результат роботи чи послуги.

На користь того, що саме позов є основою класифікації договорів виступають назви титулів Дигест Юстиніана: положення про найм згруповані в розділ, назва якого не «Найм», не «Договір найму», не «Договори найму», а «Про позов, що витікає з найму»

Отже, з усього вищезазначеного можна зробити висновок про те, якщо ми вкладемо в визначення поняття найму всі три предмети: річ, результат роботи і послуги, то отримуємо один договір найму, який ділиться залежно від предмету на три види з єдиним позовом який ділиться на два види, залежно від контрагента, який його подає.

ПОВНОВАЖЕННЯ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА У ВИБОРЧІЙ СИСТЕМІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ

Моряк-Протопопова Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Загальна виборча система Австрії почала формуватись в умовах революції 1848-1849 рр. До 1918 р. її неодноразово переформовували. Незмінним залишався принцип, за яким контроль над виборами на місцях здійснювали місцеві органи влади (намісництва та староства).

Вибори до австрійського парламенту (Державної ради) регулювали конституційним законом від 21 грудня 1867 р. «Про імперське представництво». Система виборів не була досконалою. Наприклад, одного посла в середньому обирало 64 виборці з панської курії або 69 тис. 697 виборців із загальної курії (найбіднішої). Нерівність полягала також і в тому, що у панських куріях (1-й, 2-й і 3-й) голосування проходило безпосередньо, а в куріях бідноти (4-й та 5-й) вибори були непрямими, що давало змогу маніпулювати виборцями та фальсифікувати їх волевиявлення. Це дало підстави І. Франку назвати австрійські виборчі закони «...найріднішою дитиною австрійської конституції, і коли кривдять кого, то лиш робітника і селянина на користь багатців і шляхти».

З 1867 по 1918 рр. виборчу систему неодноразово змінювали, але зміни 1907 р. були найважливішими, адже встановлювали пряме, загальне і таємне виборче право для усіх жителів Австрії.

Стосовно діяльності місцевих представницьких органів (сеймів), то їх створювали на підставі жовтневого диплому 1860 р. На його виконання для кожного коронного краю було видано окремий статут і виборчу ординацію. Крайовий статут Галичина отримала 26 лютого 1861 р. Відповідно до цього статуту створено Галицький крайовий сейм, що формально проіснував до 1918 р.

Крім того, шляхом голосування в Австрії обиралися органи місцевого самоврядування: гмінні та повітові ради. Процедура їх обрання була врегульована «Виборчим регламентом для гмін» 1884 р. та законами «Про повітове представництво» у 1866 та 1884 рр.

Згідно з вищеописаними та нормативними актами, що регулювали діяльність Галицького намісництва, намісник та підпорядковані йому повітові старости були наділені значними повноваженнями у виборчій сфері.

За дорученням Міністра внутрішніх справ намісник надавав розпорядження з проведення загальнодержавних (до Державної ради) чи місцевих (до сейму, повітових і гмінних рад) виборів і визначав їхній день. Це розпорядження публікували у газетах краю та вивішували на плакатах в усіх гмінах цієї місцевості.

Намісник Галичини під час виборів до Державної ради переглядав усі виборчі акти краю, виписував і вручав виборчі сертифікати кожному послу. Згодом він відсилав усі виборчі акти Міністру внутрішніх справ, і той вручав їх президентові нижньої палати парламенту. Аналогічні виборчі сертифікати видавав намісник і кожному обраному послу до Крайового сейму. Виборчі сертифікати давали особі право стати членом сейму і діяли впродовж усієї каденції.

На результати та хід виборів до Державної ради можна було подавати скарги до повітового старости, який за три дні мав дати на них відповідь. У випадку незадоволення скарги чи відсутності відповіді на неї можна було звернутися до намісництва.

Під час виборів до Крайового сейму намісник був зобов'язаний складати виборчі листи зі списками кандидатів від курії великих землевласників (тобто тієї курії, яка традиційно мала найбільше представництво у сеймі). Усі скарги щодо неточностей у списку подавали до намісника, і він же їх розглядав. На повітових старост покладали обов'язок організувати вибори послів до Галицького крайового сейму від сільських гмін.

Відповідно до § 10 закону “Про повітове представництво” намісник за згодою Крайового виділу складав виборчі списки членів повітової ради заздалегідь на кожний виборчий період.

Після виборів до повітової ради впродовж тижня можна було подати протест у двох примірниках. Перший пересилали через повітовий виділ (комітет) до новообраної повітової ради. Вона розглядала цей протест стосовно кожного окремого радника. Другий примірник пересилали через староство до намісництва. У випадку відмови повітової ради розглядати протест щодо виборів його теж через староство передавали до намісництва.

За § 17 закону “Про повітове представництво” обрані президент та заступник повітової ради присягали намісникові чи його представникові.

У намісництво подавали скарги безпосередньо на урядового комісара, підписані виборчою комісією.

Політична влада повіту могла скасувати обрання особи до гмінної ради, яке не відповідало вимогам закону впродовж чотирнадцяти днів, що не перешкоджало оскарженню зазначеного рішення до намісництва. Скарги про порушення порядку виборів мали бути подані до начальника гміни впродовж восьми днів з дня закінчення виборів, який за три дні мав передати скаргу до намісництва для остаточного вирішення.

Існувала заборона для намісника і старост повітів обиратись до гмінної ради, яку вони очолювали (це обмеження не поширювалось на повітові ради, якими керував повітовий староста).

У ЦДІАЛ України міститься достатня кількість історичних документів, які свідчать про величезне зловживання місцевої влади під час проведення виборів. Намісництво, як вища інстанція під час розгляду справ про виборчі зловживання, не тільки не реагувало належним чином на звернення мешканців виборчих дільниць (гмін), а й своїми діями активно сприяло фальсифікаціям. Скарги та протести українців на ці зловживання не приймали або відхиляли через нестачу доказів. Однак, у тих округах, де перемагав незручний український кандидат, вибори скасовували за найдрібнішим приводом, а іноді і без нього. Найчастіше без попереднього оголошення назначали нові вибори.

У 47-ми українських виборчих округах 1883 р. було обрано лише 9 українців та 4 кандидати інших національностей, решта ж були поляками.

Присутні на виборах жандарми і військові неодноразово використовували зброю проти цивільного населення. Під час виборів до Галицького крайового сейму 1897 р. жандарми поранили 29 осіб, 9 вбили і заарештували понад 800. Відомі також випадки, коли староства вимагали списки виборців на перегляд, чим втручалися в повноваження органів гмінного самоврядування.

Це викликало обурення не тільки серед галицьких українців, а й деякі поляки не змовчали і заявляли, що “панування польської меншості над руською більшістю неморальне”. Дехто з них навіть надавав допомогу родинам убитих. Польський політик С.Щепановський писав, що для великого народу не може бути великим здобутком фальсифікація виборів старостами, а здобуті у такий спосіб перемоги не додадуть йому сили. Питання про недопустимість таких дій місцевої адміністрації піднімали українські послы в Державній раді.

У місцевій газеті „Kurjer Lwowski” детально описані вибори і порушення, з якими вони проводилися в Галичині 1894 р. Серед них були прямі вказівки виборчої комісії за кого треба проголосувати, присутність великої кількості жандармів у приміщенні для виборів, вимоги показувати бюлетень з метою перевірки, чи за „правильного” кандидата віддали свій голос, неможливість проголосувати усім охочим, особливо, якщо були підстави вважати, що вони будуть чинити опір виборчим зловживанням чи намагатимуться голосувати не за вказівкою. І тут треба зазначити, що за всі ці дії було передбачено кримінальні покарання у вигляді штрафів та арештів чинним австрійським законодавством.

Ось неповний перелік найбільших зловживань владою на виборах 1896 р. в Галичині, які були донесені до відома імператора:

- намісник робив публічні заяви про те, що він вибирає таких українських послів, які відповідають його особистим поглядам і бажанням;

- частину виборців не повідомили про час і місце виборів, а самі вибори проводили в іншому місці чи в інший час, ніж це було зазначено у повідомленні про вибори;
- виклик міщан, уповноважених до виборів, у день виборів до староства чи іншого органу влади під надуманими чи незначними приводами;
- деяких виборців з неповажних причин випадково було заарештовано на час виборів;
- виборців залякували податкові інспектори та жандарми, а деяких навіть не допускали до голосування, прикладаючи силові методи;
- в окремих округах, де перемогу здобув не той кандидат, підробляли документи чи проводили інші фальсифікації;
- в день виборів допускали агітацію проти українських кандидатів у найгрубішій формі.

Про те, що вибори не проводилися мирно, свідчать і численні прохання від старост Галичини на виборах 1907 р. до Державної Ради про виділення додаткової кількості жандармів, (іноді і кілька десятків) як асистентів на виборчій дільниці, мотивуючи це „можливою наглою агітацією з боку радикалів”. Показовим є лист старости з Надвірної від 23 травня 1907 р. до президії намісництва. Він прохав надати у день виборів 18 жандармів, адже була “вірогідність, що радикали на виборах посла до Державної Ради 28 травня 1907 р. захочуть перешкодити виборцям у вільному виконанні права голосування”. Передбачали, що жандармів будуть розміщувати на тих виборчих дільницях, де немає військових асистентів.

Більшість старост прохали про виділення їм поліцейської допомоги, “бо в разі порушення натовпом громадського порядку, жандарми його краще відновлюють, аніж військові”. Один з них під час виборів 1908 р. у доповідній записці зазначив: “...українські агітатори тероризуватимуть, щоб голосували за їхнього кандидата. Військові з цим не справляються”.

В архівних справах також містяться звіти усіх староств про розподіл військової піхоти та кінноти між населеними пунктами у день виборів. З наведеного стає зрозумілим, що крайова адміністрація забезпечувала присутність військових або поліцейських на кожній виборчій дільниці краю, а найретельніше за цим стежили старости із Східної Галичини, де компактно проживало українське населення.

Результатом виборів інколи були сотні убитих і тисячі поранених виборців у містах та селах Східної Галичини. Особливий резонанс викликало вбивство під час виборів жандарма Токарським, Родзінським і Ябчинським М. Каганця - українського патріота, громадського діяча, політика, кандидата у послы в австрійський парламент 6-го лютого 1908 р.

Українці шукали різних шляхів боротьби зі зловживаннями на виборах: зустрічі виборців з імператором, бойкот виборців цілими виборчими округами (у 1901 р. українські виборці чотирьох повітів: Борщівського, Гусятинського, Золочівського та Коломийського відмовилися від участі в голосуванні) тощо.

Отже, австрійська виборча система (достатньо передова на свій час) пройшла нелегкий шлях від виборів непрямих, куріальних до прямих і таємних. Однак демократичною цю систему назвати не можемо, адже попри все вибори не були вільними, не дотримувались принципу рівного представництва (виборчі округи формувались в такий спосіб, що можливим було обрання одного посла від 39 тис. австрійців і одного посла від 102 тис. українців). Діяльність намісництва у цій сфері не відповідала австрійському законодавству. Вибори в Галичині проходили з численними порушеннями виборчого законодавства та гарантованих конституцією прав і свобод громадян.

ДЕЯКІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ СУДІВ У СПРАВАХ МАЛОЛІТНІХ США

Ригіна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

США стали першою країною світу, де заснували спеціалізований суд – суд у справах малолітніх, а саме в 1899 р. у м. Чикаго, штату Іллінойс, на підставі Закону цього штату, що набрав чинності в липні 1899 р. і регулював «поводження та контроль за такими дітьми, що знаходяться на утриманні й дітьми-злочинцями». Згодом ці суди були створені по всій державі. Так, станом на 1910 р. вони функціонували в штатах Вісконсин, Індіана, Колорадо, Міннесота, Міссурі, Мічиган, Нью-Джерсі, Нью-Йорк, Оклахома, Пенсильванія. Станом на 1925 р. ці суди вже діяли в усіх штатах, за винятком двох. Одним із приводів заснування судів у справах малолітніх стали відносно обґрунтовані ідеї про те, що до жодної дитини, навіть якщо вона вчинила злочин або замах на нього, не можна ставитися як до злочинця. Тому справи цих дітей повинен був слухати спеціальний суд, на підставі дещо іншої процедури, аніж суд загальної юрисдикції. Головним завданням суду в справах малолітніх, як убачали його засновники, було ухвалення такого судового рішення, яке би «найбільше відповідало інтересам дитини».

Суди у справах малолітніх розглядали справи про правопорушення та злочини, вчинені дітьми, а також визначали місце проживання дитини у будинках-притулках чи на фермах у сільській місцевості Заходу та Середнього Заходу (де їх використовували в якості робочої сили), якщо вони не мали батьків чи інших осіб, котрі би могли їх замінити або якщо батьки були, але не бажали чи не могли їх виховувати. Російська дослідниця Н.М.Штикова зазначає, покликаючись на американську доктрину «батьківської опіки штату над дитиною» («*parens patriae*»), що суди у справах малолітніх слухали справи про обвинувачення дітей-правопорушників «статутних» (прогулювали шкільні заняття, тікали з дому); «транспортних» (грубо порушили правила дорожнього руху, внаслідок чого загинула людина чи декілька людей, наприклад, кучерів); «злочинних» (були винними у таких діяннях, що у випадку вчинення їх особами, які досягли 16-річного віку, ці діяння кваліфікувалися би злочинами); і власне «злочинців» (вчинили тяжкий чи особливо тяжкий злочин – вбивство, розбій, грабіж, зґвалтування тощо). Дослідник Г.Штаммер, на підставі дослідження певної кількості рішень судів у справах малолітніх, вказав, що ці суди розглядали справи «дітей-покинутих», «дітей-зіпсованих», «дітей, котрі ризикували стати злочинцями», «дітей-злочинців» і «дітей-невиправних».

Отже, засновники цих судів вважали, що у випадку, якщо справи про злочини та правопорушення, вчинені дітьми розглядатиме спеціальний суд, на підставі неформальної процедури, що суд не поставиться до дітей як до злочинців і прийме рішення, що «найбільше відповідатиме їхнім інтересам», будуть створені всі умови для того, щоб перевиховати цих дітей. Передбачалося, що за таких умов у дітей сформується належний рівень правової свідомості, правова культури та сума установок дотримуватися чи не порушувати вимог законів. Мета діяльності суду у справах малолітніх полягала не в тому, щоб покарати дитину, а виправити її неправомірну поведінку.

Однак, не зважаючи на вказані ідеї, функціонування судів у справах малолітніх почало критикуватися вже на початку ХХ ст. Зокрема, американські дослідники Р.М.Богм і К.Е.Нелей у підтвердження вказаного покликаються на декілька рішень судів у справах малолітніх. Зокрема, на рішення Суду в справах малолітніх штату Пенсильванія в справі «*Commonwealth of Pennsylvania v. Fisher*» (1905 р.). За обставинами справи 14-річний Френк Фішер вчинив крадіжку і за рішенням Суду в справах малолітніх Пенсильванії був скерований у виправну установу для неповнолітніх (*house of refuge*), де мав перебувати до досягнення 21-річного віку (свідомо не вживаємо «відбувати покарання», оскільки передбачалося, що у виправній установі відбудеться перевиховання дитини та коректування її поведінки). Батько Ф.Фішера, не погоджуючись з рішенням, звернувся до Верховного Суду штату Пенсильванія, покликаю-

чись, що у випадку розгляду справи його сина судом загальної юрисдикції, а не судом у справах малолітніх, він би був засуджений до більш м'якого покарання. Покарання у вигляді перебування в установі для неповнолітніх до досягнення 21-річного віку батько засудженого порівняв з позбавленням волі на 7-річний термін за вчинення крадіжки. Однак, Верховний Суд Пенсильванії не взяв до уваги доводи батька Ф.Фішера, підкреслюючи, що суд у справах малолітніх правильно керувався тим, що «штат має право втручатися у справи сім'ї» у випадку, коли батьки не здатні або не бажають перешкодити дитині вчинити злочин. У цьому випадку обов'язок «батьківської опіки над дитиною» повинен прийняти на себе штат.

Характерно, що судовий прецедент, встановлений у рішенні а справі «*Commonwealth of Pennsylvania v. Fisher*» (1905 р.) застосовувався до початку 60-х років ХХ ст., поки це та інші рішення судів у справах малолітніх не стали предметом критики, яка загострювалася під впливом резонансних рішень Верховного Суду США, ухвалених під головуванням Ерла Воррена (1953–1969 рр.), якими було розширено розуміння більшості прав підозрюваних, обвинувачених, підсудних у кримінальному процесі, передусім, права на захист і допомогу адвоката з моменту затримання підозрюваного та не зважаючи на важкість вчиненого злочину. Критики діяльності судів у справах малолітніх зазначали, що переважно ці суди ухвалювали рішення, які не лише не відповідали інтересам дітей, але й суперечили їм. Зокрема, враховуючи практично відсутність регламентованої процедури розгляду справ, суди у справах малолітніх у більшості випадків порушували право підсудного на захист і допомогу адвоката.

За обставинами іншої справи – «*Kent v. United States*» (1966 р.) – 16-річного Моріса Кента звинувачували у вчиненні грабежу та згвалтування. Суд у справах малолітніх передав цю справу до суду загальної юрисдикції, оскільки підсудний досяг віку, при якому справу про його обвинувачення міг розглядати згаданий суд. При цьому, питання про скерування справи до суду загальної юрисдикції не вирішувалося в судовому засіданні, не були заслухані думки підсудного та його адвоката. Коли справа потрапила на розгляд до Верховного Суду США, він у рішенні зазначив, що своїми діями суд у справах малолітніх порушив право підсудного на захист.

Наступне рішення в справі «*In re Gault*» (1967 р.), ухвалене Судом у справах малолітніх штату Аризона, на думку Верховного Суду США, ще в більшій мірі, аніж попереднє, порушувало право підсудного на допомогу адвоката, крім цього, суд першої інстанції порушив й інші вимоги процесуального закону. За обставинами справи 15-річний Джеральд Гальт, котрий був визнаний винним у вчиненні крадіжки і засуджений з відстрочкою виконання вироку суду терміном на 6 місяців, був затриманий шерифом графства на підставі усної заяви громадянки Кук про те, що він вчиняє дії, які можуть бути кваліфіковані як хуліганські, а саме телефонує їй та вживає брутальні слова. Мати Дж.Гальта про його затримання поліцією негайно повідомлена не була. Наступного дня справа Дж.Гальта розглядалася судом у справах малолітніх. У судовому засіданні з'явилися підсудний, мати підсудного та шериф графства. Потерпіла в судовому засіданні не з'явилася, хоча їй було відомо про час і місце слухання справи. Шериф графства повідомив суд про причину затримання Дж.Гальта та звинувачення, які щодо нього висувала потерпіла Кук. В судовому засіданні не вівся протокол, сторони не були приведені до присяги. Підсудному не було роз'яснено право відмовитися давати покази стосовно себе, якщо він вважає, що такі йому зашкодять. У судовому засіданні суд з'ясував у підсудного, чи дійсно він вчинив діяння, в яких його звинувачували. Після цього суддя сказав, що «буде думати про це». Підсудний декілька днів утримувався під вартою, а потім був звільнений. Жодного рішення Суд у справах малолітніх Аризони в його справі не ухвалив.

Отже, не зважаючи на те, що заснування судів у справах малолітніх було обґрунтовано ідеями про те, що «до жодної дитини не можна ставитися як до злочинця», що потрібно перевиховати дитину, а не покарати її та ухвалити рішення, що найбільше відповідатиме інтересам дитини, ці суди часто не враховували вказаного. Переважно, відповідні суди зловживали правом штату «здійснювати батьківську опіку над дитиною» у випадку, коли поміщали дитину у виправну установу для неповнолітніх до досягнення повноліття. На нашу думку, доцільніше би було обмежитись попередженням стосовно дитини або утримувати дитину у виправній установі строком не більшим, аніж передбачала стаття кримінального закону у випадку, якби підсудний був засуджений судом загальної юрисдикції. Вважаємо, що було би цілком прави-

льним, щоб суд у справах малолітніх мав повноваження звертатися до атторнея (прокурора) штату про порушення справи щодо батьків таких дітей про неналежне виконання ними батьківських обов'язків. Іншою проблемою була фактична відсутність регламентації судового процесу та широкі дискреційні повноваження суду в справах малолітніх, коли суддя, якщо вважав це сприятливим для швидкого розгляду справи та встановлення істини у ній, не роз'яснював підсудному його права, в тому числі право відмовитися давати показання чи право мати захисника. Однак, ця проблема була вирішена Верховним Судом США в 60-х роках ХХ ст., який скасував рішення, ухвалені з допущенням відповідних порушень.

НОВІ КОНЦЕПЦІЇ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА

Семків В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для початку ХХ століття характерне кількісне зростання концепцій науки історії держави та права. Воно викликане почасти світоглядною кризою кінця ХХ століття, яка поставила під сумнів раціональну пізнаваність історії за допомогою універсального наукового методу. Реальністю сучасної світової науки історії держави та права є співіснування двох різновидів історико-правового мислення, які за аналогією з періодизацією історії природничої науки можна визначити як «класичний» та «некласичний». В українській історико-правовій науці домінує класичне історико-правове мислення, про що свідчить збереження історії держави та права як єдиної науки, постійний пошук закономірностей історико-правового процесу, панування конструкту еволюції держави та права як зв'язувального поняття, посилена увага до писемних пам'яток права у історико-правовому джерелознавстві. Найбільш значущі зміни у класичному історико-правовому мисленні пов'язані з становленням історіософії держави та права. Сучасну історіософію держави та права розуміють як усвідомлення конкретно-історичного фактичного матеріалу про розвиток держави та права з виділенням узагальнень, закономірностей і цінностей життя, які відносяться до руху історичного процесу (А. І. Косарев). Продуктивними для становлення нових концепцій історії права стали історіософські поняття : правові цінності та правова традиція. Поняття «правові цінності» сформувалося в результаті розвитку юснатуралістичного та позитивістського розуміння права, а також цивілізаційного підходу до його історії. Історію становлення верховенства права як правової цінності дослідив американський вчений Б. Таманага. В українській історико-правовій науці акцент на правових цінностях (зокрема, на самоврядуванні) зробили дослідники історії територіальних громад, місцевого самоврядування та самоврядного права П. Гураль, В. Кіселичник, М. Кобилецький, Є. Харитонов. Дослідження історичних правових цінностей приводить до вивчення і концептуального застосування іншого поняття – «правової традиції». Перефразовуючи відомого вченого А. Турена історичність права – це не сукупність цінностей, міцно закорінених безпосередньо у центрі суспільства; вона постає як сукупність інструментів, культурних орієнтацій, за допомогою яких сформувалися форми соціальної практики, у тому числі і право. Концепт правова традиція дуже поширений в українській історико-правовій науці. На його основі досліджувалися Західна та Східна традиції права (О. Харитонova, Є. Харитонов), правова традиція українського народу (Ю. Лобода), традиція правових вчень (В. Дудченко).

Правова традиція загалом є необхідною ланкою системи категорій, з допомогою яких осмислюються складні політико-правові явища, наприклад, парламентаризм. Саме дослідження традиції парламентаризму, так як це задекларував С. Кондратюк, дозволяє вивчати не тільки діяльність парламентів як органів держави, а й парламентське право, парламентську діяльність політичних партій тощо. На думку Д. Вовка, традиція – це не самі правові явища, а категорія, яка пояснює їх своєрідність, особливість з огляду на історію їх виникнення і розвитку. В класичному історико-правовому мисленні усталилася думка, що правова традиція творить сучасне право, визначає його зміст і майбутнє. Це підкреслює актуальність і практичну значущість історико-правових досліджень, їх прогностичний потенціал. Проте таке механістичне розуміння прямого зв'язку між історією права і його майбутнім викликає сумнів у представників некласичного історико-правового мислення. Цей сумнів ілюструє відомий німецький вчений та успішний літератор Б. Шлінк: «Я тривалий час вважав, що в історії права існує прогрес, тобто незважаючи на всі жахливі відкати назад, вона розвивається у бік прирощення краси, істини, розумності і гуманності. З тих пір як я переконався в тому, що це химера, мені уявляється більш вірним інший образ історичного розвитку права. Так, воно розвивається в певному напрямку, але мета, до якої після численних потрясінь, колізій, помилок право приходить, виявляється його ж висхідним пунктом, і воно, досягнувши цієї мети, знову повинно відштовхнутися від неї ». Некласичне історико-правове мислення (наука), таким чином, від-

кидає можливість отримати знання, яке б мало характер абсолютної істини, визнає суб'єктивний характер наукового знання, а також його соціокультурну обумовленість. Воно допускає відносну істинність конкуруючих концепцій і методологічний плюралізм. Відмовляється від детерміністських і механістичних інтерпретацій об'єкта пізнання. На думку Є. Тимошиної неklasична наука, в тому числі історико-правова, не сприймає класичного екстерналізму, який пояснює буття об'єкта впливом зовнішніх факторів – «сил», і легітимізує інтерналістські концепції, визнаючи внутрішні джерела самореалізації і саморозвитку. Для історії держави та права це означає відмову від класичного ланцюжка дослідження «суспільний лад» - «держава» - «право». І нарешті неklasичне історико-правове мислення визначає нелінійний характер історико-правових процесів, девальвує прогресистську концепцію історії права.

Для неklasичної історико-правової науки характерними є антропологічний, синергетичний та компаративістські концептуальні підходи. Зокрема, розвиток синергетичного підходу сприяв концептуальному формуванню ідеї саморозвитку права. Відтак отримали новий імпульс концепції історичного недержавного права – звичаєвого, міського тощо.

Загалом як у класичній, так і неklasичній історико-правовій науці зростає роль автора, особи яка несе не тільки наукову, а й моральну відповідальність за сформовані наукові концепції.

КОДЕКС НАПОЛЕОНА БОНАПАРТА В КНЯЗІВСТВІ ВАРШАВСЬКОМУ

Сирко М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Історія французького цивільного кодексу на теренах сучасної Польщі охоплює проміжок часу майже у півтора століття, - 1808 р. - до середини ХХ-го століття, точніше кажучи до 1946 року.

Відтак, ідея введення французького законодавства на польській території розглядалась у польських колах ще перед впровадженням державної конституції Варшавського герцогства. Поштовхом до здійснення цієї мети було з одного боку, позиція голови урядової комісії Станіслава Малаховського, який виступав проти запровадження французьких інституцій і бажав впровадження давнього польського права, з іншого - виступали прихильники наполеонівської кодифікації, так звані польські яacobинці, угруповання радикалів, які підтримували нововведення наполеонівських реформ. Отож, Кодексом Наполеона не займалися у достатній мірі, проте в наполеонівському законодавстві бачили гарантії прогресу та продовження змін у відповідності з інтересами нації, розуміння потреб розвитку суспільства.

Польський просвітник Гуго Коллантай назвав Кодекс «універсальною книгою освічених народів», а самого Наполеона «неоціненним законодавцем», який хотів тільки зблизити нас до єдності з освіченим людом».

Польські урядові кола, бажаючи вплинути на французького імператора під час удосконалення змісту Конституції, написали на французькій мові меморіал під заголовком "Декілька зауважень, що стосуються роздумів: чи Кодекс Великого Наполеона" міг би відповідати менталітету нашого народу, в якому серед аргументів проти сприйняття Кодексу Наполеона висунене на перший план існування станового устрою, кріпацтва на селі і загальне нав'язування населенню католицької віри. Текст Конституції, що був продиктований Наполеоном, не взяв до уваги жодної із запропонованих через польські урядові кола, сумнівів і у ст. 69 зазначив коротко: "Кодекс Наполеона буде являти собою правознавство Варшавського Князівства".

Опір шляхти по відношенню до Кодексу Наполеона стосувався передусім справ селян. Оголошення введення до Варшавського Князівства кодифікації, підґрунтям якої були ідеї свободи і рівності, відображені статтею 4 Конституції, яка тлумачила: "скасовується неволя". Польська шляхта це твердження сприйняла як погрозу щодо радикальних перетворень у суспільних взаєминах Князівства Варшавського та розкріпачення і звільнення селян.

Однак, перші побоювання шляхти розвіялися вже у грудні 1807 року. Один із трьох виданих у той час декретів, у рамках підготовок до введення наполеонівського законодавства, мав саме на меті об'єднати позиції шляхти по відношенню до Кодексу Наполеона. Цивільний кодекс підтверджував особисту свободу селян, визначав свободу пересування, натомість землю, яку вони обробляли, визнавав власністю спадкоємця.

Другою опозиційною групою по відношенню до оголошення реалізації положень Кодексу Наполеона було католицьке духовенство, яке виступило проти світських принципів подружнього права наполеонівської кодифікації.

Конституція з 1807 року не визначала дати втілення у життя Кодексу, і тому справа вимагала низки негайних, серйозних підготовок. Реалізацію цього завдання втілював тодішній міністр юстиції Князівства Варшавського, П. Лубеньский, який спочатку скептично ставився до Кодексу Наполеона, але незабаром став його гарячим прихильником та з великим ентузіазмом й зацікавленістю впровадив його у життя..

Польський переклад Кодексу Наполеона, складений ще в 1807 році Ф.К.Шанявским, містив численні вади, про що автор в особливий спосіб намагався виправдатись, опираючись на недосконалість польської правничої термінології.

Важливим елементом підготовки до введення Кодексу Наполеона було утворення осередку для навчання нових судових і чиновницьких кадрів. Ще в 1807 році, по відношенню до

перспективи введення французького законодавства на польських землях, дослідженнями сутності цієї проблематики здійснювалось відомими правниками того часу, в т.ч. Ф. К. Шанявським, А. Лабедзьким, А. Вичеховським; читались приватні лекції для магістратури за зразком французьких Academies de Legislation. Вони переконували та схилили Ф. Лубенського до того, щоби за прикладом французьких Шкіл права створити осередок для навчання майбутніх кадрів судочинства і адміністрації.

Згодом, у травні 1808 року була утворена так звана Школа права, завданням якої було "вказівка дороги тим, які прагнуть поглибити Кодекс Великого Наполеона і якнайкраще удосконалити своє знайомство з правом". Ф. Лубенський назвав наполенівську кодифікацію «найвищим даром і доказом цінного догляду найкращого з Королів».

Як вже вказувалось, керівництво польської церкви по відношенню до положень Кодексу Наполеона не підтримували інститут шлюбу на світських принципах з точки зору форми укладення шлюбу, припинення шлюбу шляхом розлучення і виключної юрисдикції загальних судів в подружніх справах; все це посилилось із виходом у світ Кодексу.

На практиці Князівства Варшавського кілька інших положень першої книги Кодексу Наполеона не відповідало потребам часу і правовим традиціям суспільства. У сфері особового права, наполенівська кодифікація була неприхильна по відношенню до іноземців, бо надавала їм цивільні права тільки на принципах взаємності (ст. 11 КН), а це суперечило політиці влади Князівства Варшавського, яка підтримувала вплив населення з інших країн.

У сфері власницьких взаємин Кодекс Наполеона не впроваджував революційних змін. Він був введений зі збереженням повної пошани до справ землевласників, і перехідні положення гарантували, що нове право не матиме зворотної сили і не порушить набутих прав. Антифеодальні положення Кодексу Наполеона, що стосувались ліквідації всіляких повноважень, в т.ч. примусового викупу ренти (ст. 530), мали на польських землях цілком інше застосування.

Із різкою критикою з боку шляхти, особливо великопольської, зустрілися іпотечні положення Кодексу Наполеона. У порівнянні зі зразково організованими іпотечними пруськими механізмами, а навіть положеннями давнього польського закону, іпотечні рішення Кодексу Наполеона виявляли багато неточностей. Французькі принципи іпотек (таємність, загальність) не забезпечували по суті безпеки реального кредиту, через що обмежували отримання позик під заставу нерухомості. Під впливом шляхти Ф. Лубенський створив комісію з розробки відповідних змін, але Ф. Август (спадковий князь, він же одночасно король Саксонії) не допустив до жодних спроб реформи.

Функціонування Кодексу Наполеона в юридичній традиції Князівства Варшавського не змінило соціального становища владних кіл, традиційно неприхильних наполенівському законодавству. До групи критиків доєднались польські яacobинці, представники дрібної шляхти і міщанства, розчаровані політикою імператора Наполеона Бонапарта. Однак, незважаючи на незадоволення, яке існувало в середовищі шляхти і духовенства, загальна оцінка Кодексу Наполеона поступово ставала позитивною.

Цивільний кодекс Наполеона був одним серед багатьох кодексів, які мали чинність на польській території. Спочатку, звісно, сприймався з недовірою, проте досить швидко увійшов у національне життя Польщі і визнавався як її власне національне право, на протигагу іншим іноземним законам. Збереження цивільного права, яке базувалось на принципах Кодексу Наполеона, стало національною справою і символом самостійної Польщі. Той факт, що Кодекс Наполеона міг бути так легко введеним і сильна залежність Польщі від нього, були, втім, не останніми наслідками великих ділових переваг і техніки цього законодавства. Тому зв'язок Польщі з французьким цивільним кодексом часто-густо застосовувався до різних життєвих ситуацій або модифікувався на шляху законодавчих нововведень, став символом союзу з кращими традиціями в широкому культурному контексті.

Введення Кодексу Наполеона на польських землях позитивно оцінюється в польській історичній та історико – правовій літературі. Кодекс Наполеона вніс значний вклад у розвиток польського приватного права.

ПРО МАЛОВІДОМИЙ ПРОЕКТ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ (1920 Р.)

Тищик Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Захоплення у XIII ст. татаро-монголами значної частини послабленої внутрішніми чварами та князівськими міжусобицями земель Київської Русі, а Польщею та Литвою в XIV ст. – Галицько-Волинської держави на довгі часи призупинило їх самостійний державницький розвиток. Етнічні українські землі стали об'єктом колоніальної експансії чужих держав – сусідів України. Задушена ними була й гетьмансько-козацька державність у XVII ст.

Відродження української державності у сприятливих умовах кінця Першої світової війни та періоду європейських революцій наступило тільки у 1917 – 1919 рр.: виникла наддніпрянська Українська Народна Республіка, а на західних землях України – Західно-Українська Народна Республіка. Йшов процес їхнього державного будівництва, творення правової основи.

Велике значення у цьому процесі надавалось розробці і виданню відповідних законодавчих актів, особливо – Основних законів обох республік – УНР і ЗУНР. Вони, правда, у січні 1918 р. зуміли об'єднатись у єдину Українську Народну Республіку. 29 квітня 1918 р. представницький орган УНР – Центральна Рада схвалила підготовлений комісією на чолі з проф. М. Грушевським проект Конституції УНР, яка, отже, мала б стати Основним законом Української держави. Але на практиці вона не діяла, оскільки було здійснено державний переворот, і гетьманом України став П. Скоропадський. Гетьман теж існував недовго: у грудні цього ж року владу взяла у свої руки Директорія. Правда, дію квітневої Конституції вона не відновила: на території України між різними політичними силами і арміями, у т.ч. чужоземними, точились безперервні бої. Директорія, яку на той час очолював С. Петлюра, під натиском денікінських, а далі – більшовицьких військ була змушена на початку лютого 1919 року переїхати з Києва до Вінниці, далі – до Кам'янця-Подільського. У Кам'янці було створено новий представницький колегіальний орган (його називали «передпарламентом») – Всеукраїнську національну раду (ВНР) – замість Центральної ради, яка припинила своє існування ще в квітні 1918 р.

У лютому 1920 р. ВН Рада доручила урядові підготувати проект нової Конституції УНР. Уряд, однак, вважав це питання неактуальним, оскільки на той час майже вся територія України була зайнята більшовиками, Галичина й Волинь – поляками. Отож ВН Рада сама створила конституційну комісію, яку очолив заступник голови Ради д-р С. Баран. Оскільки 19 травня уряд подав у відставку, було сформовано новий на чолі з В. Прокоповичем. ВН Рада затвердила його склад з умовою, що буде активізована робота над проектом Конституції, оскільки українські політики сподівались, що територія України буде невдовзі звільнена від більшовиків, буде відновлено УНР і стане необхідним Основний закон української держави.

Отож, від імені уряду до розробки проекту Конституції долучився міністр внутрішніх справ М. Білінський. На початку липня 1920 р., коли українські власті вже перебували на території Польщі (у м. Тарнуві), утворено нову конституційну комісію у кількості 16 осіб. Її очолив міністр закордонних справ А. Ніковський. У складі комісії були відомі політичні діячі і міністри (М. Білінський, С. Баран, Й. Безпалко), правники (О. Ейхельман, В. Завадський, І.Золотницький, М. Корчинський) і ін.

Комісія розпочала роботу 1 вересня 1920 р. Розглядали три проекти Конституції: квітневий 1918 р. (колишньої Центральної Ради); проект, підготовлений комісією С. Барана, та проект, поданий професором права О. Ейхельманом. Після їх ґрунтовного обговорення вироблено і запропоновано Раді міністрів УНР остаточний варіант проекту Конституції, повна назва якої звучала так: «Основний державний закон про устрій Української держави».

Конституція мала 150 артикулів, 9 розділів. Розділ 1 – Українська держава; розділ 2 – Православна церква; розділ 3 – Права та обов'язки горожан; розділ 4 – Державний сейм і

Державна Рада; 5 – Голова держави; розділ 6 – Самоврядування; розділ 7 – Суд; розділ 8 – Оборона держави; розділ 9 – Перехідні і кінцеві постанови.

У розділі «Українська держава» зазначено, що вона «є самостійною і незалежною державою з демократичним парламентарним і республіканським устроєм та носить назву Українська Народна Республіка», до якої майбутньому можуть бути приєднані інші етнічні українські землі.

Державними символами Української держави був тризуб «золотої барви» - як герб, та синьо-жовтий прапор, а державною мовою – українська (арт. 5 – 7).

Законодавчим органом республіки мав стати однопалатний Державний сейм, який обирався б загальними (для чоловіків і жінок), рівними, прямими, таємними виборами на пропорційній основі на 5 років (арт. 10).

Що стосується Церкви, про яку йдеться у розділі 2, то вона «у межах Української держави є автокефальною з Патріархом у Києві на чолі». Вона користувалась внутрішньою автономією, а стосунки Церкви з державою мав визначити окремий закон (арт. 11, 12).

Характерно, що одразу після перших двох розділів, які містили важливі засади творення та існування Української державності, вміщено розділ про права, свободи та обов'язки громадян (їх названо «горожа нами»). Вказано (арт. 13), що усі вони без різниці статі, віри, народності і проходження «є рівні перед правом». Скасовувались всі «родові, станові, дворянські привілеї та особисті титули». Українським громадянам заборонено приймати «закордонне дворянство, титули та закордонні ордени».

Проголошено свободу віросповідання, створення релігійних товариств, зміни релігійного визнання, але не можна було ухилятися від виконання громадянських обов'язків через релігійні переконання (арт. 18 – 20). Національним меншинам гарантовано свободу культурного розвитку.

Не можна було нікого позбавити права на справедливий суд. Скасовано такі покарання, як «громадянська смерть», ганьблячі та виселення громадянина за межі України.

У Конституції гарантовано такі особисті права і свободи, як свобода особи, висловлювання своїх думок, преси, друку, недоторканність власності, житла, свобода місця проживання і пересування, таємниця кореспонденції, свобода науки, навчання і наукових досліджень, заборона цензури, право звертатися з петиціями до всіх державних органів і органів самоврядування, право створення робітничих організацій і укладення колективних угод з працедавцями і ін. Зазначено, що працедавці і наймані працівники «є рівними супроти себе». Початкова освіта оголошена загальнообов'язковою і безоплатною (арт. 20 – 44).

До обов'язків громадян віднесено такі: вірність державі; військова служба (для чоловіків); бути законослухняними, шанувати законну владу та полегшувати їй завдання; виконувати всі публічні обов'язки та повинності; платити податки.

Наступні розділи Конституції (IV – VI) присвячені проблемам державного устрою УНР.

Отож, до обрання законодавчого Державного сейму найвища влада належала Державній раді. Але про спосіб її утворення не сказано нічого: це мало бути визначено окремим законом. Членів Державної ради мали обирати (але хто – у Конституції не сказано). Засідання ради скликав Голова держави. Рада обирала свого голову і його заступників, створювала різні постійні і тимчасові комісії (арт. 57). Усі члени Державної ради користувались недоторканністю. Вона обговорювала і приймала закони та інші нормативні акти. Законодавча ініціатива належала Раді міністрів, міністрам і членам самої ради.

Ухвалений Державною радою законопроект надсилався голові Ради міністрів, а той на протязі трьох днів подавав його на схвалення і підпис Голові держави. Голова держави на протязі 14 днів мусив його підписати або ж накласти вето і повернути у Державну раду. Закони набирали чинності з 15-го дня після їх опублікування у «Вістнику державних законів».

У Конституції зазначено, що ніхто не може виправдовуватися щодо своїх вчинків незнанням закону чи іншого нормативного акту, «що їх належно оголошено» (арт. 78).

Державна рада, крім прийняття законів, затверджувала щорічний бюджет країни, випускала грошові знаки і облігації, здійснювала контроль «над цілою державною господаркою», ухвалювала «чисельний стан війська, число щорічного військового набору» і ін. Державна рада окремою ухвалою могла висловлювати вотум недовіри Раді міністрів чи окремому мініст-

ру, тоді вони мусли подати у відставку. Вона могла у деяких випадках (напр., державної зради чи «свідомого порушення основних державних законів») притягнути до відповідальності Голову держави чи міністрів. Судив їх Найвищий державний суд.

Щодо посади Голови держави, то ним міг стати кожен громадянин, не молодший 35 р., «що має всі права цивільні і політичні» (арт. 102). Голову держави повинен був обирати на 5-річний термін Державний сейм. Разом з Радою міністрів він мав «верховну виконавчу владу». Голова держави скликав і закривав сесії Державної ради (як і майбутнього сейму); підписував або ветував закони; видавав накази і розпорядження; призначав і звільняв голову Ради міністрів, а на його пропозицію – усіх міністрів, послів, консулів, вищих церковних ієрархів, командування збройних сил, суддів; мав право помилування, оголошував амністії, за згодою Державної ради – стан війни і ін.

Розділ VI стосується Ради міністрів. Вона складалася з голови, заступників і 12 міністрів. Здійснювала виконавчу владу, але несла відповідальність перед Державною радою.

У Конституції зазначено, що «адміністрація відокремлюється від судівництва» (арт. 124). Щодо судів, то їх структуру мав визначити окремий закон. У Конституції лише йшлося про Найвищий касаційний суд та Найвищий адміністративний суд. Судді при винесенні вироків і рішень були «цілковито незалежні і підлягають тільки і виключно законам». Судді на пропозицію міністра юстиції призначалися Головою держави по життєво. Вироки і рішення виносили «іменем Української держави».

Інші розділи Конституції регулювали систему і компетенцію органів самоврядування, питання оборони країни та захисту її внутрішнього правопорядку і режиму законності, містили прикінцеві положення.

В цілому належить відзначити, що проект Конституції, схвалений Всеукраїнською національною радою у травні 1920 р., діючою Конституцією не став. Україна тоді так і не звільнилася від більшовиків. Але слід сказати, що цей проект був доволі демократичним, ґрунтовно опрацьованим, з врахуванням як попереднього українського конституційного законодавства, так і зарубіжного. Деякі його положення варто б врахувати і сучасним українським конституціоналістам та державникам.

СТОЇЦЬКІ ІДЕЇ У ЗАХІДНІЙ ПРАВОВІЙ ТРАДИЦІЇ

Федущак-Паславська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Стоїцизм, як напрям правових учень, виник ще в античній Греції і визнаний провідною течією серед вчень періоду еллінізму. Основними чеснотами стоїки вважали розуміння добра і зла, мужність та справедливість. У модифікованій формі ідеї грецького стоїцизму перейняли римські стоїки.

Система цінностей, створена у грецькому стоїцизмі, виходила із ідеї космополітизму. Базуючись на цій ідеї, виводили думку про світове громадянство, світову державу, громадяни якої керуються спільним (загальним) природним правом. Сьогодні, небезпідставно природне право стоїків вважають спільним джерелом позитивного права різних народів.

Ця триєдина теорія (світова держава, світове громадянство, природне право) врешті привела до виникнення римської юриспруденції та християнської ідеології.

Ідея загального (природного) права передбачала наявність таких цінностей як рівність усіх перед законом, вірність своєму слову, чесне поводження з людьми, неупередженість, надання переваги намірові над формою тощо. Це загальне право – справжня справедливість.

Уявлення про те, що всі люди – члени єдиної родини, передбачало існування спільних приписів моралі і справедливості, якими належить користуватися всім людям, а норми співжиття у суспільстві ототожнювалися із законами природи.

Разом з космополітизмом, складовим елементом концепції стоїків виступав індивідуалізм, який полягав у рекомендації правил поведінки для окремої особи, яка найбільше цінує духовну гармонію і осягає свободу у відчутті відповідності з природним порядком космосу.

Людина, як суспільна істота, згідно з уявленнями грецьких філософів, повинна підкорятися інтересам суспільства, держави як цілого. Римляни це питання вирішували, виходячи із протилежних позицій. Відомим є індивідуалізм римського приватного права, тобто, надання переваги інтересам індивідуального господаря-власника. Як би не було, але очевидно, що на ідеї протиставлення індивіда і загалу базувався відомий поділ норм римського права за характером інтересів, який в подальшому виступив критерієм для виділення норм приватного і публічного права.

Визнання законів природи об'єктивним розумом, який панує в усьому світі, дало змогу римським юристам наголошувати на обов'язку особи не дозволяти представникам влади (представникам цілого) спотворювати людські відносини. А далі, на цій підставі виникло поняття громадянського обов'язку, що вимагає боротися з тиранією, відновлювати справедливі (природні) закони і підпорядковуватися їм. Як відомо, почуття обов'язку, відповідальність за свої вчинки є наслідком реалізації свободи особи.

Виходячи з ідеї космополітизму, у римській доктрині з'являється і поділ на окремі правові системи: *ius civile* як систему норм окремої держави (спільноти), *ius gentium*, котре об'єднує правові системи різних народів, *ius naturale*, що регулює відносини між всіма живими істотами.

Завдяки адаптації грецького стоїцизму, зокрема основоположного вчення - про природне право, до римської правової практики були впроваджені, в якості джерел права, ідеї *aequitas* та *ius naturale*.

Зокрема, розуміння *aequitas* співпадає з грецькою «доцільністю», яка не лише дозволяла, а й вимагала відступати від вимог формального права у випадках, де його застосування могло завдати шкоди. Поняття доцільності, будучи принципом, який дозволяв заповнювати прогалини офіційного (позитивного) права, таким чином, сприяло розвитку та вдосконаленню останнього.

І якщо спочатку *aequitas* слугує вирішенню окремих життєвих випадків, то внаслідок узагальнення, поступово стає законом. Не даремно сучасна правова наука вкладає у поняття «*aequitas*» ідею спільної абсолютної *aequitas*.

Розуміння обох понять змінювалося в процесі їх використання. Проте, дослідники є одностайними у тому, що *aequitas* як і *ius naturale*, виступили принципами тлумачення і творення римського приватного права, своєрідними джерелами-принципами.

Не зайвим буде акцентувати, що передумовою їх впровадження стала, декларована тим самим природним правом, ідея рівності.

Базуючи свою діяльність, в тому числі, й на цих джерелах - принципах, римські претори, здійснюючи судочинство, вплинули на процес творення права, а в результаті створили системному позовів.

Римські юристи використали на практиці *naturalis aequitas* для обґрунтування деяких правових інститутів, зокрема інституту приватної власності. Поняття *aequitas naturalis* - вроджене почуття справедливості – взагалі вважали символом Римської держави, у якій панувало досконале право.

Висловлюються думки, що ідея *aequitas*, ототожнена середньовічними юристами з *ius naturale*, стала основою природно-правової школи.

Розглядаючи питання про законодавчі повноваження влади, римські юристи використали стоїцьку ідею про те, що правова норма формується у природному праві, згідно з природою, з природним розумом, який підказує як формулювати правову норму.

Відтак, норма закону буде правовою, закон буде правовим, якщо відповідатиме природному праву. Тобто, тільки закон, який базується на природному праві, виражає загальне благо як окремого учасника правового спілкування, так і всієї сукупності таких учасників. Таким висновкам могли посприяти, притаманні як грецькому так і римському стоїцизму, ідеї протиставлення раціонального природного права законіві, благодаті – законіві, користі – праву.

Саме на цій оціночній функції природного права наголошують прихильники природно-правового типу праворозуміння.

Для заповнення прогалін у сфері приватного права західноєвропейські судді ще довгий час користувалися римським правом та наукою права, яка сформувалася в результаті його тлумачення.

Проведення кодифікаційних робіт сприяло забезпеченню єдності права, посиленню ролі законодавчого акту серед інших джерел зобов'язуючого права. Тобто, з XVIII ст. у зв'язку з остаточною перевагою закону, проголошується принцип логічної завершеності законодавства. Ним було відмінено застосування будь-яких субсидіарних (допоміжних) джерел права, тобто і римського права, і науки права, оскільки вони прямо не вказані в законі. При потребі заповнення прогалін в законодавстві належало виходити із загальних принципів права, в ньому закріплених.

Цікаво, що ідеологічними засадами кодифікаційних робіт, починаючи з XIX ст., так само виступають ідеї природного права. Вплив цього філософського напрямку відбився на суті кодексів. Кодифікаційні роботи у Австрії, Франції та багатьох інших країнах проводилися під гаслом «свобода, власність, договори», що виражали природно-правові засади. І якщо у сфері прав особи та сімейного права, які формально базувалися на засадах рівності і загальності, зберігалися сильні патріархальні акценти, а також егалітаризм, викликані пережитками з попередніх епох, то речове право базувалося на засадах індивідуалізму та лібералізму. У сфері речового права вирішальними були дві фундаментальні засади, що конкретизували вищу ідею автономії волі особи у приватноправовій сфері: 1) необмеженої приватної власності і 2) свободи договору, які так само є принципами природного права, корені якого є вже у грецькому стоїцизмі.

На сучасному етапі правові цінності, які є спільними для західної правової традиції, дозволяють говорити про існування єдиного рівня права. Беззаперечно, що сучасні правові системи європейських країн об'єдналися на базі римського права, котре, у свою чергу, є результатом запозичення та переробки багатьох стоїцьких ідей та принципів. Перш за все йдеться, звичайно про природне право і пов'язані з ним цінності, які виводяться від природи, як от: свобода, рівність, справедливість, індивідуалізм, розуміння добра і зла, перевага наміру над формою, відповідальність за свої вчинки, вірність своєму слову, громадянський обов'язок, який полягає у протистоянні тиранії та ін.

Крім того, як і завжди, вагомою залишається аксіологічна функція aequitas, в значенні справедливості, як одного із принципів природного права.

ВИТОКИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ

Шевчук Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасні історичні, археологічні, етнографічні та інші дані переконливо свідчать, що ранні державні утворення виникають не на базі класового панування, як довгий час прийнято було вважати в нашій літературі, а формуються спонтанно, в ході природного розвитку самого общинного ладу із складних надобщинних структур. Отже протодержави (іноді їх ще називають вождівства), як ранні простіші державні утворення, сформувались в епоху, коли суспільство ще не знало класового поділу.

Серед важливих економічних передумов виникнення протодержав виділяють перехід суспільства від присвоюючого господарства до виробляючого та три суспільні поділи праці. Серед політичних передумов можна виділити потребу регулювання внутрішніх відносин між співплемінниками, а також із сусідніми племенами, союзами племен чи протодержавами. Зовнішня загроза сприяє інтеграції і згуртуванню суспільства, одночасно зміцнюється влада як засіб ефективної боротьби із такою загрозою. Ініціювали процеси становлення державного устрою і війни. Виділяють і ідеологічні (релігія) та психологічні (усвідомлення людьми спільності інтересів (цьому сприяють воєнні нашествия і необхідність захисту)) передумови виникнення держави. На думку дослідників, протодержава, на відміну від попередніх форм суспільної організації, має централізовану адміністрацію і суворо фіксовану спадкову наступність правителів та знаті. Лідер такої держави, як і його близькі, не тільки наділений владою і має право на привілейовані позиції у співволодінні об'єктами власності колективу, а й легітимізує це право з допомогою заступництва божеств. Протодержава соціально стратифікована, має ієрархічну адміністрацію. Найважливішою функцією управителів є організація виробництва й централізована редистрибуція, хоча в певні періоди на перший план виходить військова функція. В економічній сфері обов'язковим є розподіл праці й обмін продуктами діяльності, причому нормою є відсутність або крайня нерозвинутість приватної власності.

Особливе значення вищевикладене має для дослідження питання про витоки української державності. Адже саме наявність приватної власності і, як наслідок, поява майнової нерівності і класового розшарування, донедавна вважалися основними передумовами виникнення держави і дотепер є каменем спотикання в суперечках про час появи державності на Русі. Якщо ж виходити із теорії «вождівств», то більшість наявних археологічних та історичних джерел переконливо свідчать, що ще з моменту своєї появи на історичній арені (початок нашої ери) східні слов'яни перебували на тому рівні розвитку, який характеризується як протодержава.

Слов'янський період в історії України ряд вчених поділяють на три етапи. Перший – праслов'янсько-венедський (I – IV ст. н.е.). Нижню дату цього етапу визначає поява в римських джерелах перших писемних згадок про венедів. Верхню межу замикають гунська навала, антсько-готські війни і поділ венедів ще на дві групи – антів і склавинів. Цей етап відзначається стабілізацією та піднесенням економіки слов'янського населення, особливо тієї частини, що входила до складу Черняхівської культури, що була тісно пов'язана з причорноморськими і дунайськими римськими провінціями. Б.О. Рибаків зазначає, що саме тоді в обмін на слов'янське зерно в лісостеп Подніпров'я (тобто сучасної України) широким потоком потекло римське срібло в монетах і виробках. Саме в Черняхівській культурі були представлені предки антів та склавинів, перші з яких, за М. Грушевським (а тепер археологи (Баран В.Д.) довели, що і другі), стали рушіями процесів, що привели до утворення українського народу.

Другий етап - V – VII ст. У ньому закріплюється поділ венедів на три окремі групи: венедів, антів і склавинів. Етнонім склавини – латинізована форма самоназви «слов'яни», що вказує на рівень їхньої самосвідомості і починає поширюватися на всі слов'янські племена. Верхня межа другого етапу позначена появою понад десятка нових племінних князів, відомих київському автору «Повісті минулих літ». Другий етап позначається великою активністю

слов'янських протодержав (венеди, анти і склавини) на історичній арені Європи (за Йорданом «через гріхи наші вони тепер бушують повсюдно»). На цей етап припадає початок боротьби південної групи східних слов'ян (предків українців) з тюркськими кочовиками, поразка антів у боротьбі з аварами, їхня інтеграція із склавинами і зникнення з писемних джерел їхнього імені – антів (окраїних). Цей етнонім з'явиться лише через п'ять століть у 1187 р. вже у формі «Україна». Антський політичний союз мав всі ознаки протодержави. М. Брайчевський вважав, що він об'єднував у своєму складі шість великих племінних груп (уличів, тиверців, волинян, бужан, дулібів, білих хорватів), і займав усю основну частину Східноєвропейського лісостепу на захід від Дніпра. Основною галуззю господарства в антів було орне хліборобство, а також осіле тваринництво і промисли. Високого рівня досягло ремесло. В антів були економічні зв'язки з віддаленими країнами, в тому числі і з Римською імперією. Очолювали антську протодержаву царі (рекси), оточені можновладцями, що не тільки керували певними суспільними (і військовими) одиницями, а й мали політичну владу. Вони володіли певною територією, мали своїх підданців. Боротьба з кочовими ордами, а також з германцями привела до зміцнення і кристалізації структури слов'янських протодержавних об'єднань, спричинила процес переростання простих вождівств у складні. Свідчення Йордана про готів-слов'янські війни IV ст. відображають структуру верхівки саме складного вождівства. Готський історик згадує антського царя Божа, який протистояв готам, що претендували на панування у Східній Європі. У 385 році готський король Вінітар намагався підкорити антів. Але зазнав поразки. Трохи пізніше йому вдалося підступно захопити Божа у полон. За наказом Вінітара він був розіп'ятий разом із синами і 70-ма старійшинами – представниками головної кланової лінії й менш знатними. Якщо автор мав на увазі правителів простих вождівств, то кількість старійшин свідчить про велике і потужне протодержавне об'єднання слов'ян вже у IV ст., яким і змальовуються анти і склавини на сторінках візантійських джерел VI ст. У творах візантійських авторів підкреслюється народоправний характер політичних об'єднань антів і склавинів, які за твердженням Прокопія Кесарійського, «здавна живуть у народоправстві, і тому щастя і нещастя в житті у них вважається справою спільною». Влада царя обмежувалася звичаєвими настановами, велику роль виконували народні збори, які здебільшого вирішували найважливіші справи. Отже Антська протодержава найвищий свій злет пережила наприкінці V та в VI ст., а на початку сьомого розпалася внаслідок аваро-слов'янських воєн. Але причини, що викликали її до життя, зрозуміло не зникли, а діяли, хоча й у нових, деформованих зовнішніми факторами умовах. Отож, на руїнах Антського царства в VII ст. починає формуватися нове, могутніше політичне об'єднання, що дістало назву Русь і на кінець I тис. стало найбільшим і наймогутнішим державним утворенням Східної Європи. Власне в ці хронологічні рамки (VIII – X ст.) вкладається третій етап в історії східних слов'ян, найзнаменнішою віхою якого була трансформація протодержавних утворень в повноцінну державу. Ці процеси корелюються з аналогічними процесами загальноєвропейського масштабу. Саме в цей час на Європейському континенті виникає ряд держав, зокрема французька і німецька внаслідок розпаду імперії Карла Великого, англійське Королівство та ін.

СМЕРТНА КАРА ЯК ВИД КРИМІНАЛЬНОГО ПОКАРАННЯ В АВСТРІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ 1852 Р.

Шуп'яна М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із важливих етапів кримінального нормотворення в Австрійській імперії, згодом і в Австро – Угорщині був кримінальний кодекс 1852 р., який став наслідком суспільно – політичних змін в державі після революції 1848 р. Але незважаючи на зміни, що відбулися в Австрійській імперії, кодекс 1852 р. не впроваджував значних змін у порівнянні з австрійським кримінальним кодексом 1803 р. Оскільки основу кримінального кодексу Австрії 1852р. становили положення кодексу 1803 р., що були уже застарілими, тому австрійські юристи вимагали їх перегляду. Зокрема середньовічним пережитком вони вважали смертну кару як один із видів кримінальних покарань, що було передбачено кримінальним кодексом 1852 р. за вчинення найтяжчих злочинів.

Австрійський кримінальний кодекс 1852 р. складався із загальної та особливої частини. Загальна частина містила 5 глав: підстави кримінальної відповідальності, неосудність, підстави відповідальності за злочини вчинені за межами держави, судимість, види покарань. Особлива частина передбачала відповідальність за 10 основних складів злочинів: проти держави, державних органів, проти особи, особистої безпеки й свободи людини, проти честі й гідності особи, приватної власності, лихварства, нечесної конкуренції та проти моралі (статеві злочини).

У загальній частині містилися також норми, що закріплювали перелік основних та додаткових покарань. Одним із основних покарань, що були передбачені у кодексі 1852 р., була смертна кара . Хоча у тогочасній Європі ми бачимо тенденцію до скасування використання даного покарання, або передбачення його, як альтернативного. Наприклад смертна кара не була передбачена, як вид покарання в румунському кодексі 1864 р., італійському 1889 р., португальському 1884 р., нідерландському 1881 р., норвежському 1902 р., у більшості швейцарських кантонів, а також деякі штати Сполучених Штатів Америки.

Смертна кара за австрійським кримінальним кодексом 1852 р. мала дуже широке застосування, що на практиці мало наслідком часті помилування, що тягнуло за собою зневіру людей у справедливості. Покарання у вигляді смертної кари було передбачено за особливо тяжкі злочини, а саме: головну державну зраду(полягала у шкоді здоров'ю, волі чи тілесних ушкодженнях особі імператора чи створенню небезпеки такої шкоди, насильна зміна уряду, чи заклики до зміни територіальних меж імперії, які виражалися у будь – якій формі); вбивство(застосовувалося до осіб, що вчинили вбивство, а також до замовників вбивства); вбивство під час розбою, для кожного хто був причетний до вбивства жертви; злісне й насильницьке пошкодження чужої приватної власності, що потягло за собою настання смерті, злісну дію або бездіяльність при особливо обтяжуючих обставинах, що потягло настання смерті людини, злочини вчинені з використанням вибухових речовин, якщо при цьому настала смерть людини; підпал приватної власності, при цьому настала смерть людини, якщо у цих випадках винна особа могла передбачити настання смерті, як наслідку вчиненого нею діяння або підпал, вчинений бандою, що мала намір поширювати нищення і руйнування. Отже, як видно з наведеного переліку, смертна кара була передбачена як покарання за велику кількість особливо тяжких злочинів. Це зумовлювало те, що австрійський цісар часто використовував своє право на помилування щодо осіб, засуджених до смертної кари.

Смертна кара за австрійським кримінальним кодексом 1852 р. була безальтернативним покаранням, суддя в жодному випадку не мав права призначити інше, більш м'яке покарання, хоча б у справі було багато пом'якшуючих обставин. Також дане покарання не могло бути посилене будь-якими обмеженнями незважаючи на наявність обтяжуючих обставин.

Кодекс 1852 р. передбачав лише один випадок коли смертна кара могла бути замінена іншим покаранням: суд мав право замість смертної кари призначити тяжке позбавлення волі на строк від 10 до 20 років, якщо винна особа за злочин, за який кодексом було передбачено покарання у вигляді смертної кари, вже поніс за кордоном будь – яке покарання і мав бути засуджений в Австрійській імперії (фінляндський кримінальний кодекс 1889 р. передбачав також заміну смертної кари на тяжке позбавлення волі, але на строк від 2 до 12 років).

Тяжке позбавлення волі, як єдиний альтернативний варіант смертної кари за австрійським кримінальним кодексом 1852 р. полягало у посиленні несприятливими умовами даного покарання. Кодексом 1852 р. передбачалися такі види посилення позбавлення волі: піст, тверде ліжко, одиночна камера, темниця.

Обмеження у вигляді посту виглядало як позбавлення засудженого будь якого харчування, окрім хліба і води. Правда, піст не міг тривати без перерви більше однієї доби, і не міг застосовуватися частіше ніж три рази на тиждень. Твердне ліжко – це сон на голій лаві. Строки застосування цього посилення покарання збігалися зі строками посту. Таке посилення покарання, як поміщення засудженого до одиночної камери чи темниці, полягало в наступному.

Засудженого можна було помістити в одиночну камеру для відбуття покарання і тримати там не більше, ніж один місяць. Повторення цього посилення кари могло мати місце лише після місячної перерви. Під час такого посилення хтось із наглядачів мусів провідувати засудженого два рази на день та забезпечувати його певним видом занять.

Помістити засудженого до темниці можна було не більше як на три дні. Поновити таке посилення можна було після перерви тривалістю один тиждень. В цілому таке посилення не могло перевищувати тридцяти днів на рік. Як правило, при посиленні позбавлення волі суд зазначав у вироку доцільність після відбуття покарання встановлення поліцейського нагляду над засудженим.

До смертної кари не могли бути засуджені особи, що не досягли 20-річного віку (наприклад болгарський кримінальний кодекс 1896 р. та російський кримінальний кодекс 1903 р. встановлювали дану межу у 21 рік, а данський 1866 р. і фінляндський 1899 р. кримінальні кодекси – у 18 років), а також коли при вчиненні злочину особі і виповнилось 20 років, але були виконанні всі умови, передбачені кодексом для звільнення від відповідальності у зв'язку з спливом строків давності.

Смертна кара виконувалась через повішення на шибениці. Відповідно до ст.404 кримінально - процесуального уложення Австрійської імперії від 23 травня 1873 р. дане покарання треба виконувати не центральній площі населеного пункту, а в подвір'ї в'язниці при присутності комісії суддів, а також інших осіб, яких необхідно було повідомити про місце і час страти - захисник засудженого, начальник та заступник місцевого муніципалітету. Іншим особам надавалась можливість бути присутніми при виконанні смертної кари, але на відміну від вищезгаданих осіб їх не повідомляли про його час та місце.

Таким чином, інститут смертної кари за австрійським кримінальним кодексом 1852 р. незважаючи на його обмежене застосування залишався пережитком феодалізму, і ставив Австрійську імперію у ряд з небагатьма державами де цей вид покарання ще застосовувався.

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

НОРМОТВОРЧИСТЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Бедрій Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Істотне значення для нормотворчої діяльності органів місцевого самоврядування мають організаційно-правові форми їх діяльності.

Термін «форма» (від лат. forma – зовнішність, устрій) означає вид, будь-який зовнішній вияв певного змісту. Якщо функції розкривають основні напрями цілеспрямованого впливу на об'єкти управління, то форми – це шляхи здійснення такого впливу. Таким чином, організаційні форми діяльності органів місцевого самоврядування показують, як практично здійснюється їх нормотворча діяльність.

Згідно з п. 1 ст. 46 Закону про місцеве самоврядування місцеві ради здійснюють свою діяльність сесійно. Термін „сесія” можна визначити як сукупність засідань представницького органу місцевого самоврядування за участю усіх чи більшості депутатів, а також проведених у період між ними засідань його постійних чи інших комісій, об'єднаних єдиним порядком денним.

Порядок підготовки і проведення сесій місцевих рад регулюється Законом про місцеве самоврядування. Разом із тим, багато питань, що стосуються зазначеної сфери, законодавчо не врегульовані. Місцеві ради вирішують їх за своїм розсудом, виходячи з конкретних умов, виявляючи ініціативу у відшуванні найбільш результативних методів. Особлива роль у регулюванні порядку підготовки, скликання, затвердження порядку денного сесії, розгляді питань і прийнятті рішень місцевими радами належить регламентам місцевих рад.

Сесійна форма діяльності щонайкраще відповідає демократичним принципам здійснення місцевого самоврядування — гласності, колегіальності.

Одним із найважливіших принципів сесійної діяльності місцевих рад є регулярність їхнього скликання. Цей принцип випливає з п. 5 ст. 46 Закону про місцеве самоврядування, в якому зазначено, що сесія ради скликається в міру необхідності, але не менше одного разу на квартал.

Для забезпечення гласності роботи рад повинні використовуватися місцеві друковані засоби масової інформації, радіо, телебачення, інші форми доведення інформації. Гласність дозволить територіальній громаді знати, яку роботу проводить місцева рада і впливати на її роботу.

До числа принципів сесійної діяльності варто віднести участь у підготовці сесій місцевих рад їхніх постійних комісій, що покликані сприяти більш глибокому вивченню й обговоренню питань, які вносяться на сесію, виробленню оптимальних рішень ради.

Втілення в життя зазначених принципів повинно бути непорушним законом для кожної місцевої ради.

Питання, що вирішуються винятково на сесії представницького органу, можна віднести до однієї з чотирьох груп:

1) конституювання представницького органу місцевого самоврядування (визнання повноважень депутатів; обрання голови районної у місті, районної, обласної ради та їхніх заступників; обрання секретаря сільської, селищної, міської ради; створення постійних комісій, пресидії, секретаріату ради; позбавлення депутатського мандата);

2) заснування підзвітних представницькому органу місцевого самоврядування виконавчих органів (виконавчих комітетів відповідних місцевих рад, відділів, управлінь), засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій комунальної форми власності;

3) прийняття правових актів;

4) контроль у межах повноважень відповідної місцевої ради (розгляд звітів про виконання планів економічного і соціального розвитку, про виконання бюджету, заслуховування звітів про роботу виконавчих комітетів відповідних рад, постійних комісій, розгляд запитів депутатів).

Слід зазначити, що наведена типологія питань, що можуть бути розглянуті винятково на сесії місцевої ради, має узагальнений характер і багато в чому залежить від територіального масштабу повноважень певної ради.

Згідно з п. 11 ст. 46 Закону про місцеве самоврядування, сесія місцевої ради є правомочною, якщо в її пленарному засіданні бере участь більше половини депутатів від загального складу ради.

Обов'язковими елементами засідання є: встановлення порядку денного, обговорення розглянутих питань (дебати) і голосування з приводу питань, що обговорювалися, найчастіше — з приводу проектів нормативно-правових актів. Усі ці елементи також регулюються регламентами місцевих рад.

Проте, аналіз регламентів рад показує, що не у всіх регламентах належним чином врегульовані процедурно-процесуальні питання нормотворчої діяльності місцевих рад. Відсутність необхідної правової регламентації проходження проектів нормативно-правових актів в місцевій раді веде до спрощеного здійснення ряду дій. А це, у свою чергу, впливає на якість цих актів, як кінцевого результату нормотворчої діяльності представницьких органів місцевого самоврядування. Відсутність в регламенті місцевої ради процедурно-процесуальних норм, що деталізують порядок попереднього розгляду проекту, його доопрацювання або прийняття за ним рішення, є серйозним недоліком і вимагає якнайшвидшого усунення.

Крім того, необхідне якнайшвидше прийняття закону про нормативно-правові акти, у структурі якого повинний бути підрозділ про нормативно-правові акти місцевого самоврядування. Надалі варто провести кодифікацію всього масиву законодавства про місцеве самоврядування у вигляді Муніципального кодексу, у структурі якого також обов'язково повинний міститися підрозділ про нормативно-правові акти місцевого самоврядування.

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ВЗАЄМВІДНОСИН УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ ТА ДЕРЖАВИ

Бориславська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання взаємовідносин народу та держави в конституційному праві прийнято аналізувати з точки зору наявності чи відсутності у державі демократії (з юридичної точки зору - системи народовладдя), в результаті чого, зазвичай, робиться висновок про демократичність чи недемократичність певної держави. Проте у цьому виступі ми хочемо наголосити на тому, що судити про реальний характер взаємовідносин між народом та державою на підставі лише конституційних положень про демократичний характер держави чи то наявності окремих форм народовладдя – спрощений та, відповідно, хибний підхід.

Із існуючих нині у світі 194-ох офіційно визнаних держав близько 190 використовують окремі елементи народовладдя (загальнодержавні чи місцеві вибори, референдуми тощо), тобто допускають участь народу у здійсненні державної влади, і лише в кількох (4-5) народ повністю усунений від цього процесу. При цьому термін «демократичний» у своїх офіційних назвах застосовують держави із явно недемократичним політичним режимом (авторитарним, тоталітарним), для прикладу, Корейська Народно-Демократична Республіка, Демократична Республіка Конго. Більше того, кілька існуючих нині авторитарних режимів (держав із обмеженою владою) мають конституції, що були прийняті шляхом референдуму – вищої форми прямого народовладдя, зокрема Республіка Нігер, Сьєрра-Леоне, Центрально-Африканська Республіка, Чад.

Тож практика функціонування сучасних держав свідчить про те, що використання окремих елементів народовладдя зовсім не означає демократичного характеру взаємовідносин між народом та державою. Однією із причин цього, як видається, є те, що сама по собі демократія не здатна забезпечити такого типу вказаних взаємовідносин. Відтак, вона потребує певного конституційно-правового механізму недопущення узурпації влади, обмеження «свавілля» держави. Власне, така потреба й призвела свого часу до виникнення ідеології, доктрини та практики конституціоналізму.

Саме конституціоналізм є гарантією та водночас механізмом забезпечення функціонування державного правління, заснованого на волі народу. Його елементами є дві базові концепції влади народу, що й складають основу сучасної доктрини народовладдя: народного суверенітету та установчої влади народу.

Концепція народного суверенітету, що виникла в епоху просвітництва, і першочергово передбачала первинність влади народу (а не монарха) у державі та її верховенство над монархом, нині, звичайно, набула дещо іншого змістового забарвлення. Сформульовані Жаном Жаком Руссо положення теорії суверенітету ґрунтувалися на ідеї суспільного договору, що відображав спільну волю його суб'єктів. На противагу Жану Бодену, який визначав суверенітет як абсолютну владу, що належала монархові та поширювалася на всіх підданих, Руссо верховною вважав саме владу народу, якого й визнавав за суверена.

Вихідні положення теорії народного суверенітету еволюціонували, проте не втратили свого головного змісту – верховенства влади народу над усіма іншими владами. Незмінним атрибутом цієї теорії залишається право народу на опір свавільній державній владі, що вперше було виведене саме Жаном Боденом.

Концепція установчої влади була сформульована Еммануелем-Жозефом Сійесом. Згідно із нею, вищим проявом суверенітету є установча влада, яка належить народу та є первинною стосовно усіх інших влад (законодавчої, виконавчої і судової). Реалізується вона через встановлення народом конституційного ладу шляхом прийняття конституції, яка і є зовнішнім проявом установчої влади народу.

Для забезпечення свободи людини, обмеження свавілля держави та верховенства влади народу поряд із цими концепціями були розроблені теорії розподілу влади, верховенства пра-

ва, представницького правління, що у сукупності склали інструментарій для формування такого суспільного ладу, квінтесенцією якого є народовладдя та який, поєднуючи у собі зазначені риси, є ладом конституційним.

Станом на сьогодні людство не напрацювало кращих механізмів забезпечення народовладдя, ніж його реалізація у системній єдності із розподілом влади та верховенством права. Більше того, саме ці принципи є умовою існування народовладдя у сучасній державі. Будучи вихідними засадами конституціоналізму, вони водночас складають кістяк конституційного ладу.

Важливо зауважити, що в Конституції України усі згадані ідеї відображені, і саме у якості засад конституційного ладу, про що свідчить їх розміщення у першому розділі Конституції та, відповідно, підвищений ступінь стабільності (ускладнена порівняно з іншими розділами Конституції процедура внесення до них змін). Тобто в Україні існують усі необхідні передумови для формування такого типу взаємовідносин між народом та державою, змістом яких буде народовладдя. Проте реальне існування таких відносин можливе лише за умови застосування виключно конституційних методів правління.

Аналіз положень Конституції України свідчить про те, що в Україні не просто визнається принцип народовладдя, але й існує конституційна система народовладдя, за якої формально:

1. народ є єдиним джерелом влади у державі;
2. народ здійснює владу безпосередньо;
3. влада народу реалізується через діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування;
4. народ володіє установчою владою – право визначати і змінювати конституційний лад належить виключно йому.

Проте, ще раз наголосимо на важливості, з точки зору з'ясування типу взаємовідносин між народом та державою, розглядати систему народовладдя не тільки на предмет її наявності, але й дієвості, що для сучасної України вкрай актуально. З урахуванням того, що на концептуальному та конституційному рівнях система народовладдя є загалом визначеною, для з'ясування причин її недостатньої ефективності в Україні слід, на наш погляд, ґрунтовно проаналізувати реалізованість кожного із вище перелічених її елементів. Не претендуючи на розгляд таких важливих питань у межах цієї праці, окреслимо лише найбільші проблеми, що існують у цій сфері.

По-перше, відсутність конституційно-правового механізму безпосереднього народовладдя. Фактично, сьогодні воно обмежене виборами. Оскільки інститут референдуму пов'язаний із небезпекою маніпулювання громадською свідомістю в умовах сучасного інформаційного суспільства, його використання варто звести до мінімуму, але забезпечити реальне безпосереднє народовладдя шляхом запровадження інститутів законодавчої ініціативи та народного вето.

По-друге, оскільки влада народу реалізується через відповідні органи державної влади та місцевого самоврядування, слід запровадити інструменти, завдяки яким склад сформованих органів буде максимально відображати волю народу. Це можливо зробити лише через запровадження відповідних виборчих систем.

По-третє, для забезпечення реальності норми про виключне право народу на визначення і зміну конституційного ладу важливо усунути будь-які сумніви у легітимності конституції.

Вирішення окреслених проблем, на наш погляд, наблизить Україну до такого типу взаємовідносин із народом, який можна буде вважати реальним народовладдям.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ І ЛЮДИНИ

Бориславський Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для України перехід на нову модель конституційного розвитку потребує, в першу чергу, перебороти кризово-негативні явища і обставини та проблеми українського суспільства і держави. повинна реалізуватися стратегічна мета країни на сучасному етапі, яка проголошена в ст. 1 Конституції України: Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. Тільки така держава в умовах глобалізації не тільки здатна забезпечити національні інтереси, відстояти національну незалежність, відкрити широкі можливості розвитку для всіх, громадянського суспільства і держави, створити гідні умови для життя людей і громадян, але й втілити в життя принцип взаємної відповідальності держави і людини.

Однією з важливих ознак такої держави є виражене в ч. 1 ст. 3 Основного Закону положення: «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю». Це базове положення служить основою для наступних конституційних приписів, які відображають становище людини в українському суспільстві, регулюють її відносини з державою, спрямовують державну політику.

Проголошення людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю стало грандіозною новизною в конституційному праві і всьому законодавстві України. Раніше верховенство завжди належало державним інтересам. В радянський період вони ототожнювалися з «суспільними», яким вимагалось підпорядковувати індивідуальні і колективні інтереси.

З другої сторони, проголошення людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю, яка визнається, захищається державою, не означає і не допускає будь-якого приниження держави. Навпаки, цей обов'язок правової держави може значно підвищити її авторитет і значення в житті громадянського суспільства, в організації економічного, соціального та політичного життя суспільства. Зрозуміло, якщо ці необхідні суспільні функції держави будуть повністю і послідовно виконуватися.

Тривалий час в науковій літературі увага приділялася аналізу юридичної відповідальності саме людини перед державою, тоді, як для відповідальності держави і людини не менше актуальним є аналіз прав, обов'язків і відповідальності держави перед людиною. Важливо сформулювати поняття взаємної відповідальності держави і людини, розкрити її елементи та особливості, встановити форми взаємної відповідальності, показати конституційно-правовий механізм взаємної відповідальності держави і людини.

З'ясовуючи сутність принципу взаємної відповідальності держави і людини, ми виходимо із функціонального призначення держави – створити і забезпечити необхідні умови життєдіяльності громадянського суспільства і людини. Саме за це несе відповідальність держава. З іншого боку, вона спроможна це виконати лише через конституційно-правове регулювання суспільних відносин в громадянському суспільстві. Відповідно члени громадянського суспільства зобов'язані виконувати закони та нормативно-правові акти, які фактично прийняті в інтересах самої людини і громадянина. Тобто мова йде про обов'язковість дотримання прав і виконання обов'язків як кожним членом громадянського суспільства, так і самою державою.

Сьогодні конституційно-правовою основою оцінки прав і повноважень держави є Конституція України, яка дає відповідну орієнтацію державі, її органам, органам місцевого самоврядування та їх посадовим і службовим особам та громадянам і їх громадським об'єднанням, що при вирішенні будь-якого питання слід керуватися конституційним положенням – людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека найвища соціальна цінність. Більше того, права і свободи людини та її гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність (ч. 2 ст. 3). Це положення органічно пов'язане з діяльністю держави щодо прав і свобод людини. В конституційно-правових відносинах держава виступає як носій державного суверенітету і форма здійснення

влади народу. Вона як суб'єкт конституційно-правових відносин зобов'язана визнавати, дотримувати і захищати права і свободи людини і громадянина, створювати такі умови життєдіяльності суспільства, при яких людина, її права і свободи є найвищою соціальною цінністю. Це єдиний конституційний обов'язок держави, прямо сформований в Конституції України (ст. 3). Таким чином держава, як суб'єкт конституційно-правових відносин зв'язана обов'язком створювати дійовий механізм недопущення порушень прав і свобод людини і громадянина.

Із конституційного принципу визнання людини в якості найвищої соціальної цінності випливає ряд обов'язків держави: утвердження і забезпечення прав і свобод людини (ч. 2 ст. 3). Утвердження прав і свобод людини – перший головний обов'язок держави – знаходить своє вираження в їх офіційному – конституційному, законодавчому та іншому нормативно-правовому закріпленні. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини як головний обов'язок держави означає, що воно створює відповідні гарантії (умови і засоби) і встановлює юридичні механізми їх реалізації.

На практиці не має автоматичної реалізації прав і свобод людини. Іноді потрібна «боротьба» за права і свободи здійснення із сторони інших осіб, так і посадових осіб, органів держави. разом з тим, відповідальна і особа перед державою. Фактично суб'єктом прав і свобод є кожна людина (тобто громадянин України, іноземний громадянин або особа без громадянства). Різниця між людиною і громадянином як носієм прав і обов'язків виражена в тексті Конституції України. права і свободи належать і громадянину України, і особі, яка не є такою. Основний Закон визначає коло носіїв таких прав словами «усі», «кожна», «особа», «ніхто» (ст. 21, 23, 27, 28, 29, 30 та інші).

В тих випадках, коли мова йде про права і свободи, перш за все політичні, які належать тільки громадянам України, у статті Конституції прямо вказують на це (ст. 36, 65 та інші). В окремих випадках Конституція особливо говорить про права іноземних громадян (ст. 26).

Конституція України вперше обмежила роль держави і встановленні прав людини і громадянина, але значно підвищила роль і відповідальність держави в утвердженні і забезпеченні цих прав і свобод. Основний Закон Української держави виходить з того, що держава не дає, не надає людям їх основні, тобто конституційні, права і свободи. Вони належать людині від народження; як закріплено в ст. 23 Конституції, права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними. Володіння правами і свободами, на які не може зазіхнути держава, робить людину самостійним суб'єктом, здатним самоутвердитися в якості гідного члена громадянського суспільства. Разом з тим відносини особи і держави не вичерпуються обов'язком держави не посягати на права людини, а їх – утверджувати і забезпечувати.

В сучасних умовах людини об'єктивно втягнута у відносини з такою історичною формою людського співжиття, як держава. Конституція України встановила три напрямки діяльності держави: визнавати, утверджувати і забезпечувати права і свободи людини. Процес визнання права і свобод людини врегульований Конституцією і законами України.

Зобов'язуючись утверджувати і забезпечувати права і свободи людини Українська держава не тільки утримується від втручання в сферу прав і свобод. Обов'язок утвердження і забезпечення прав і свобод передбачає активну діяльність держави щодо створення умов для їх реалізації.

Проголошення забезпечення прав і свобод людини означає також обов'язок держави створювати відповідні установи для їх утвердження і забезпечення. Наприклад, Президент України є гарантом додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (ч. 2 ст. 102).

Разом з тим, це не означає, що держава зовсім утримується від втручання в сферу прав і свобод громадян або у всі відносини, які відбуваються в громадянському суспільстві. Навпаки, не вмішуючись без об'єктивної потреби в ці відносини, вона зобов'язана не допускати зловживання правами і свободами, або їх здійснення не повинно порушувати прав і свободи інших осіб (ст. 23) в тому числі загальні законні інтереси. Утверджуючи (визнаючи) конституційні права і свободи громадян, держави в своїх законах конкретно визначає зміст їх дотримання, а також обов'язки громадян (наприклад, сплачувати податки і збори, не заподіювати шкоду природі).

Водночас, слід наголосити, що в стосунках «людина – держава» відповідальність має взаємний характер: це взаємна відповідальність людини також перед державою. Про це мова йде в ст.. 65, 66, 67, 68 Конституції України.

Взаємність слід розуміти: держава і людина у стосунках між собою виступають самостійними і рівноправними суб'єктами, тобто у випадках визнаних Конституцією України, які мають як права, так і обов'язки і можуть вимагати один від одного їх реалізації.

У випадку недотримання однією із сторін прав іншої сторони або невиконання обов'язків, вона повинна нести відповідальність. Зауважимо, що держава бере участь в конституційно-правових відносинах як безпосередньо (виступаючи як система органів влади і органів місцевого самоврядування), так і тоді, коли від імені держави виступають в правовідносинах органи держави, реалізуючи конституційно-правову правосуб'єктність держави.

Зрозуміло, що реалізація взаємної відповідальності держави і людини обумовлена рядом факторів, що здійснюють на неї вплив. Тому нормативна база, щоб гарантувати обов'язок взаємної відповідальності держави і людини повинна складатися з матеріальних і процесуальних норм.

ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО В УКРАЇНІ: ЕВОЛЮЦІЯ РОЗВИТКУ ТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Гураль П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процес становлення та розвитку громадянського суспільства, як гарантія демократичного розвитку України, визначається одним із напрямів її внутрішньої політики. Відповідно до Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 року, державна політика у сфері формування інститутів та організацій громадянського суспільства має передбачати посилення їхньої взаємодії: з органами публічної влади, запровадження громадянського контролю за діяльністю влади, проведення регулярних консультацій із громадськістю.

Реформування правового середовища для інституціонального розвитку громадянського суспільства має бути спрямоване на запровадження стандартів, передбачених рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи державам членам щодо правового статусу неурядових організацій у Європі №СМ/Рес (2007)14, а також на імплементацію зобов'язань України відповідно до міжнародних договорів у сфері прав людини та рішень Європейського суду з прав людини.

У зв'язку з цим важливо відзначити, що у країнах розвиненої демократії громадянське суспільство виступає рівноправним партнером у вирішенні соціально-економічних, гуманітарних і політичних завдань. Організації громадянського суспільства забезпечують:

- надання якісних та економічно ефективних соціальних послуг, у тому числі таких, які не можуть забезпечити ані держава, ані комерційні організації, та переважно шляхом вироблення інноваційних підходів до забезпечення таких послуг;
- організацію громадян для самостійного задоволення їх інтересів без додаткових фінансових або адміністративних витрат з боку держави;
- поширення благодійництва та надання адресної і оперативної благодійної допомоги;
- неполітичне, тобто без мети здобуття політичної влади, представлення та просування інтересів різних груп населення як серед самих громадян, так і в комунікації з політичними інтересами;
- участь в ухваленні рішень і забезпечення таким чином більшої ефективності рішень з огляду на врахування інтересів різних соціальних груп;
- здійснення громадського контролю за владою та боротьби з корупцією.

Діючи таким чином, інституції громадянського суспільства нейтралізують патерналістські очікування громадян, підтримують та відтворюють демократичну політичну культуру, а також відіграють політичну роль у забезпеченні суспільної стабільності.

Необхідно також відзначити, що основні тенденції самоорганізації громадян та інституціонального розвитку громадянського суспільства в Україні протягом періоду незалежності поступово поліпшувалися, а останніми роками не показували позитивної динаміки, але зберегли певну стабільність на досягнутому рівні. Вони є кращими, ніж в інших пострадянських країнах, натомість суттєво відстають від показників країн Балтії та країн Вишеградської групи. Так, за результатами дослідження Nations in Transit міжнародної неурядової організації Freedom House (де оцінка різних напрямів демократичного розвитку перехідних країн здійснюється за шкалою від 7 балів – «найгірша» до 1 бала – «найкраща»), оцінка розвитку громадянського суспільства в Україні значно покращилась від 4,75 балів у 1988 р. до 3 балів у 2005 р. та 2,75 балів у 2006 – 2011 р.р. саме за напрямом «Громадянське суспільство» Україна продемонструвала найбільший поступ та, відповідно, отримала найкращу оцінку відносно інших показників.

За іншими напрямками дослідження Nations in Transit рейтинги України виглядають менш успішними: у 2011 р. «Рейтинг демократичного розвитку» (тобто середній загальний показник, інтегрований на основі інших) становив 4,61 бала, «Незалежні медіа» - 3,75 бала,

«Місцеве демократичне управління» - 5,5 бала, «Судова система та незалежність суддів» - 5,5 бала, «Корупція» - 5,75 бала.

Для визначення вказаного рейтингу розвитку громадянського суспільства зарубіжні експерти беруть до уваги: кількісне зростання неурядових організацій України (НУО), їхню організаційну спроможність та фінансову стабільність, правове та політичне оточення, в якому вони функціонують, розвиток незалежних профспілкових спілок, рівень участі груп захисту інтересів у політичному процесі.

За загальною оцінкою зарубіжних експертів громадянське суспільство України характеризується як перехідне та неконсолідоване, тобто таке, що не досягло рівня країн розвинутої демократії та зберігає ризик повернення до менш розвинутого стану.

Однак будемо надіятися, що українське суспільство знайде моральні та матеріальні ресурси для здійснення «Стратегії державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та першочергові заходи щодо її реалізації», затвердженої Указом Президента України від 24 березня 2012 р. №212/2012.

Стратегія спрямована на утвердження громадянського суспільства як гарантії демократичного розвитку держави, запровадження громадянського контролю за діяльністю влади, забезпечення незалежної діяльності інститутів громадянського суспільства, посилення їх впливу на прийняття суспільно важливих рішень, створення умов для забезпечення широкого представництва інтересів громадян в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, проведення регулярних консультацій із громадськістю з важливих питань суспільства, держави, громади.

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ОБ'ЄДНАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Заяць І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Положення частини першої статті 140 Конституції України дають визначення територіальної громади як жителів села, селища, міста чи добровільного об'єднання жителів кількох сіл у сільську громаду. Питання організації місцевого самоврядування, які не врегульовані Конституцією України, у тому числі умови та порядок об'єднання або роз'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст, мають визначатися окремим законом.

В Україні особливо гостро стоїть проблема надмірної подрібненості адміністративно-територіальних одиниць на низовому рівні адміністративно-територіального устрою. Лише з 1991 р. по 2006 р. кількість сільських рад збільшилася на 1070 одиниць, а чисельність сільського населення зменшилася на 1,5 млн. осіб. В середньому, станом на 2001 рік, сільська громада об'єднувала 1500 жителів, а в її адміністративних межах знаходилось 2,8 села. Така тенденція спостерігається і сьогодні.

Майже всі сільські територіальні громади знаходяться на дотації держави, оскільки не мають необхідних фінансових та економічних ресурсів для надання повноцінних громадських, державних, комунально-побутових та соціально-культурних послуг. Обсяги таких дотацій, на жаль, не дають змоги надавати населенню послуги на рівні гарантованих державою соціальних стандартів. Ця ситуація не відповідає європейським тенденціям, згідно яких територіальні адміністративні утворення повинні мати достатній фінансово-економічний, інституційний та кадровий потенціал для забезпечення в межах визначених повноважень високого рівня суспільних послуг населенню та поступального соціально-економічного розвитку відповідних територій.

Шляхом виходу з даної ситуації є об'єднання територіальних громад, зокрема на основі об'єднання двох і більше сіл. Таке об'єднання відбувалося й раніше, але на сьогодні, особливо в умовах економічної кризи глобального рівня, воно є конче необхідним.

З одного боку, такий процес гальмується невизначеністю поняття «добровільне об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл». З другого боку, таке об'єднання доцільне, якщо воно реалізується за принципом самодостатності громад та за умови спроможності забезпечення надання мінімального переліку публічних послуг, призводить до укрупнення низових ланок адміністративно-територіального устрою країни. Останнє має забезпечити: підвищення інтелектуального потенціалу сільської місцевості, що є вирішальним чинником ефективного поступу села, всієї країни та їх інтеграції до сучасних загальносвітових цивілізаційних процесів; підвищення сприятливості села до інноваційних моделей розвитку; диверсифікацію його виробничої сфери; ефективне використання різноманітного (духовного, природно-ресурсного, демографічного, історико-культурного, функціонально-планувального, рекреаційного та ін.) потенціалу села; створення позитивного, привабливого для інвестицій іміджу села, підсилення його конкурентоздатності; належну просторову базу для функціонування місцевого самоврядування, повноваження якого і правові та фінансово-економічні можливості їх реалізації мають значно зрости.

До 1996 р. у сільській місцевості дуже поширеною була практика створення так званих «сільрад», які склалися з кількох населених пунктів, що перебували під юрисдикцією єдиної для них територіальної громади та органів місцевого самоврядування, які вона обирає. Чисельність населення на початковому етапі адміністративно-територіальної реформи була одним із основних критеріїв утворення сільрад і складала не менше 1 тис. чоловік. Пізніше в нормативно-правових документах кількість населення для створення сільрад не вказувалась, але в практиці територіального будівництва на зазначену кількість продовжували орієнтуватись. Іншими важливими критеріями утворення сільрад були наявність об'єктів народного господарства, побуту, сільськогосподарських земель, тяжіння населених пунктів, відстань між ни-

ми, щільність населення, наближеність його до органів влади. Формування в подальшому території сільрад з урахуванням цих критеріїв призвело до визначення кількості населення в них, що становила в основному від 1 до 4 тис. чоловік. З 1996 р., відповідно до Конституції України, такої адміністративно-територіальної одиниці, як «сільрада», немає.

Проблема об'єднання сіл існує й в інших країнах. Наприклад, в Росії, у зв'язку з реформою, кількість муніципальних утворень виросла більш ніж в два рази. Сьогодні там існує 24,5 тисяч муніципальних утворень, з них більшість близько 20 тисяч - це сільські поселення. Створити нормальну фінансово-економічну базу для розвитку цих сільських поселень дуже важко. Тому там запропоновано розглянути питання про об'єднання, особливо сільських, поселень в «кущі» з тим, щоб саме створити виконавчо-розпорядчі органи місцевої влади в місцевому поселенні. При цьому, Росія звертається до досвіду Німеччини, де п'ять-сім невеликих сіл або поселень об'єднуються в одне з тим, щоб акумулювати свої організаційні, фінансові, майнові та інші можливості.

Цікавим також є досвід реформування адміністративно-територіального устрою в Латвії, де було виявлено, що: у поселеннях з населенням до 1000 чол. місцева влада здатна забезпечувати не більше половини своїх функцій, у поселеннях з населенням 1000-5000 чол. – близько 75 %. І тільки на територіях з населенням понад 5000 чол. місцева влада може виконувати понад 90 % своїх завдань. Все це свідчить про доцільність укрупнення адміністративно-територіальних утворень, зокрема, в сільській місцевості шляхом об'єднання сіл.

ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ В СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

Кобрин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із елементів конституційного-правового статусу глави українського уряду – Прем'єр-міністра України є його повноваження, які виражаються у конкретних правах та обов'язках. Однією із сфер діяльності Прем'єр-міністра України, в якій він реалізує свій правовий статус, є зовнішня політика держави. Повноваження Прем'єр-міністра України у сфері зовнішньої політики держави знаходимо у нормах Конституції України та Законів України «Про Кабінет Міністрів України» і «Про міжнародні договори України».

Політологічний словник розглядає зовнішню політику держави як загальний курс держави в міжнародних справах та регулює відносини даної держави з іншими державами і народами відповідно до її принципів, що здійснюються різними засобами і методами.

Якщо ж говорити про повноваження Прем'єр-міністра України у сфері зовнішньої політики держави, то можна визначити, що це діяльність Прем'єр-міністра України спрямована на реалізацію зовнішньополітичного курсу держави у відносинах з іншими державами, міжнародними та міждержавними організаціями та народами.

Ст. 42 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», яка присвячена повноваженням Прем'єр-міністра України вказує на те, що останній спрямовує діяльність Кабінету Міністрів України на здійснення зовнішньої політики держави. Спрямовувати в даному випадку означає надавати правильного напрямку діяльності для досягнення якнайкращих результатів.

Поряд з таким узагальненим правом глава українського уряду наділяється і більш конкретними правами. Так він представляє Кабінет Міністрів України у відносинах з органами влади, підприємствами, установами та організаціями за межами нашої держави; вступає у відносини з урядами іноземних держав; веде переговори та підписує міжнародні договори; вносить на розгляд Кабінету Міністрів України пропозиції щодо затвердження голів спільних міжурядових комісій з питань співробітництва, що утворюються на підставі міжнародних договорів, укладених від імені Кабінету Міністрів України.

Так стосовно такого повноваження як укладення міжнародних договорів України, потрібно відзначити, що Прем'єр-міністр України згідно Закону України «Про міжнародні договори України» є одним із трьох суб'єктів (поряд із Президентом та міністром закордонних справ) який має право вести переговори і підписувати міжнародні договори України без спеціальних повноважень. Також відповідно до положень Указу Президента України «Про заходи щодо вдосконалення координації діяльності органів виконавчої влади у сфері зовнішніх зв'язків» Прем'єр-міністр України (поряд із Президентом та міністром закордонних справ) може виступати з офіційними заявами та коментарями з питань зовнішньої політики держави, а також давати доручення іншим посадовим особам органів виконавчої влади на виступи з такими офіційними заявами.

Крім того, згідно ч.4 ст. 106 Конституції України Прем'єр-міністр України приймає участь у процедурі контрасигнації актів Президента України по ряду важливих повноважень останнього. Так підпису глави уряду та міністра відповідального за акт та його виконання потребують зокрема міжнародні договори укладені Президентом України, рішення глави держави про визнання іноземних держав, акти про призначення та звільнення глав дипломатичних представництв України у інших державах і при міжнародних організаціях, прийняття вірчих і відкличних грамот дипломатичних представників іноземних держав.

На превеликий жаль сьогодні в нашій державі інститут контрасигнатури носить суто формальний характер та в повній мірі нівелюється зміст самої її процедури як елементу стримувань і противаг у взаємовідносинах між Президентом та Прем'єр-міністром України. Можливість останнього стримувати дії глави держави, якщо вони є сумнівними з точки зору їх

конституційності особливо у сфері зовнішніх відносин, важливий конституційний запобіжник від необдуманих кроків з боку Президента України.

Впливає і на незалежний статус в частині зовнішньої політики держави право Президента, згідно згаданого вище указу, надавати письмові директиви Прем'єр-міністру України на ведення переговорів та укладення міжнародних договорів. Так сказано, що у випадках, що стосуються особливо важливих питань двостороннього та багатостороннього співробітництва, а також укладення міжнародних договорів від імені України Президентом України затверджуються письмові директиви. І незважаючи на те, що вказаним Указом затверджувати директиви на переговори Прем'єр-міністру України вправі і Кабінет Міністрів України Президент має пріоритетне право, оскільки згідно Конституції України саме глава держави здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю держави.

До речі за скандальними газовими угодами, за укладення на не вигідних умовах для України яких засуджено экс-прем'єр-міністра Ю.Тимошенко, стояло також невиконання главою уряду директив Президента України та не затвердження їх на засіданні Кабінету Міністрів України.

Незважаючи на все, вважаємо що Україні слід рухатися в напрямку розвитку та забезпечення більшої самостійності такого інституту влади як Прем'єр-міністр України.

ВІЛЬНІ ВИБОРИ ЯК ПЕРЕДУМОВА ПОБУДОВИ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Панкевич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вільні вибори є необхідним атрибутом демократії. Їхня мета – забезпечення фактичної, активної і постійної політичної та правової участі громадян у вирішенні усіх найважливіших аспектів політичного життя. Вільні вибори - бар'єр для зловживання владою. Як зазначав Шарль Луї де Монтеск'є, «кожна людина, яка володіє владою, є схильною до зловживання нею, та посувається так далеко, аж зустрине межу». Вільні вибори складають основний елемент стабільної демократії, будучи однією з підвалин правової держави. Адже ще Декларація прав Вірджинії від 12 червня 1776 року встановлювала, що «вибори тих, що мають бути представниками народу, повинні бути вільними; кожен, хто достатньо та постійно пов'язаний з добром спільноти, має право голосу». Принцип вільних виборів закріплено у статті 1 Протоколу № 1 Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року та у статті 71 Конституції України, яка встановлює, що «вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Виборцям гарантується вільне волевиявлення».

Запровадження інституту вільних виборів - передумова розвитку громадянського суспільства. Народовладдя є істотним елементом, що відображає якісні риси демократичної правової держави. Як слушно зауважив П. Вінчорек, «існування у державі вільних виборів на виборні посади не є щоправда єдиною, проте дуже важливою складовою політичної демократії». При цьому П. Вінчорек вважає, що «вести мову про вільні вибори можна лише у випадку, коли:

- а) пасивне виборче право має загальний характер та не обмежується цензами (наприклад цензами походження, релігії, освіти, статі, майновим цензом);
- б) вибори відбуваються регулярно, у визначених законодавством каденціях. Каденція виборного органу не є продовжуваною;
- в) вибори проводяться серед необмеженої кількості кандидатів;
- г) кандидати та їхні групи підтримки можуть вільно пропагувати серед виборців свої ідеї та програми;
- д) організацією виборів займаються самі виборці, або незалежні від законодавчої та виконавчої влади виборчі органи;
- е) вибори відбуваються без примусу та у цілком вільний спосіб;
- є) визначення результатів голосування та результатів виборів відбувається прозоро та відповідно до закону;
- ж) отримання переможцем виборів мандату відбувається без перешкод».

Наслідком встановленої у Конституції та у виборчому законодавстві України процедури формування органів законодавчої влади та місцевого самоврядування є реалізація цілого комплексу політичних прав та свобод громадян: свободи думки та слова, мітингів та демонстрацій, права доступу до інформації та її розповсюдження, свободи засобів масової інформації, свободи об'єднань. Принцип вільних виборів повинен з одного боку гарантувати виборцеві свободу голосування у виборах. Цій меті служить також принцип таємності виборів, зокрема принцип таємності голосування. З іншого боку, принцип вільних виборів стосується процесу формування волі виборців. У цьому випадку виникає конфлікт інтересів політичних партій, що пропонують застосування пропорційної виборчої системи, політичних партій та окремих кандидатів, що пропонують застосовувати змішану виборчу систему, а також тих кандидатів, що пропонують застосовувати мажоритарну виборчу систему.

Вільний характер виборів означає, що громадяни України приймають рішення щодо того брати чи ні участь у виборах. Вільність виборів стосується двох аспектів: можливості самостійного прийняття рішення виборцем щодо участі у виборах та можливості самостійного

прийняття рішення щодо того, якому кандидатові віддати свій голос. Закон зобов'язує державу забезпечити умови для вільного формування волі виборців та її вільного виявлення у процесі голосування. Він встановлює низку заборонених та суспільно небезпечних діянь (погроза, підкуп, шантаж і т.д.), що перешкоджають вільному формуванню та виявленню волі виборців. За порушення цієї заборони передбачена у тому числі й, відповідно до статті 157 Кримінального кодексу України, кримінальна відповідальність.

Хоча принцип вільних виборів є закріпленим в українському законодавстві ще із часів Української Народної Республіки, а пізніше й у виборчому законодавстві Української РСР, слід відрізнити факт проголошення цього принципу від його дотримання. Вільні вибори дозволяють громадянам демократичних держав визначати політичний склад та майбутній напрям державної політики. Вони характеризуються тим, що:

- збільшують вірогідність мирної передачі влади. Партії та кандидати, що програли, є схильними визнати результати виборів та мирно віддати владу наступникам;
- не забезпечують демократії як такої, адже для здійснення фальсифікації виборчого процесу може застосовуватися адміністративний ресурс.
- Для забезпечення вільних виборів необхідним є:
 - загальне виборче право для всіх чоловіків та жінок, що мають право голосу;
 - свобода реалізації права кандидувати на виборну посаду;
 - свобода слова для кандидатів та політичних партій – демократичні держави не можуть обмежувати критику кандидатами та політичними партіями існуючої влади;
 - диверсифікація джерел отримання об'єктивної інформації, існування вільної преси;
 - свобода об'єднань для проведення політичних зустрічей та здійснення виборчої кампанії;
- заборона перебування представників політичних партій та кандидатів у депутати біля виборчих урн у день виборів. Члени виборчих комісій, а також міжнародні спостерігачі не можуть рекомендувати виборцям за кого голосувати;
- контроль за підрахунком виборчих бюлетенів.

Вільні вибори означають, що виборець самостійно приймає рішення щодо участі у виборах. На результати голосування не повинна впливати явка виборців: якщо хоча б один виборець проголосував – вибори вважаються такими, що відбулися. Хоча обрання колегіального органу державної влади чи місцевого самоврядування невеликою кількістю голосів зменшує рівень його легітимності, або ж необхідним є повторне голосування, якщо законодавець встановлює, що вибори є дійсними за умови досягнення мінімального порогу участі виборців у голосуванні. У деяких державах участь у виборах є обов'язковою. Наприклад у Федеративній Республіці Німеччина за ухилення від участі у виборах на особу накладається адміністративний штраф. Українське законодавство такого обов'язку не встановлює.

Ефективною гарантією забезпечення вільних виборів є система незалежних інститутів, покликаних наглядати за дотриманням активного та пасивного виборчого права. Це можуть бути інститути, діяльність яких фінансується з державного чи місцевого бюджету, а також інші інститути, наприклад неурядові організації, що забезпечують моніторинг того, чи має місце надання преференцій чи пільг деяким учасникам виборчої кампанії. Український досвід вказує на те, що вплив неурядових організацій на дотримання правильного перебігу виборів часто недооцінюється владою.

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Пілат Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Темпи розвитку законодавчого забезпечення базового права на доступ до інформації після прийняття Конституції України суттєво сповільнилися. Належній реалізації згаданого права не сприяв навіть прийнятий Закон України «Про звернення громадян» від 02.10.1996 р., оскільки діючи паралельно з Законом України «Про інформацію» 02.10.1992 р. він містив норми, які фактично перекреслювали ті базові принципи, які необхідні для існування по справжньому ефективного правового механізму реалізації права на доступ до інформації. Щодо суттєвих недоліків Закону України «Про звернення громадян» слід віднести наступні:

- невиправдану довготривалість розгляду звернень;
- відсутність чіткого механізму, який би сприяв реалізації пасивного права на доступ до інформації та на належному рівні забезпечував доступність інформації органів публічної влади про їхню діяльність;
- відсутність обов'язку з боку органів публічної влади у наданні допомоги суб'єкту звернення щодо порядку та способів реалізації ним даного права;
- відсутність можливості направити звернення через сучасні засоби комунікації, зокрема телефоном, факсом або через електронні мережі загального користування;
- практично повна відсутність реальних норм, за якими було б можливо притягнути до відповідальності особу, яка повноважна давати відповідь на звернення у разі порушення нею норм чинного законодавства про доступ до інформації.

Беручи до уваги характер вказаних вище недоліків Закону України «Про звернення громадян» стає очевидним те, що в умовах коли звернення опрацьовується непомірно довго та відповідь на нього через це цілком імовірно може втратити для заявника свою актуальність; в умовах, коли заявнику де-факто безпідставно можуть відмовити у наданні потрібної інформації, на яку він має право, відсутня реальна відповідальність особи, яка безпідставно, всупереч законодавству, не надала потрібну заявнику інформацію; в умовах, коли органи публічної влади не інформують громадян про свою діяльність, прийняті ними рішення та їхні результати вважаю такими, які суперечать основним принципам та базовим інформаційним правам людини і громадянина, які закріплені у Конституції України.

До порушень, які найбільш часто виникали на практиці, можна віднести наступні:

- незаконне віднесення інформації до відповідної категорії, яка перебуває під спеціальним режимом правової охорони, що тягло за собою відмову у задоволенні інформаційного запиту;
- неправомірне застосування грифів «опублікуванню не підлягає», «не для друку», «для службового користування»;
- ігнорування інформаційних запитів;
- перешкоди в отриманні громадянами локальних нормативно-правових актів місцевих органів влади, не говорячи вже про проекти таких актів;
- неналежне виконання органами влади вимоги оприлюднювати інформацію про свою діяльність (в тому числі через мережу Інтернет) тощо.

Всі ці порушення виступають яскравим свідченням того, що питання доступу до інформації передусім громадян України стояло надзвичайно гостро і потребувало якомога швидшого вирішення.

Проте прийнятий не так давно Закон України «Про доступ до публічної інформації», яким законодавець спробував заповнити прогалини та в цілому модернізувати реальні процедури доступу до інформації, не зміг зняти усіх проблем, що виникають у даній сфері.

Не піддаючи сумніву важливість та значущість згаданого закону на практиці уже встигли виявитися основні недоліки прийнятого Закону, а саме:

1. Після прийняття Закону України «Про доступ до публічної інформації» органи публічної влади почали приймати рішення щодо визначення конкретних переліків інформації, що не є публічною. Найбільш часто це спостерігається на місцевому рівні, коли міські, селищні, сільські ради йдуть шляхом затвердження відповідних переліків. Як відомо з Конституції України – «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України». В жодному законодавчому акті не міститься норми, яка б дозволяла органам публічної влади визначати категорії інформації, які є публічними, чи такими не є. Відповідно у даному випадку відповідні органи, приймаючи такі рішення, порушують ст. 19 Основного Закону та суперечать загальним принципам інформаційного законодавства України.

2. Велике значення для раціональної організації роботи спеціальних внутрішніх одиниць чи відповідальних за доступ до публічної інформації в органах публічної влади мають спеціальні реєстри публічної інформації. Саме від них залежить своєчасне та повне надання реагування на інформаційний запит. Тому першочерговим завданням органів публічної влади є належна організація та налагодження програм інформаційного менеджменту, які б сприяли ефективній роботі розпорядників інформації із одночасним задоволенням інформаційних потреб запитувачів.

3. Часто можна зустріти труднощі при спробі отримати інформацію, яка стосується розпорядження бюджетними коштами, а також майном державної чи комунальної власності. Такі дії є прямим порушенням ч. 5 ст. 6 згаданого закону, яка встановлює, що «не може бути обмежено доступ до інформації про розпорядження бюджетними коштами, володіння, користування чи розпорядження державним, комунальним майном, у тому числі до копій відповідних документів, умови отримання цих коштів чи майна, прізвища, імена, по-батькові фізичних осіб та найменування юридичних осіб, які отримали ці кошти або майно».

4. Органи публічної влади продовжують застосовувати до інформаційних запитів норми Закону України «Про звернення громадян» з відповідним порядком розгляду таких заяв. Більше того, органи публічної влади не квапляться вносити зміни до внутрішніх інструкцій з ведення діловодства, які б мали поставити крапку в процесі не вірного застосування закону. Зустрічаються випадки, коли відмова у задоволенні інформаційного запиту мотивується наявністю «норм інструкції з діловодства, якою не передбачено надання інформації за інформаційним запитом», причому зміст самої інструкції теж утаємничується.

5. Однією з найпоширеніших проблем у сфері доступу до інформації продовжує залишатися ігнорування інформаційних запитів. Така проблема має місце тоді, коли орган публічної влади не дає жодної відповіді на заяву запитувача публічної інформації. Частково ця ситуація спровокована тим, що на даний час відсутні дієві механізми притягнення до відповідальності винних у порушенні права на доступ до публічної інформації запитувачів. Навіть коли є реальна можливість притягнення до відповідальності порушника, рідко хто з запитувачів вчиняє активні дії в цьому напрямку, оскільки природно головним інтересом запитувача є сама публічна інформація, а не покарання порушників закону.

6. Велику проблему на шляху реалізації норм Закону України «Про доступ до публічної інформації» становить невизначеність поняття «суспільно необхідної інформації». Саме поняття було закріплене статтею 1 проекту згаданого Закону, проте до прийнятої редакції не увійшло. На практиці відсутність конкретики у даному питанні призводить до зловживання правом з боку розпорядників публічної інформації, які (виходячи із норм чинного закону) можуть на власний розсуд вирішувати питання визнання певної інформації «суспільно необхідною» чи ні. Щоправда, у Законі України «Про інформацію» міститься положення, згідно якого під суспільно необхідною інформацією розуміється «інформація, що є предметом суспільного інтересу», а також закріплено «право громадськості знати цю інформацію переважає потенційну шкоду від її поширення». Фактично, такий підхід відніс вирішення цього питання до виключної компетенції самих розпорядників та органів судової влади.

7. Новела національного інформаційного законодавства України щодо складення так званого «трискладового тесту», який є безпосередньою передумовою можливого обмеження доступу до інформації, є, водночас, і значним кроком на зустріч високим демократичним ста-

ндартам у питаннях доступу до публічної інформації, і стає підставою звернення до суду запитувачів інформації за захистом свого порушеного права. Згідно з ч. 2 ст. 6 Закону обмеження доступу до інформації можливе лише за умови дотримання ряду конкретних вимог, а саме а) виключно в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя; б) розголошення інформації може завдати істотної шкоди цим інтересам; в) шкода від оприлюднення такої інформації переважає суспільний інтерес в її отриманні. Проте процес реалізації цих положень не можна назвати ідеальним, оскільки немає реальних механізмів, які б забезпечили належний «контроль якості» проходження цього «трискладового тесту» на предмет відповідності інформації таким нормам. Тому зловживання з боку розпорядників інформації мають місце і у даному випадку.

СТАБІЛЬНІСТЬ ВИБОРЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ – НЕОБХІДНА УМОВА ЗАКОННОСТІ ТА ДЕМОКРАТІЇ

Прус В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах прагнення України до становлення громадянського суспільства, забезпечення демократичних принципів та формування як правової держави виникає гостра необхідність оптимізації виборчого законодавства на основі загальних європейських засад та вікової практики наших сусідів. Однак протягом всіх років незалежності України спостерігається незмінна тенденція, яка, як на мене, вже набуває певних ознак правового звичаю, а саме періодична, ґрунтовна зміна виборчого законодавства напередодні виборів. Звичайно, такі дії законодавця можна пояснити розвитком суспільних відносин, пошуком оптимальної виборчої моделі чи знайти ряд інших вагомих підстав для внесення змін та поправок. Однак, більш вірогідна причина таких нововведень-ситуативна вигода для окремих політичних сил, які перед кожним волевиявленням громадян вносять такі зміни та поправки, які зможуть забезпечити певні преференції саме їм.

Така практика аж ніяк не допомагає нашій державі формувати та реалізовувати основні демократичні принципи при організації та проведенні прямого волевиявлення громадян. Одночасно, систематична зміна виборчого законодавства в інтересах певних політичних сил порушує норми Конституції України, а саме положення статті 71, яка гласить: «Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права...». Власне, в даному випадку, порушується принцип рівності у виборчому праві, адже позапарламентські політичні сили практично позбавлені важелів до формування виборчого законодавства, а провладні сили цим радо зловживають.

На такі недоліки виборчого законодавства вже не перший рік вказують як вітчизняні науковці-конституціоналісти так і європейські держави в особі своїх компетентних органів. Наприклад стосовно останніх виборів депутатів місцевих рад, сільських, селищних міських голів які відбулися 31 жовтня 2010 року спостерігачі за виборами від Ради Європи, ОБСЄ та Європейського парламенту основним порушенням вважають поспішне ухвалення нового виборчого закону. Стосовно цьогорічних виборів народних депутатів України 13 вересня 2012 року всього за п'ять днів до процесу створення дільничих виборчих комісій Центральна виборча комісія змінила процедуру формування дільничих виборчих комісій. Відповідно до нових правил окружні виборчі комісії мали провести тільки одне жеребкування для всіх дільничих виборчих комісій у відповідних округах. Такі зміни поставили під сумнів справедливість та збалансованість представництва політичних партій у дільничих виборчих комісіях. Таким чином напередодні виборів було суттєво змінено процедуру формування дільничих виборчих комісій. З метою недопущення таких порушень в майбутньому, вважаю за необхідне, вжити ряд заходів на законодавчому рівні, які б не уможливили даного роду махінації з виборчим законодавством.

У жовтні 2002 року Європейською комісією за демократію через право (Венеціанською комісією) було підготовлено та прийнято Кодекс добросовісної практики при проведенні виборів. Це кодифікований документ рекомендацій стосовно порядку проведення якомога демократичних виборів з дотриманням п'яти основних засад загальноєвропейського досвіду в області виборів: загальні, рівні, вільні, прямі вибори шляхом таємного голосування. Неабияку увагу дані кодифіковані рекомендації приділяють і питанню стабільності виборчого законодавства. У висновках Кодексу зазначено наступне положення: «стабільність норм має бути такою, щоб виключити будь-які підозри в маніпулюванні». Нажаль, сучасні українські реалії дають змогу побачити, що ні про яку стабільність виборчого законодавства не може йти мови. Хоча український законодавець ще в далекому 1996 році розумів важливість принципу стабільності регулювання даного виду суспільних відносин і тому в Конституції України, розділі

ХІІІ ст. 156 передбачив жорсткіший порядок внесення змін до розділу ІІІ Конституції – Вибори. Референдум. Щоправда серед положень ІІІ розділі Конституції України немає норми, яка б унеможливила прийняття нових виборчих законів перед самими виборами. Однією з рекомендацій Венеціанської комісії є встановлення заборони на внесення поправок до виборчих законів не менше ніж за рік до проведення виборів стосовно фундаментальних елементів закону про вибори: виборчої системи, належного членства у виборчих комісіях та формування меж виборчих округів. Така заборона, на думку Комісії, повинна бути зазначена в Конституції або у законі в рівень вищим ніж звичайний закон.

Великі надії стосовно вирішення проблем виборчого законодавства в Україні покладаються на прийняття Виборчого кодексу. Відповідний законопроект зареєстрований у Верховній Раді України 19 березня 2009 року за номером 4234, однак у змісті даного законопроекту не було знайдено норм, які б вирішували питання стабільності виборчого законодавства. Хоча, в пояснювальній записці до проекту Виборчого кодексу проблема постійної фундаментальної зміни виборчих законів визнається. Щоправда, якщо в процесі доопрацювання законопроекту відповідні статті про заборону перегляду виборчих законів стосовно фундаментальних елементів будуть внесені це не виключає в майбутньому вилучення чи зміни даних статей. Відповідно до загальної теорії держави і права та беручи до уваги досвід зарубіжних країн найефективнішим методом забезпечення стабільності нормативно-правового акту є встановлення складної процедури внесення змін та поправок до нього.

Таким чином розв'язати проблему стабільності виборчого законодавства в Україні можна двома шляхами: внесенням в ІІІ розділ Конституції України норму про заборону перегляду фундаментальних елементів виборчих законів: виборчої системи, належного членства у виборчих комісіях та формування меж виборчих округів за рік до проведення виборів; або схожу норму вказати у майбутньому Виборчому кодексі України, що безумовно підвищить стабільність виборчого законодавства в Україні.

ПЕРСПЕКТИВИ РЕФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ

Різник С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Навряд чи ідеологи державної незалежності України різних поколінь, моделюючи варіанти конституційного ладу майбутньої держави, могли передбачити виникнення настільки впливового державного органу як сучасний Конституційний Суд України (без уваги до обставин поточного політичного моменту). Та й при розробці перших проектів моделі організації конституційного правосуддя в незалежній Україні напевно ніхто не передбачав, наскільки визначальними будуть рішення Конституційного суду для її стратегічного розвитку. Не виявились підготовленими до належного сприйняття його місії як громадяни нової держави, так і провідні представники вітчизняного політикуму, з їх не завжди справедливою критикою та звичкою розглядати діяльність Конституційного суду через призму власних інтересів та уявлень.

На жаль, за наявності значної кількості справді об'єктивних зауважень, сформувався також і набір відверто негативних стереотипів щодо роботи Конституційного суду, який, при всій своїй небезпідставності, набуває загрозливого масштабу не тільки для самого існування єдиного органу конституційної юрисдикції, а й для української державності.

Свою частку відповідальності за такий стан справ несуть і представники конституційно-правової науки, які не завжди адекватно оцінюють проблеми вітчизняного конституційного правосуддя, нерідко займають недостатньо наукову позицію, сприймаючи Конституційний суд не як орган державної влади, а як колектив людей, що сформувався під впливом тих чи інших тимчасових обставин. Захоплення без потреби ускладненими юридичними конструкціями, не завжди виправдане перенасичення наукових статей на конституційно-правову тематику загально-філософськими категоріями, зосередженість на неактуальних та/або другорядних питаннях, не вигідно відрізняє деякі вітчизняні праці від наукових доробок зарубіжних, в першу чергу європейських, вчених-правників. Вже давно назріла необхідність поступового переходу від «описової» та «абстрактної» науки до науки сучасного зразка, яка надаватиме ясні і прості рішення для практичного застосування, ґрунтовані, при цьому, на конституційно-правовій доктрині. Вченим слід, усвідомлюючи межі власних можливостей, більше намагатися реально впливати на ситуацію в державі там, де це можливо зробити доступними юридичній науці засобами.

Перш за все, наука конституційного права України лише виграла б від узгодження одностайного підходу вчених до визначення переліку найбільш пріоритетних та актуальних конституційно-юрисдикційних проблем, вирішення яких слугувало б не тільки загальнонауковим цілям, а й конкретній меті необхідного утвердження авторитету Конституційного Суду України у його діяльності спрямованій на забезпечення принципу верховенства національної Конституції. Адже, сама лише фіксація наявних проблем, без напрацювання пропозицій щодо їх вирішення, вказує на деструктивний та безперспективний підхід до одного з найскладніших питань сучасного державотворення. Так, серед інших, найчастіше називають наступні проблеми пов'язані зі здійсненням конституційного правосуддя в Україні:

- здійснення Конституційним Судом України конституційно не передбаченої, фактично нормотворчої діяльності через недостатньо об'єктивне тлумачення ним норм законів та Конституції України;
- фактична відсутність юридичної відповідальності за невиконання рішень Конституційного Суду України;
- несправедливість та змістовна суперечливість деяких рішень Конституційного Суду України;
- використання рішень Конституційного суду як інструментів в політичному процесі;
- відсутність необхідного рівня незалежності (суддів) Конституційного Суду України;

- відсутність жорстких критеріїв відбору осіб, що претендують на посаду судді Конституційного Суду України;
- низька доступність конституційного правосуддя для громадян України (іноземців, осіб без громадянства, юридичних осіб, що не є суб'єктами владних повноважень).

Очевидно, що ситуація з діяльністю єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні залежить від загального стану справ в державі, де недостатньо ефективно діє система органів державної влади в цілому, де низька правосвідомість еліти і народу створюють придатне підґрунтя для розвитку шкідливих антидержавницьких явищ. Наведені проблеми (або таке їх сприйняття суспільством) говорять самі за себе, відповідаючи на запитання щодо необхідності чи відсутності необхідності реформувати конституційне правосуддя в Україні? Але підхід до даного питання має бути комплексним, науково обґрунтованим та стратегічно виваженим. Зрозуміло, що запровадженням лише одинарних реформ окремих інститутів конституційної юстиції, без модернізації всього державного механізму та роз'яснення правової природи та місії Конституційного Суду України широким верствам народу не обійтися.

Стратегія реформування конституційного правосуддя в Україні потребує серйозної науково-практичної розробки, аналізу зарубіжного досвіду державотворення та практики функціонування як спеціалізованої так і неспеціалізованої конституційної юстиції в державах різних правових сімей. Не виключено, що певну позитивну роль в цьому процесі може відіграти і нещодавно утворена Конституційна Асамблея, яка, за умови збереження конституційно-правової неупередженості, зможе напрацювати системну концепцію реформування конституційного правосуддя з врахуванням найкращих досягнень світової науки і практики.

В межах даних тез, обов'язково беручи до уваги вищевикладене, можна окреслити лише деякі загальні пропозиції та побажання щодо напрямків такого реформування, до яких слід віднести:

- запровадження інституту конституційної скарги;
- підвищення вимог до фахового складу Конституційного Суду України, зокрема, запровадження відповідної квоти суддів з науковим ступенем з юридичних наук, в тому числі в галузі конституційного права;
- надання Конституційному суду права приймати рішення про притягнення до конституційної та інших видів юридичної відповідальності органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб, а також громадян України (іноземців, осіб без громадянства) за невиконання рішень КСУ;
- запровадження інституту наперед визначеної, періодичної ротації частини складу Конституційного Суду України (з врахуванням випадків дострокового припинення повноважень суддів) тощо.

Наведений тут короткий аналіз перспектив реформування конституційного правосуддя в Україні вказує не тільки на необхідність якнайскорішого конституційного (законодавчого) врегулювання проблем, пов'язаних з безпосередньою діяльністю Конституційного суду, а й на необхідність невід'ємної від такого врегулювання зміни правового світогляду та підходів до діяльності суб'єктів конституційно-правових відносин, що видається нелегким, але необхідним для збереження держави і народу, завданням.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ***Софінська І.***

Львівський національний університет імені Івана Франка

Грунтовний аналіз праць європейських та американських вчених (серед них Д. Ебрехем, К. Барнард, Р. Баубюк, Ф. Бехгофер, Г. де Бурка, Дж.Г.Г. Вейлер, П. Вейл, Б. де Вітте, Ю. Габермас, М. Гельблінг, Т. Гаддлстоун, Ж.-Р. де Грот, Л. Джеймисон, С. Засен, К. Йопке, Д. Костакопулу, П. Крег, С. Каррера, Т. Лагос, Д. МакКроне, П. Муріцен, Л. Пілгем, П. Спіро, М. ла Торре, П. Хіменес Лобейра, Г. Шнайдер, Дж. Шоу тощо) дає підстави дійти висновку, що часто-густо питання громадянства відіграє вирішальну роль щодо ідентифікації особи та визначення її місця у державі як у спільноті людей, які мають спільну мову, культуру, етнічне походження та історію.

Зокрема, такі тенденції щодо застосування певних, чітко визначених, конституційно-правових засад ідентифікації особи можна простежити у положеннях основних законів багатьох держав світу, де йдеться, насамперед, про особу, яка може бути обраною главою держави. Як слушно зауважують вчені, саме громадянство вважається однією із основних конституційно-правових засад ідентифікації особи, яка, як своєрідний геополітичний і правовий маятник та явний цивілізаційний інструмент, конструктивно впливає на динамічний розвиток суспільства і систематичну розбудову кожної демократичної держави у світі.

Так, у тексті ст. 2 ч. 1 Конституції США від 1787 р. йдеться про те, що «жодна особа, крім громадянина за народженням або громадянина Сполучених Штатів на момент прийняття цієї Конституції, не може бути обрана на посаду Президента; також жодна особа не може бути обрана на цю посаду, якщо вона не досягла віку тридцяти п'яти років і не прожила у Сполучених Штатах чотирнадцять років». Особливої уваги, на нашу думку, заслуговує перша частина цього конституційного положення, а саме «громадянин за народженням», оскільки саме вона, на переконання багатьох вчених (а саме Ч. Гордона, С.Г. Даггін та М.Б. Коллінз, Р. Поста) вважається «найгіршим положенням та нерозгаданою загадкою Конституції США», яка втілює в собі яскравий приклад «разючої несправедливості та небезпечної двозначності».

Найперше, що потрібно зауважити, це те, що дане положення практично без обговорення увійшло в текст Конституції США відразу у 1787 році і залишилося з того часу незмінним, оскільки сенс цього положення ніколи не був розтлумачений Верховним судом чи будь-яким іншим федеральним судом США. Однак, Верховний суд та інші федеральні суди США час від часу у своїх рішеннях згадують дане положення, але виключно для ілюстрації того, що відповідно до конституційної схеми США, натуралізований громадянин є рівним у статусі з громадянином за народженням у всіх відносинах, за винятком права бути обраним Президентом США.

Ключова фраза вищезгаданого положення «громадянин за народженням» не фігурує більше ніде в тексті Конституції США, а тому невідомо, що саме мали на увазі «батьки-засновники» США, вписуючи цей «словесний штамп» в основний закон держави, з погляду XXI століття. На нашу думку, така унікальна конституційно-правова традиція США дозволяє не лише спостерігати за основними мотивами і критеріями ідентифікації особи як громадянина за народженням, зокрема відображає її соціальну, політичну, релігійну, національну та етнічну ідентичність, а також проектує досяжність вершини політичної кар'єри будь-якого державного діяча США, оскільки отримати найвищу посаду у США характеризується «синдромом досягнутої мети», що безумовно означає підтвердження державного суверенітету та незалежності США, а також «довготривалої відданості» Президента США американській нації.

Протягом останніх ста років дане положення неодноразово ставало «правовим гальмом» для політичної кар'єри багатьох державних діячів США, номінованих Республіканською партією США на кандидатів на посаду Президента США, зокрема Ч.Е. Х'юза у 1916 р., Ф.Д. Руз-

вельта-молодшого у 1950 р., К. Гертера у 1960 р., Б. Голдвотера у 1964 р., Дж. Ромні-старшого у 1968 р., Л. Вейкера у 1980 р., тощо.

Фахівці стверджують, що саме таке положення щоразу попереджує майже 13 млн. американців від претендування на найвищу посаду в США, включно з колишніми Державними секретарями США Г. Кіссінджером та М. Олбрайт, колишнім губернатором Каліфорнії А. Шварценеггером, колишнім губернатором Мічигану Дж. Гренголом та сенатором від Юти О. Гечем. Останньою, відомою на сьогодні, «жертвою» цього положення (беручи до уваги ґрунтовний, проте обережний, аналіз проф. Г.Дж. Чіна та спільний меморандум Трайба-Олсона) став сенатор від Аризони Дж. МакКейн, номінований Республіканською партією США на кандидата на посаду Президента США у 2000 та 2008 роках, оскільки він народився у зоні Панамського каналу від батьків-громадян США. Іншими, політичними «спекуляціями» на цю тему, вважають питання з номінуванням у 2008 р. Демократичною партією США сенатора від Іллінойсу Б. Обами, де знаковою подією стало його вже тепер повторне обрання у 2012 р. на посаду Президента США на найближчі чотири роки. Так, ми можемо! (*vero possumus*) – саме таким було гасло його передвиборчої кампанії у 2008 році.

Вважаємо необхідним нагадати, що таке конституційне положення щодо громадянства за народженням глави держави є непоодиноким, оскільки схожа кваліфікаційна вимога є передбачена у ст. 89 Конституції Аргентини від 1998 р., де йдеться про те, що «для того, щоби бути обраним Президентом чи Віце-президентом держави необхідно бути народженим на території Аргентини або бути сином громадянина (якщо народжений закордоном) і відповідати вимогам для обрання сенатором», тобто, відповідно до ст. 55 Конституції Аргентини - це особа 30 років, яка є громадянином Аргентини 6 років і має право голосу. Також, «громадянство за народженням» є конституційно-правовою вимогою для обрання главою держави в інших демократичних державах, наприклад, у Болгарії (ст. 93 ч. 2 Конституції від 1991 р.), у Грузії (ст. 70 ч. 2 Конституції від 2006 р.), в Естонії (ст. 79 ч. 3 Конституції від 1992 р.), у Колумбії (ст. 191 Конституції від 1991 р.), у Литві (ст. 78 ч.1 Конституції від 1992 р.), у Мексиці (ст. 82 Конституції від 1917 р.), на Філіппінах (ст. 7 ч. 2 Конституції від 1987 р.), у Фінляндії (ст. 54 ч. 1 Конституції від 1999 р.) тощо.

Інші приклади важливості конституційно-правової ідентифікації глави держави через інститут громадянства знаходимо у ст. 60 ч.3 Конституції Австрії від 1983 р., ст. 14 ч. 3 п. 3 Конституції Бразилії від 1993 р., ст. 31 Конституції Греції від 1975 р., ст. 58 Конституції Індії від 1996 р., ст. 12 ч. 4.1 Конституції Ірландії від 1937 р., ст. 84 ч.1 Конституції Італії від 2001 р., ст. 79 ч. 2 Конституції Китайської Народної Республіки від р.1982 , ст. 37 Конституції Латвії від 1998 р., ст. 127 ч. 3 Конституції Польщі 1997 р., ст. 125 Конституції Португалії від 1976 р., ст. 81 ч. 2 Конституції Російської Федерації від 1993 р., ст. 29А Конституції Угорщини від 1949 р., ст. 103 ч.2 Конституції України від 1996 р., ст. 101 Конституції Туреччини від 2007 р., ст. 54 ч.1 Основного закон у ФРН від 1949 р., ст. 57 Конституції Чеської Республіки від 1992 р., ст. 175 ч. 2 Конституції Швейцарії від 1999 р., тощо.

Незважаючи на те, що ст. 6 Конституції V Республіки не дає прямої вказівки на громадянство як основну вимогу до кандидата в Президенти Франції, передбачається, що дане питання є врегульоване Виборчим кодексом Франції, який і дає чітку відповідь на поставлене питання про обов'язкове французьке громадянство глави держави.

Аналіз такого конституційного положення дає нам усі підстави зробити висновок, що у світі з давніх-давен громадянство було саме тим правовим чинником і гуманітарним стандартом, який забезпечував політичну особливість та конституційну (національну) ідентичність кожної держави і гарантував їй певну самобутність, збалансований та стабільний розвиток, незважаючи на перманентну геополітичну турбулентність у світовому масштабі. Підтвердження цього знаходимо у вислові французького мислителя Ж.-Ж. Руссо, який наголошував, що «як тільки служіння суспільству перестає бути головною справою громадян і вони надають перевагу служити йому своїми гаманцями, а не особисто, – держава вже близька до зруйнування».

ЕФЕКТИВНІСТЬ РЕАЛІЗАЦІЇ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Тищук Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституційний Суд України, реалізуючи свої повноваження, вирішує різні питання, які віднесені до його компетенції. Як єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні він ухвалює рішення, які займають провідне місце в системі конституційного судочинства.

Рішення Конституційного Суду України – це правовий акт органу конституційної юрисдикції, ухвалений ним на пленарному засіданні, у процесі здійснення конституційного правосуддя, шляхом опитування суддів у справах щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів та інших правових актів, і щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України. Всі рішення Суду наділені винятковими ознаками, властиві тільки їм та породжують рівні юридичні наслідки. Обов'язковість, остаточність та неоскаржуваність рішень Конституційного Суду України – його основні ознаки, закріплені в Конституції України та Законі України «Про Конституційний Суд України». Саме ці ознаки рішень вказують на обов'язковість їх втілення в життя за відповідною, закріпленою законодавством процедурою, визначеними суб'єктами, які б здійснювали ці рішення, формою їх здійснення та інше. Є поняття, яке може охопити весь цей спектр та належним чином забезпечити завдання конституційного правосуддя – це реалізація рішень Конституційного Суду України.

Реалізація рішень Конституційного Суду України – це процес їх здійснення суб'єктами конституційно-правових відносин у відповідній формі, яка зумовлена їх змістом та впливає із правової природи рішень Конституційного Суду України за чітко встановленою процедурою, що регламентується законодавчими положеннями. Як і будь-якому процесу, реалізації властиві ознаки, які розкривають суть правової природи рішень Конституційного Суду України, підкріплюють його конституційно-правовий статус як державного органу, який приймає ці рішення.

Ефективність є однією із основних ознак реалізації рішень Конституційного Суду України, адже лише настання необхідного результату, приведення до найбільшого ефекту від прийнятого рішення може забезпечити ту ціль, завдання, яке лежить в основі створення Конституційного Суду України.

Передумовою виділення такої ознаки реалізації рішень як ефективність є власне конституційно-правовий статус Конституційного Суду України. Його зусилля спрямовані на захист прав та свобод людини та громадянина, він основний стержень в системі стримувань і противаг, саме Конституційний Суд України займає центрове місце при внесенні змін до Конституції України. Цей перелік можна безмежно продовжувати, що буде тільки підсилювати роль ефективності реалізації рішень Конституційного Суду України.

Значення ефективності реалізації рішень Конституційного Суду України є суттєвим, адже це єдиний орган у державі, який наділений такого роду повноваженнями. Роль саме цієї ознаки полягає у настанні наслідків у результаті ухвалення рішення. Кожне рішення (не в залежності від того чи це про відповідність Конституції України, чи про офіційне тлумачення) ухвалюється Конституційним Судом України із конкретною метою. Сам процес реалізації передбачає не лише втілення рішення в життя шляхом його виконання, дотримання, застосування чи використання, але і досягнення тієї мети (настання результату), яка визначається самою ж правовою природою рішення.

Серед конституціоналістів питання реалізації рішень Конституційного Суду України часто піднімається, хоча ефективність реалізації рішень вчені розглядають у аспекті суто виконання рішень (досить вузько), проте у їх наукових дослідженнях є зерно раціональності. Зокрема, необхідно виділити можливість використання Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів з метою проведення перевірки виконання рішень Конституційного Суду України, що може здійснюватися шляхом спостереження за ходом законотворчої роботи щодо

усунення прогалин, які викликані рішенням суду; наявність відповідного реагування на офіційному сайті Верховної Ради України - законопроекти, планування та порядок розгляду питань, розгляд питань порядку денного, стенограми пленарних засідань, парламентські слухання та інше.

В аспекті ефективності реалізації рішень Конституційного Суду України важливим є і питання щодо встановлення юридичної відповідальності за невиконання, неналежне виконання та за створення перешкод виконанню рішень Конституційного Суду України. Хоча питання ефективності реалізації рішень не може обмежувати виключно однією формою реалізації – виконанням. Варто відзначити можливість застосування юридичної відповідальності і при недотриманні, незастосуванні чи неналежному застосуванні рішень Конституційного Суду України. Особливість в даному випадку буде проявлятися у наступному: відповідальність встановлюється за порушення процедури відповідної форми реалізації рішення Конституційного Суду України. В такому випадку нівелюється не лише ефективність реалізації, але і сама реалізація як процес втілення рішення в життя. Однозначним є важливість піднятого питання і подальша його розробка.

Важливою є необхідність прийняття закону, який би включав у себе усі законодавчі засоби утвердження ефективності за рахунок встановлених, чітко визначених суб'єктів, процедури реалізації рішень, а також один із основних структурних елементів механізму реалізації – відповідальності. Цей закон було б доречно і влучно назвати: «Процедура реалізації рішень Конституційного Суду України», адже саме процедура, як один із структурних елементів механізму реалізації рішень відображає весь спектр реалізації та шляхом законодавчого закріплення підвищує ефективність реалізації рішень Конституційного Суду України.

КОНСТИТУЦІЙНІ ОБОВ'ЯЗКИ ІНВАЛІДІВ ЯК ЕЛЕМЕНТ ЇХ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ

Чорненький В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Суб'єктивні права особи – це закріплення в юридичних нормах і забезпечувана державою можливість суб'єкта здійснювати свої юридичні права та обов'язки особистими діями. Конституційно-правовий статус особи включає в себе всю сукупність прав, свобод, законних інтересів і обов'язків людини і громадянина, передбачених чинним законодавством. В той же час права, свободи, інтереси та обов'язки, які складають конституційний статус особи, закріплені в Основному законі, визначаються основними, що відображає їх значущість і вказує на форму закріплення – Конституція України. Ці права характеризуються специфічними рисами:

1) вони є життєво важливі та найбільшою мірою соціально значимі як для окремої людини, так і для суспільства в цілому і для держави; вони не набуваються і не відчужуються за волевиявленням людини і громадянина, тобто належать кожному від народження;

2) їм притаманні особливі юридичні властивості та специфічні механізми реалізації, зокрема: а) конституційні права і свободи становлять ядро правового статусу особи і покладені в основу всі юридичних прав, установлених іншими галузями права, які, з огляду на це, мають похідне значення стосовно основних; б) закріплюються за кожною людиною із за кожним громадянином; в) мають загальний характер, тобто їх об'єм є однаковий для кожної людини і для кожного громадянина; г) специфіка механізму їх реалізації пов'язана з тим, що на відмінну від інших прав і свобод, які реалізуються у конкретних правовідносинах, основні права і свободи виступають передумово будь-яких правовідносин у кожній сфері, постійного, невід'ємного права кожного учасника правовідносин.

Правовий статус передбачає цілісність та системну єдність прав, свобод та обов'язків особи та їх взаємообумовленість. Незважаючи на те, що у правовій літературі не вироблено єдиного погляду на поняття конституційних обов'язків, вважаю за доцільне погодитися із визначення запропонованим проф. В.І. Чушенком: «конституційний обов'язок» – це встановлені українською державою й закріплені в Конституції та її законах зобов'язання осіб на користь держави. Ці зобов'язання підлягають обов'язковому виконанню і зазвичай використовуються на благо суспільних інтересів. Вони мають примусовий характер. Юридичними особливостями конституційних обов'язків є те, що вони наявні винятково у конституційно-правових відносинах і прямо передбачені Конституцією України.

Відповідно до ст.ст. 65-67 Конституції України, до конституційних обов'язків громадян України, зокрема, відносять такі:

- обов'язок захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян України;
- обов'язок не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки;
- обов'язок сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом;
- обов'язок неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей.

Забезпечення реалізації особою, в тому числі інвалідом, певних прав і свобод держава вимагає від неї певної поведінки, що формулюється в системі обов'язків. Основні конституційні обов'язки людини і громадянина є таким же важливим і необхідним елементом правового статусу особи, як права і свободи. Через прямий та опосередкований взаємозв'язок прав людини з її обов'язками встановлюється загальна вимога забезпечення єдності конституційних прав і обов'язків людини і громадянина та визначається баланс поєднання інтересів особи, суспільства і держави. У процесі здійснення прав і свобод особою невід'ємним є виконання неї обов'язків. Цей правовий постулат виражає сутність конституційного принципу єдності

праві і обов'язків особи як засадничої ідеї забезпечення її вільного і відповідального становища в суспільстві та державі.

Так, у ст. 1 Загальної декларації прав людини проголошено: «Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності і правах. Вони наділені розумом і совістю, і повинні діяти по відношенню один до одного в дусі братства». Однак, у ст. 29 Загальної декларації прав людини встановлено, що «кожна людина має обов'язки перед суспільством, в якому тільки і можливий вільний і повний розвиток її особистості». Відображення цих положень Загальної декларації прав людини, знаходимо у положенні ст. 23 Конституції України: «Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, к якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості».

Таким чином, права та свободи і обов'язки людини є обов'язковими елементами її конституційно-правового статусу. Невиконання своїх обов'язків певною частиною членів суспільства неправомірно зміцнює їх конституційно-правовий статусу на шкоду статусу інших його членів, права і свободи яких відповідно обмежується. Ці обов'язки закріплені у ст. ст. 65–68 Конституції України.

На мою думку, подальший розвиток конституційно-правового статусу інвалідів буде характеризуватися розширенням та гарантуванням основних конституційних прав, свобод і обов'язків на основі більш повного врахування специфіки реалізації Національного плану дій з реалізації Конвенції про права інвалідів на період до 2020 року.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРАВОВИЙ СТАТУС УЧАСНИКІВ ВІДНОСИН У СФЕРІ ЗАОЩАДЖЕНЬ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Бойчук Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зміст будь-яких правовідносин, в тому числі і фінансових, становлять суб'єктивні права та обов'язки учасників цих відносин. Усі їхні складові спрямовані на досягнення певних цілей. Однак кожний їх окремих елемент виконує особливі, притаманні лише йому функції. Матеріальним змістом фінансових правовідносин є поведінка суб'єктів, а юридичним – суб'єктивні юридичні права й обов'язки, які визначаються фінансово-правовими нормами. Суб'єктивні права – це притаманна суб'єкту правовідносин міра дозволеної (можливої) поведінки спрямована на досягнення певних цілей та забезпечена юридичними обов'язками іншої сторони відносин. Саме обов'язки іншої сторони, які містяться у правових нормах, і є гарантією додержання прав сторони. Юридичний обов'язок у фінансових правовідносинах – це приписана зобов'язаному суб'єкту і забезпечена змогою державного примусу міра необхідної поведінки, якої повинен дотримуватися належний суб'єкт.

Застосовуючи системний підхід при дослідженні проблематики фінансово-правового регулювання відносин у сфері заощаджень виникає необхідність у дослідженні суб'єктного складу відносин у цій сфері. Адже правовий статус суб'єкта значною мірою зумовлює природу самого правового відношення та підстави його виникнення, зміни чи припинення. Також зумовлює застосування того чи іншого методу правового регулювання тощо.

Учасників відносин у сфері заощаджень умовно можна розділити на: основних (фізичні особи – вкладники та банки) і другорядних (Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, Національний банк України, Кабінет міністрів України, інші органи та особи).

Визначаючи правовий статус учасників відносин у сфері заощаджень необхідно вказати на ту особливість, що за своєю суттю правовідносини у сфері заощаджень характеризуються їх економічною нерівністю. В силу того, що банк володіє за родом своєї діяльності спеціальними знаннями, навичками, відповідним досвідом, і більше того, професійно займається даним видом діяльності, він має в своєму розпорядженні відповідним чином визначені можливості диктувати свою волю контрагенту за договором тобто вкладнику.

У подібних ситуаціях, якщо не застосовуються заходи на рівні правового регулювання відповідних правовідносин, сильна сторона в зобов'язанні повністю підпорядковує своїй волі слабку сторону, а остання потрапляє в рабську залежність від свого контрагента.

Фактично ж, надаючи слабшій стороні додаткові права та відповідно, покладаючи на її контрагента за договором додаткові обов'язки законодавець в Цивільному кодексі України та інших нормативно-правових актах намагається забезпечити рівність учасників договірних відносин. Тобто, вищевказана суб'єктна ознака, наявність банку у відносинах у сфері заощаджень, як економічно сильної сторони зумовлює потребу надання додаткових правових гарантій для вкладників.

Вкладник, як суб'єкт відносин у сфері заощаджень – це фізична особа, яка наділена фінансово-правовою правосуб'єктністю та, яка уклала або на користь якої укладено договір банківського вкладу (депозиту), банківського рахунку або яка є власником іменного депозитного сертифіката.

За джерелом їх закріплення права вкладників поділяються на такі:

- 1) права, закріплені у Цивільному кодексі України;
- 2) права, встановлені Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

До першої групи можна віднести: право вибору банківської установи для укладення договору банківського вкладу та банківського рахунку; право на укладення договору банківського вкладу з банком; право на одержання вкладу на першу вимогу вкладника; право на нарахування і виплату відсотків відповідно до умов договору; право вимоги до банку негайного повернення суми вкладу та сплати за ним відсотків, а також відшкодування заподіяних збитків у разі невиконання банком передбачених законом або договором банківського вкладу або рахунку обов'язків по забезпечення повернення вкладу, а також у разі втрати забезпечення або погіршення його умов; право на пред'явлення до банку позову та ін.

Другу групу становлять права, передбачені безпосередньо Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Найважливішими з них є: право на одержання відшкодування по гарантованих вкладах; право на отримання інформації про порядок і розміри отримання відшкодування за вкладами; та ін.

Крім того, права вкладників можна класифікувати за сферою їх реалізації на організаційні права (право вибору банку для розміщення у ньому заощаджень; права, що стосуються отримання відшкодування по гарантованому вкладу та пов'язані з ними) і інформаційні права (право на отримання інформації про розміри відсоткових ставок по вкладах; право на отримання інформації про функціонування системи гарантування вкладів, наприклад, право на отримання інформації про участь конкретного банку в системі гарантування вкладів).

Банк як учасник відносин у сфері заощаджень повинен володіти наступними ознаками:

- 1) юридична особа, яка може бути державною установою або суб'єктом комерційної діяльності та створена у формі публічного акціонерного товариства чи кооперативного банку;
- 2) основною метою діяльності є отримання прибутку (комерційний характер);
- 3) кредитна організація, створена і функціонує відповідно до банківського законодавства;
- 4) наявність спеціального дозволу - ліцензії;
- 5) банк володіє спеціальною компетенцією, тобто він отримує прибуток тільки шляхом здійснення визначених операцій;
- 6) участь у Фонді гарантування вкладів фізичних осіб.

Правовий статус банку, як учасника відносин у сфері заощаджень, характеризується покладанням на нього таких основних обов'язків, як майнових (повернення вкладу та сплата відсотків по ньому після завершення терміну визначеного договором депозиту (вкладу); сплата страхових внесків до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб), організаційних (відповідність вимогам до участі в системі гарантування вкладів фізичних осіб) та інформаційні (надання інформації вкладникам та іншим зацікавленим особам).

Банк, який прийняв заощадження від вкладника повинен повернути їх на першу вимогу вкладника. За строковим вкладом повернення суми вкладу здійснюється після спливу строку, визначеного сторонами у договорі. Договором може бути передбачено внесення грошової суми на інших умовах її повернення. Виняток з цього правила передбачено ч.2 ст.1060 ЦК України стосується вкладів юридичних осіб, які повинні бути повернуті банком вкладникові не за першою вимогою, а лише після закінчення встановленого строку або настання інших умов визначених договором. Але в будь-якому випадку, банк зобов'язаний повернути суму вкладу. При цьому вкладник несе певні негативні наслідки, які можуть проявитися у зменшенні розміру відсотків, які будуть виплачені вкладникові в розмірі, що відповідає розміру відсотків по вкладу на вимогу.

Разом з тим, банк наділяється визначеним обсягом прав, що дозволяє йому отримувати прибуток від використання залучених грошових коштів вкладників. Основним серед них є можливість на свій розсуд володіти, користуватися і розпоряджатися грошовими заощадженнями, залученими у вклади.

Так як банк набуває право вільного розпорядження переданими йому грошовими коштами (заощадженнями), то вкладник не має права втручатися в оперативно-господарську діяльність банку і вказувати йому, як необхідно використовувати грошові кошти. Тут слід погодитися з думкою В.А. Белова, що, незважаючи на наявний заборону вкладнику утриматися від дачі вказівок банку з приводу використання суми вкладу, на вкладника не покладається обо-

в'язок не перешкоджати банку вільно розпоряджатися грошовими коштами, так як природа цієї заборони носить не зобов'язальний, а майново-правовий характер.

СУБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ

Жмурко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

За внутрішньою побудовою фінансова система України є система відособлених взаємопов'язаних ланок фінансових відносин, які відображають специфічні форми й методи обміну, розподілу і перерозподілу ВВП. За організаційною структурою фінансова система є системою фінансових органів та інститутів, які керують грошовими потоками. Ці органи та інститути формують, розподіляють та витрачають системи грошових потоків. Виділення складових елементів внутрішньої будови фінансової системи проводиться за ознакою каналів руху грошових потоків. Із здобуттям незалежності, Україна вийшла на новий економічний етап свого розвитку. Значним чином почало розвиватись виробництво, рівень життя громадян почав підвищуватись і, тим самим, вимагати від держави внесення змін до чинних та прийняття нових нормативно-правових актів щодо гарантій виконання своїх обов'язків перед громадянами. Тим не менш, проблеми медичного захисту та охорони здоров'я населення почали впливати на фінансово-економічну сферу життя людей, на механізми соціального захисту громадян.

Суб'єкти правовідносин у сфері соціального страхування – це безпосередні учасники, які беруть участь у загальнообов'язковому державному соціальному страхуванні з приводу формування коштів страхових фондів, управління фондами коштів, розподілом коштів фондів та контролю за їх використанням. Сьогодні в Україні діє загальнообов'язкове державне соціальне страхування та функціонують фонди з чотирьох видів загальнообов'язкового державного соціального страхування. У такий спосіб держава виступає гарантом соціального захисту застрахованих осіб, а фонди соціального страхування реалізують державну політику в соціальній сфері. Суб'єктами загальнообов'язкового державного соціального страхування, згідно з чинним законодавством, є: страховик, страхувальники та застраховані особи. За останні декілька років актуальним стало запровадження загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування та створення останнього з п'яти фондів соціального страхування. Науковці пропонують різні підходи та шляхи впровадження цього виду страхування. Також на законодавчому рівні поетапно до розгляду було подано низку законопроектів щодо цього виду соціального страхування. Проте через різні обставини жоден з них не було ухвалено.

Основними рисами правовідносин у сфері державного медичного страхування є:

- визначеність держави як обов'язкового суб'єкта з огляду на те, яку роль вона відіграє і в якості кого виступає у системі охорони здоров'я та, у перспективі, у сфері соціального медичного страхування, а також з огляду на мету загальнообов'язкового державного медичного страхування (формування бюджету України, а в подальшому, страхового медичного фонду, здійснення фінансування з фондів коштів та контролю за використанням коштів). Такі відносини, де обов'язковим учасником є держава є владно-майновими і виникають, змінюються та припиняються виключно на підставі закону;
- публічність характеру, який виявляється у акумуляції, розподілі та використанні коштів бюджетів усіх рівнів, а в перспективі страхового медичного фонду;
- задоволення інтересів пацієнтів через такий же порядок сплати податків до бюджетів, а в подальшому розподіл та використання бюджетних коштів на охорону здоров'я;
- механізм гарантування державою своїх обов'язків щодо здійснення фінансування цієї сфери, який виявляється у функціональній характеристиці системи органів держави, діяльність яких спрямована на задоволення публічних інтересів а також, в перспективі, через створення соціального медичного фонду.

З огляду на зазначені вище риси правовідносин у цій сфері та згідно норм чинних сьогодні нормативно-правових актів суб'єктами у цій сфері, без сумніву, є заклади охорони здо-

ров'я, пацієнтів та держава через уповноважені органи. Конституцією визначено головного суб'єкта правовідносин – громадянина. Основами ж законодавства України про охорону здоров'я дається визначення пацієнта як будь-якої фізичної особи. В Основах законодавства України про охорону здоров'я закріплено основні права та обов'язки громадян, іноземців та осіб без громадянства у сфері охорони здоров'я. Також передбачено гарантії держави на охорону здоров'я та основи фінансування охорони здоров'я, а саме: фінансування охорони здоров'я здійснюється за рахунок Державного бюджету України, бюджету Республіки Крим, бюджетів місцевого та регіонального самоврядування, фондів медичного страхування, благодійних фондів та будь-яких інших джерел, не заборонених законодавством. Норма про джерела фінансування охорони здоров'я виконується на сьогодні, проте неналежним чином, оскільки заклади охорони здоров'я отримують недостатньо коштів, відповідно, це відбивається і на якості надаваної медичної допомоги. в зазначеному законі закріплено положення про контроль, в тому числі, і громадський контроль. Також нормативно не закріплено наслідків здійснення такого контролю. Відповідно, норми законодавства не дотримуються належним чином, умови та розмір фінансування не контролюється з боку громадян, а це, в свою чергу, призводить до неякісного надання медичної допомоги.

Розташування фінансових ресурсів проводиться у відповідних фондах, які можуть виступати критерієм виділення окремих ланок фінансової системи. Окремою ланкою фінансової системи України виступають фонди соціального страхування, як такі, які отримують, розподіляють та витрачають фінансові ресурси. У процесі своєї діяльності фонди вступають у взаємовідносини з іншими суб'єктами господарювання, з фізичними особами та з іншими ланками фінансової системи. В перспективі Україна планує запровадити систему соціального медичного страхування, учасниками якої виступатимуть МОЗ України, місцеві державні адміністрації, органи місцевого самоврядування, страховий медичний фонд, надавачі медичної допомоги, страховальники та застраховані.

Сьогодні урядом не обрано політику щодо реформування системи охорони здоров'я, не прийнято Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне медичне страхування». Питанням запровадження такого виду соціального страхування займаються науковці. А оскільки сьогодні не створено соціальний медичний фонд, то відповідно Статуту щодо засад його діяльності також не прийнято. Проте, ми вважаємо, що не варто, при запровадженні п'ятого виду соціального страхування, іти за аналогією з уже запровадженими і функціонуючими фондами соціального страхування. Необхідно іти таким чином, щоб держава була максимально неактивним учасником відносин, громадяни, роботодавці та страховий медичний фонд були наділені повноваженнями стосовно встановлення розміру внесків у медичний фонд, порядку та умов розподілу коштів між закладами охорони здоров'я та порядку виплати страхових коштів закладам медичної допомоги.

Отже, у зв'язку із необхідністю запровадження загальнообов'язкового державного соціального медичного страхування виникає потреба у нормативному закріпленні основних положень участі громадськості, закладів охорони здоров'я та медичного фонду за рухом коштів з усіх джерел фінансування системи охорони здоров'я, в яку входить і система медичного соціального страхування.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ЗАХОДІВ ВПЛИВУ ЗА ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Ільницький О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У зв'язку із розвитком та становленням фінансового права як самостійної галузі, дослідники намагалися створити та обґрунтувати її завершену типову автономну структуру у системі права традиційного континентального праворозуміння, одним із елементів якої вважається самостійний вид юридичної відповідальності. Окрім теоретичних передумов, вказане прагнення мало очевидне практичне значення – об'єднання карального (штрафного) та компенсаційно-відновлювального (фіскального) характеру впливу при застосуванні санкцій у фінансово-правовій сфері, що не могло бути досягнуто в межах застосування стягнень одного виду юридичної відповідальності з існуючих. Новий етап розвитку вказана проблематика отримала після нормативного оформлення існування фінансово-правової відповідальності у правовій системі України із прийняттям 02.12.2010 р. Податкового кодексу України (пп. 111.1.1. п. 111.1. ст. 111).

Активізація цього напрямку наукових досліджень зумовила до появи численних теорій, які б впевнено дозволяли констатувати самостійне значення та характеристику фінансово-правової відповідальності поруч із суміжними правовими утвореннями. Одним із варіантів такого розвитку подій стало віднесення визначених у Бюджетному кодексі України від 08.07.2010 р. (ст. 117) заходів впливу за порушення бюджетного законодавства до очевидних свідчень існування фінансово-правової відповідальності. Наскільки ж справедливе таке твердження – спробуємо з'ясувати в межах цього дослідження.

Узагальнюючи висловлені у спеціальній літературі думки, перелічені заходи впливу за порушення бюджетного законодавства відносять до різновидів санкцій фінансово-правової відповідальності з огляду на наступні риси: по-перше, зазначені санкції застосовуються тільки за здійснене бюджетне правопорушення; по-друге, вони встановлюються державою у фінансово-правових нормах, які є охоронними і містять фінансово-правові санкції; по-третє, вони застосовуються до правопорушника суб'єктами, яким надане це право БК України; по-четверте, вони мають взаємозв'язок із заподіянням правопорушнику визначених негативних наслідків, тобто тягнуть для порушника приписів БК України визначені негативні наслідки: позбавлення матеріального (грошового) характеру; по-п'яте, вони реалізуються в процесуальній формі, що передбачена БК України.

Однак, детальне дослідження цих ознак не дає підстави однозначно стверджувати про природу заходів впливу, перелічених у ст. 117 БК України, саме як заходів юридичної відповідальності. Найістотніший аргумент у вказаному переліку, на наш думку, полягає саме у взаємозв'язку між вчиненим бюджетним правопорушенням та застосуванням заходів впливу (ч. 1 ст. 117 БК України прямо визначає, за які з порушень бюджетного законодавства, перелічених у ст. 116 БК України до учасників бюджетного процесу які заходи впливу визначені у ст. 117 БК України можуть застосовуватися), що створює алгоритм фактичної та нормативної підстави юридичної відповідальності. Однак така схожість носить лише поверхневий зовнішній характер.

Взаємозв'язок між правопорушенням та стягненням в механізмі відповідальності побудований з урахуванням основних принципів юридичної відповідальності, визначених на найвищому законодавчому рівні – невідворотній та індивідуальній характер відповідальності за конкретне вчинене правопорушення, недопустимість подвійного покарання за вчинене правопорушення в межах одного виду юридичної відповідальності (ст. 61 Конституції України).

Дослідження ж змісту ст. 116 та 117 БК України не дає можливості прийти до таких висновків. Існують правопорушення, за які жоден із перелічених заходів впливу не застосовується. Водночас, за інші – нерівнозначні за ступенем своєї шкідливості для суспільства та небезпекою наслідків – можуть застосовуватися декілька заходів стягнення, а за змістом

нормативних приписів, навіть слід припускати, що такі заходи *застосовуються* одночасно. П. 40 ст. 116 БК України називає «інші випадки порушень бюджетного законодавства учасниками бюджетного процесу», а ст. 117 БК України у кореспондуючих нормах передбачає заходи впливу за ці неназвані правопорушення, що аж ніяк не можна вважати допустимим для співвідношення між порушенням та заходами відповідальності за нього.

В цьому випадку можна заперечити, що мовляв український законодавець через хиби із нормотворчою технікою у зв'язку із власним незнанням, недбалістю чи усвідомленим бажанням відійшов від принципів регулювання та закріплення відносин юридичної відповідальності, а тому, слід належним чином підходити до аналізу сутності правового інституту, а не його зовнішнього виразу, які, на жаль, в українській правовій системі не завжди співпадають.

Тоді, звернемося до аналізу і решти ознак. Всі вони у своїй сукупності (нормативна процесуальна форма, правоохоронний характер, примусовий обмежувальний вплив на правопорушника) є визначальними щодо характеристики реалізації одного з методів діяльності держави та інших публічних утворень у сфері здійснення публічного управління – державного примусу. Звичайно, що відповідальність є одним з видів державного примусу, водночас, її слід відмежовувати від інших форм його реалізації – заходів запобігання та припинення, що в тому числі, можуть виражатися у відповідних правових санкціях. Розглядаючи ж санкції відповідальності та інших видів примусу слід звернути увагу, що якщо перші відповідають за чітко виражений каральний характер впливу на правопорушника через сферу його інтересів при застосуванні державного примусу, то інші його заходи спрямовуються на запобігання, припинення правопорушення або ж ліквідацію його наслідків (це відзначено, у тому числі, на нормативному рівні у ст. 238 Господарського кодексу України «Застосування адміністративно-господарських санкцій до суб'єктів господарювання»).

Досліджуючи перелічені у ст. 117 БК України заходи впливу за порушення бюджетного законодавства та порядок їхнього застосування, слід звернути увагу, що більшість з них не мають пріоритетного карального призначення – попередження (п. 1), зупинення операцій з бюджетними коштами (п. 2), призупинення бюджетних асигнувань (п. 3), зупинення дії рішення про місцевий бюджет (п. 6) є лише тимчасовими заходами оперативного впливу на поведінку учасників бюджетного процесу, спрямовані на те, щоб вказати на вчинене правопорушення, усунути можливості щодо продовження протиправної діяльності та завдання істотнішої шкоди охоронюваним правовідносинам до виправлення ситуації. Водночас, навіть, зменшення бюджетних асигнувань (п. 4), повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету (п. 5) чи безспірне вилучення коштів із місцевого бюджету (п. 7) є лише видами методів управління державою *належними їй же* бюджетними коштами у разі, якщо розпорядниками чи одержувачами вони використовуються всупереч наданим, через наділення бюджетними асигнуваннями, повноваженням, а отже, всупереч закріпленому за ними правовому режиму, що охоплює цільове призначення, порядок використання тощо. Звичайно, що такі форми впливу на поведінку носять негативний характер для суб'єктів їхнього застосування, однак це є характерним та властивим для природи будь-яких примусових заходів публічного управління, в тому числі, і у фінансовій сфері. Водночас, з огляду на вказане, а також порядок застосування вказаних заходів, слід однозначно підтримати обґрунтовану проф. В.Д. Чернадчуком теорію оперативно-бюджетних санкцій, розглядаючи їх як елемент методу державного примусу, відмінного від відповідальності, у системі публічного управління сферою бюджетних відносин. До речі, підтвердження висловленої теорії знаходимо у ґрунтовному дисертаційному докторському дослідженні М.Б. Розгільдієвої «Теорія фінансово-правового примусу та сфери його застосування» (Саратов, 2011 р.), що свідчить про перспективи її розвитку та імплементації у правозастосування.

Які ж наслідки має впровадження цієї теорії на практиці ?

З одного боку, її застосування тягне втрату «останнього аргументу» (недопустимість кратного застосування заходів відповідальності за одне правопорушення) у боротьбі із надмірним багаторазовим застосуванням, аж до відвертих зловживань, фінансовими органами своїми повноваженнями щодо накладення заходів впливу за порушення бюджетного законодавства. Прописані сьогодні прямі процедурні норми є надзвичайно загальними і єдиною нормативною пересторогою у ч. 3 ст. 118 БК України є заборона на застосування заходів

впливу за порушення бюджетного законодавства за раніше виявлені і усунені порушення бюджетного законодавства та обмеження часу їхнього застосування межами одного бюджетного періоду. Більше того, деталізовані у відповідних постановках Кабінету Міністрів України (№ 21 від 19.01.2011 р., № 255 від 17.03.2011 р. тощо) порядки застосування заходів впливу утверджують у думці, що всупереч встановленій та закріпленій у Бюджетному кодексі правовій природі, вказані санкції можуть та повинні застосовуватися за логікою Уряду без відповідної кінцевої мети та з невизначеним призначенням. Очевидним прикладом цього висновку є порядок, за яким зупинення операцій або ж зменшення асигнувань може відбуватися не лише за програмою чи класифікацією, за якою виявлено порушення, але й, при відсутності коштів на відповідному рахунку чи бюджетних асигнувань у поточному бюджетному періоді, за будь-якою іншою, що на практиці зустрічається доволі часто, оскільки такі заходи застосовуються за порушення, які вчинені один або декілька бюджетних періодів тому. А п. 14 Порядку зупинення операцій з бюджетними коштами, затверджений постановою Кабінету Міністрів України № 21 від 19.01.2011 р. прямо передбачив, що відновлення операцій з бюджетними коштами не позбавляє уповноважені органи права повторного застосування такого заходу впливу за порушення вимог бюджетного законодавства до тих же розпорядників та/або одержувачів у разі неусунення або вчинення зазначених порушень у подальшому.

У цьому випадку постає питання доцільності, обґрунтованості та результативності застосування вказаних заходів державного примусу. Їхнє застосування не повинно перетворюватися у самоціль, а, на підставі загальних принципів, повинно мати своїм невід'ємним наслідком припинення правопорушення або ж сприяння усуненню його наслідків. В разі, якщо з об'єктивних причин досягти цього за один період застосування заходів впливу не вдається, керовані загальним призначенням та метою, вказані заходи можуть застосовуватися повторно. Лише дотримання цих умов може виправдовувати застосування, в тому числі багаторазове, заходів впливу за порушення бюджетного законодавства.

Вказаний висновок на практиці продемонстровано в Ухвалі Вищого адміністративного суду України від 06.10.2011 р. у справі про перевірку законності чотирьохразового застосування органами Державної контрольно-ревізійної служби України зупинення операцій з бюджетними коштами за одне й те ж бюджетне правопорушення.

З матеріалів справи вбачається, що до позивача чотириразово застосовувались зупинення операцій з бюджетними коштами не як самостійна санкція, а як елемент процедури зменшення бюджетних асигнувань. За правилами п. 11 відповідного порядку, що діяв на той час, якщо протягом 30 днів після прийняття рішення про зупинення операцій з бюджетними коштами не прийнято рішення про зменшення бюджетних асигнувань, контролюючим органом в установленому законодавством порядку може бути прийнято рішення про повторне зупинення операцій з бюджетними коштами. Таким чином, КРУ мало формальне право неодноразово застосовувати один і той самий захід за одне і те ж порушення бюджетної дисципліни.

В той же час, колегія суддів зазначила, що в будь-якому разі рішення контролюючого органу повинно відповідати вимогам, встановленим ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України. А тому оскаржуване розпорядження визнано протиправним, оскільки воно хоч формально і прийняте на підставі та у межах повноважень, що передбачені законодавством, проте не відповідає вищепереліченим вимогам, які ставляться до рішення суб'єкту владних повноважень. З огляду на те, що судами встановлено, що *при попередніх аналогічних розпорядженнях відповідачем не вжито усіх необхідних заходів в процедурі зменшення бюджетних асигнувань, тобто кінцева мета, задля якої і застосовувались такі заходи, не досягнута*, в тому числі з вини КРУ, *то прийняття оскаржуваного розпорядження через два роки після виявлення відповідного порушення розцінено як неправомірне* (підкреслення – авт.).

Вважаємо, що зроблений вищою судовою інстанцією висновок повинен стати одним із наріжних каменів та спрямовуючим вектором у правозастосуванні заходів впливу за порушення бюджетного законодавства як форми державного примусу у бюджетно-правових відносинах.

ПОНЯТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Kim X.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Поняття адміністративного процесу формувалося та обговорювалося в юридичній літературі протягом багатьох років. Пропонувалися різні підходи до його розуміння. Від того, яку концепцію адміністративного процесу відстоювали науковці, залежав і подальший розгляд структурних елементів адміністративного процесу, зокрема провадження та його місце і значення у системі адміністративного процесу.

З прийняттям Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) на законодавчому рівні було закріплено поняття адміністративного процесу. Відповідно до КАС України адміністративний процес – це правовідносини, що складаються під час здійснення адміністративного судочинства. Проте надалі залишилося неоднозначним розуміння поняття «провадження» в адміністративному процесі. Враховуючи те, що у КАС України термін «провадження» вживається, він потребує детального аналізу.

Поняттю «провадження», приділяли значну увагу такі вчені як М. Я. Масленников, Н. Г. Саліщева, В. М. Горшенев, В. О. Лучін, А. П. Шергін, С. Г. Стеценко, А. І. Миколенко, В. Б. Авер'янов, А. В. Баб'як, О. М. Бандурка, М. М. Тищенко та інші.

Структуру адміністративного процесу, як різновиду юридичного процесу, утворюють окремі провадження, кожне з яких становить певну єдність послідовно здійснюваних дій і процедур, спрямованих на розгляд і вирішення індивідуально-конкретних справ, які мають назву адміністративних проваджень. Впорядкованість певних процесуальних дій у просторі та часі, їх послідовне здійснення властиве кожному з адміністративних проваджень і гарантує остаточне вирішення тієї чи іншої адміністративної справи.

Ще радянські вчені стверджували, що адміністративно-процесуальне право складається із визначеної сукупності проваджень. Розкриваючи зміст поняття «провадження» у юридичному процесі В. М. Горшенев зазначав, що воно представляє собою комплекс взаємопов'язаних, взаємообумовлених процесуальних дій, які: а) створюють визначену сукупність процесуальних правовідносин, які відрізняються предметною характеристикою і зв'язком із відповідними матеріальними правовідносинами; б) викликають потребу встановлення, доказування а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних юридичної справи, яка розглядається; в) обумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих процесуальних результатів у відповідних актах-документах.

Переважна більшість представників, як радянської так і сучасної науки адміністративного права вважали, що поняття «процес» і «провадження» співвідносяться як загальне і часткове. Провадження є частиною процесу, а процес відповідно є сукупністю проваджень.

Науковці зауважують, що виокремлення проваджень у рамках адміністративного процесу зумовлено низкою факторів. Насамперед, кожне провадження має свою мету і коло завдань, які розв'язуються для досягнення цієї мети, та регламентується адміністративно-процесуальними строками.

Аналізуючи положення КАС України можна виділити наступні провадження у адміністративному процесі: провадження у суді першої інстанції, провадження у суді апеляційної інстанції, провадження у суді касаційної інстанції та провадження за нововиявленими обставинами.

У провадженні в суді першої інстанції виділяється така стадія як підготовче провадження. Вживання поняття «підготовче провадження» у КАС України призвело до плутанини у термінах. Ще Н. Г. Саліщева у своїй праці зазначала, що внаслідок ігнорування методологічної основи співвідношення таких правових явищ, як «процес – провадження» - «провадження – частина процесу», можливе виділення у структурі провадження самостійного провадження.

Така ситуація мала місце і при прийнятті Цивільно-процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). У цивільному процесі стадія провадження у суді першої інстанції була

названа «Провадження у справі до судового розгляду». Проте після дискусій і обговорень між процесуалістами щодо назви цієї стадії, були внесені зміни у ЦПК України. На даний час у ЦПК України стадія провадження у суді першої інстанції називається «Підготовка цивільних справ до судового розгляду», як така, що більш точно, на думку процесуалістів, відображає характер та зміст процесуальної діяльності, яка нею регламентується.

Варто наголосити на тому, що у КАС України поряд із поняттям «підготовче провадження» також вживається поняття «підготовка справи до судового розгляду». На нашу думку підготовка справи до судового розгляду є першим етапом підготовчого провадження, як стадії адміністративного процесу. Оскільки підготовка справи до судового розгляду, відповідно до положень КАС України, не має самостійної мети та завдань, тому її не можна ототожнювати із самостійною стадією адміністративного процесу. Підготовка справи до судового розгляду є одним із етапів підготовчого провадження, як стадії адміністративного процесу на який припадає основний тягар роботи із з'ясування всіх обставин справи та вжиття заходів, які мають сприяти всебічному, об'єктивному розгляду і вирішенню справи по суті.

Проте, на нашу думку, вживання у КАС України терміну «підготовче провадження» не впливає на суть та зміст процесуальної діяльності, яка здійснюється у рамках цієї стадії. Також хочемо наголосити на тому, що стадія підготовчого провадження в адміністративному процесі включає в себе крім етапу підготовки справи до судового розгляду ще етап проведення попереднього судового засідання, а отже є набагато ширшим поняттям ніж підготовка справи до судового розгляду.

Виходячи з позицій науковців та з аналізу положень КАС України, вважаємо, що провадженням в адміністративному процесі – це сукупність дій, які здійснюються певним колом суб'єктів, у певних часових рамках та спрямовані на досягнення завдань, мети, які перед ними ставляться в межах адміністративного процесу для вирішення публічно-правового спору.

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

Коцовська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Адміністративно-правова охорона прав споживачів – це результативний, нормативно-організаційний правовий вплив на права споживачів, який має попереджувальний, превентивний характер, реалізується суб'єктами адміністративного права, зокрема, органами публічної адміністрації, метою якого є підтримання існуючого стану прав споживачів і оберігання цих прав від можливих протиправних посягань.

Адміністративно-правова охорона прав споживачів здійснюється за допомогою специфічних правових засобів – адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів. Для встановлення змісту цього поняття, необхідно, насамперед, детально з'ясувати загальнотеоретичне поняття «правових засобів».

У науковій літературі досить детально досліджувалося поняття «правових засобів», зокрема, такими вченими, як С. Алексєєв, В. Гойман, С. Комаров, А. Малько, А. Левченков, Б. Мінц, В. Сапун, К. Волинка, Н. Вітрук.

Найбільш суттєвим предметом дискусії щодо згаданого поняття є визначення кола тих явищ правової дійсності, які саме можуть бути «правовими засобами». Одна група вчених визнає, що «правовими засобами» можуть бути лише субстанційні явища правової дійсності (явища, які становлять «суть» права, інституційні правові явища, які в літературі називаються також «інструментами права»), а реальне здійснення цих явищ є нічим іншим як реалізацією таких правових засобів. Інша група науковців до числа правових засобів відносить як субстанційні (інституційні) правові явища, так і дієві явища правової дійсності, тобто саме реальне здійснення інституційних правових явищ.

Як видається, більш слушною є друга наведена позиція. Тобто, до числа правових засобів повинні бути віднесені як такі правові явища, що виражають «суть» права (субстанційні, інституційні), так і ті, які становлять собою реалізацію попередніх (дієві правові явища). Реалізація правових явищ є невід'ємною частиною механізму правового регулювання, тим елементом, який з'єднує світ ідеальних інструментів права з реальним життям. В той час, як субстанційні правові засоби перебувають у сфері належного та є сталими, тобто залишаються незмінними, становлять собою «ідеал», «мірило», «інструмент» досягнення поставленої цілі, то дієві правові засоби призначені для реального використання субстанційних засобів, здійснюються відповідними суб'єктами для досягнення конкретної мети.

Можна виділити такі основні ознаки правових засобів: це явища правової дійсності; які розглядаються у функціональному аспекті; які відображаються в інструментах (постановах) та діях (технології); становлять собою систему; можуть використовуватися суб'єктами права; наділені юридичною силою та забезпечуються державою; головною функцією яких є задоволення інтересів суб'єктів права, вирішення покладених на них завдань, досягнення визначених цілей; використання яких приводить до настання юридичних наслідків.

Таким чином, правові засоби можемо визначити як систему субстанційних та дієвих правових явищ, які відображаються відповідно в інструментах (постановах) та діях (технології), мають юридичну силу та забезпечуються державою, використовуються суб'єктами права з метою задоволення їхніх інтересів, вирішення покладених на них завдань і досягнення визначених цілей та приводять до настання юридичних наслідків.

Правові засоби можна поділити за рядом критеріїв. Одним з основних таких поділів, вважаємо, є класифікація таких засобів залежно від тієї функції права, яка ними реалізується. Отже, правові засоби можна поділити на правові засоби реалізації права, охорони права та захисту права.

Предметом нашого дослідження є правові засоби охорони прав. Відповідно до визначення охорони прав як здійснюваного за допомогою специфічних правових засобів результа-

тивного, нормативно-організаційного правового впливу на права, який має попереджувальний, превентивний характер і метою якого є підтримання існуючого правового порядку і ригання цих прав від можливих протиправних посягань, в тому числі порушень, обмежень і ін., можна подати наступне визначення правових засобів охорони прав: це система субстанційних та дієвих правових явищ, які відображаються відповідно в інструментах (постановах) та діях (технології), мають юридичну силу та забезпечуються державою, за допомогою використання яких здійснюється результативний, нормативно-організаційний правовий вплив на права, який має попереджувальний, превентивний характер і метою якого є підтримання існуючого правового порядку і оберігання цих прав від можливих протиправних посягань, в тому числі порушень, обмежень і ін.

Предметом нашого дослідження є адміністративно-правові засоби. Особливість цих правових засобів обумовлюється специфічними предметом та методом правового регулювання адміністративного права, а також специфічним колом суб'єктів, уповноважених на застосування таких правових засобів.

Таким чином, адміністративно-правові засоби – це система правових засобів, за допомогою яких реалізуються загальні та галузеві способи, притаманні методу правового регулювання адміністративного права, які використовуються суб'єктами адміністративного права з метою регулювання суспільних відносин, що формуються під час забезпечення органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування реалізації, охорони та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, а також у процесі державного і самоврядного управління в економічній, соціально-гуманітарній та адміністративно-політичній сферах.

Засобами адміністративно-правової охорони прав споживачів, відповідно, можемо вважати систему правових засобів, за допомогою яких реалізуються загальні та галузеві способи, притаманні методу правового регулювання адміністративного права, які використовуються суб'єктами відносин адміністративно-правової охорони прав споживачів.

Зважаючи на специфіку адміністративного права як галузі права, а саме на присутність у адміністративно-правових відносинах суб'єктів з різним статусом, пропонуємо поділити засоби адміністративно-правової охорони прав споживачів на дві групи:

- засоби адміністративно-правової охорони прав споживачів, які застосовуються суб'єктами відносин адміністративно-правової охорони прав споживачів, наділеними владними повноваженнями;
- засоби адміністративно-правової охорони прав споживачів, які застосовуються суб'єктами відносин адміністративно-правової охорони прав споживачів, не наділеними владними повноваженнями.

Так, суб'єктами відносин адміністративно-правової охорони прав споживачів, наділеніми владними повноваженнями, як вже було визначено у попередніх розділах, визнаються органи публічної адміністрації, а зокрема Кабінет Міністрів України, Міністерство економічного розвитку та торгівлі України, Державна інспекція України з питань захисту прав споживачів, Міністерство інфраструктури України, Державне агентство України з туризму та курортів, Міністерство аграрної політики та продовольства України, Державна ветеринарна та фітосанітарна служба України, Державне агентство рибного господарства України, Міністерство охорони здоров'я України, Державна служба України з лікарських засобів, Державна санітарно-епідеміологічна служба України, Антимонопольний комітет України, Державний комітет телебачення і радіомовлення України, місцеві державні адміністрації, органи місцевого самоврядування.

Ці, як і всі інші органи публічної адміністрації здійснюють певну діяльність, в ході якої реалізують свої повноваження у адміністративно-правових відносинах і яка виражається у відповідних правових засобах, зокрема, засобах адміністративно-правової охорони прав споживачів.

До числа суб'єктів, не наділених владними повноваженнями у відносинах адміністративно-правової охорони прав споживачів, можемо віднести самих споживачів, ким, на нашу думку можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, а також об'єднання споживачів.

РЕФОРМУВАННЯ КОНКУРСНИХ ПРОЦЕДУР НАДАННЯ ПІДТРИМКИ ГРОМАДСЬКИМ ОРГАНІЗАЦІЯМ: ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Коцюруба О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Аналізуючи законодавство у сфері взаємозв'язків держави та громадських організацій, в тому числі щодо надання публічного фінансування у європейських країнах, можемо виділити чотири основні моделі. Ліберальна (Велика Британія, Ірландія), корпоративна (континентальна), соціально-демократична (скандинавська), модель становлення (країни Східної Європи, Італія, Іспанія, Португалія, Греція). Ліберальна та континентальна модель характеризується більшою інституціоналізацією громадського сектору, більшою незалежністю наділені представники ліберальної та соціально-демократичної моделі. Ліберальна модель характеризується значним непрямим фінансуванням у різноманітних формах, проте рівень прямого публічного фінансування середній, через велику кількість ефективних громадських об'єднань та значну конкуренцію між ними (публічне фінансування на рівні 35-55 % від загального обсягу фінансування). Кошти виділяються зазвичай на конкурсній основі, організаціям, які запропонували шляхи найефективнішого використання бюджетних коштів. У корпоративній (континентальній) моделі громадські організації безпосередньо залучаються до діяльності держави в сфері надання послуг, рівень публічного фінансування дуже високий (60-70% від загального обсягу фінансування). Порядок надання прямого фінансування врегульований на законодавчому рівні. В соціально-демократичній (скандинавській) моделі державні органи самостійно забезпечують добробут населення та надають громадянам послуги, громадські організації лише залучаються у випадку наявності певних прогалин у цій сфері, тому рівень прямого та опосередкованого публічного фінансування є доволі низьким (20-30% від загального обсягу фінансування). У країнах моделі становлення лише впроваджуються загальноєвропейські механізми надання державою послуг, держава тісно співпрацює як з громадськими організаціями, так і з релігійними (церковними організаціями), проте публічне фінансування є низьким через брак коштів (біля 20%).

Одним з напрямків бюджетного фінансування громадських організацій в Україні є кошти отримані внаслідок конкурсу проєктів - розподіл державних коштів на конкурсних засадах відповідно до визначених пріоритетів. Впровадження такого фінансування передбачено Стратегією державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та першочергові заходи щодо її реалізації, що затверджена Указом Президента № 212/2012 від 24 березня 2012 року.

Система проведення конкурсів достатньо нова для України, але сьогодні вже декілька державних програм мають конкурсні основи для визначення переможців фінансової підтримки.

Нерідко попри декларації соціального партнерства в Україні приймаються рішення, що фактично обмежують участь громадських організацій у бюджетному фінансуванні. Прикладом може стати Постанова Кабінету Міністрів № 548 від 28.03.2007 року «Про затвердження Порядку використання у 2007 році коштів, передбачених у державному бюджеті для здійснення заходів щодо реалізації державної політики з питань молоді, жінок та сім'ї». Відповідно до даного рішення заборонялося використання бюджетних коштів на виконання програм (заходів) громадських організацій, в тому числі заходів, ініціаторами або посередниками у виконанні яких є громадські організації. У 2012 році кошти в межах даної програми розподіляються вже згідно з Порядком використання коштів, передбачених у державному бюджеті для здійснення заходів державної політики з питань молоді та державної підтримки молодіжних та дитячих громадських організацій, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 22 лютого 2012 року № 116.

Законодавче регулювання бюджетного фінансування проектів і програм громадських організацій в Україні фактично залишається незмінним з 90-х років. На сьогоднішній день таке фінансування здійснюється фрагментарно і розсіяне між різними органами влади і міністерствами, характеризується відсутністю загальних критеріїв та стратегічного підходу. Першим актом, покликаним систематизувати порядок надання бюджетних коштів громадським організаціям стала прийнята 12 жовтня 2011 р. Постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку проведення конкурсу з визначення програм (проектів, заходів), розроблених громадськими організаціями та творчими спілками, для виконання (реалізації) яких надається фінансова підтримка”. Постанова містить ряд прогресивних і необхідних положень (визначено порядок подання конкурсної документації; вичерпний перелік документів, що може подаватися; мінімальний строк реєстрації організації, яка претендує на фінансову підтримку (2 роки); вимог до складу конкурсної комісії). Поряд з тим вказаний нормативний акт фактично не дає відповіді на питання: який правовий статус громадської організації переможця конкурсу на надання фінансової підтримки; чи включаються громадські організації до суб'єктів бюджетних правовідносин під час виконання ними програм (проектів, заходів) за рахунок коштів державного бюджету?

Аналізуючи текст постанови, робимо висновок, що громадські організації – переможці конкурсів не зобов'язані відкривати окремі рахунки в установах державної казначейської служби, вони не включаються до мережі розпорядника бюджетних коштів, використання ними коштів контролюється лише через організатора конкурсу. З наведеного робимо висновок, що фактично таким громадським організаціям не надається статус одержувача бюджетних коштів. Така правова невизначеність з одного боку позбавляє громадські організації гарантій, наданих бюджетним законодавством для одержувачам коштів, з іншого боку призводить до відсутності належного контролю за виконанням бюджетного законодавства.

При цьому важливо, що термінологія, що використовується в зазначеній Постанові не узгоджується з усталеною термінологією бюджетного законодавства, хоча прямо стосується порядку використання коштів державного бюджету. Так, поряд з терміном «організатор конкурсу» слід було б вживати в дужках (головний розпорядник бюджетних коштів чи розпорядник бюджетних коштів). На даний час Постанова не дає відповіді на питання: чи організатором конкурсу може бути розпорядник нижчого рівня, який обсяг фінансової підтримки може бути надано окремій громадській організації? В результаті, на практиці, виникатимуть ситуації, коли обсяг коштів, що надається конкретній громадській організації може перевищувати обсяг коштів на бюджетну установу чи одержувача бюджетних коштів, що входить до мережі даного розпорядника, при чому кошти витратяться поза казначейським рахунком і без відповідного плану використання бюджетних коштів, необхідних для одержувача бюджетних коштів.

Таким чином при прийнятті даної Постанови фактично поставлено віз поперед коня. Необхідно визначити на рівні закону правовий статус громадської організації, що фінансується з бюджету, передбачити, види діяльності громадських організацій, втрати на здійснення яких можуть покриватися за рахунок бюджетних коштів, встановити види фінансування за рахунок публічних коштів, а лише після цього врегулювати порядок реалізації одного з цих видів, а саме надання фінансової підтримки на реалізацію.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З ВИБОРАМИ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ

Криса Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до п.6 ч.2 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом.

Аналіз положень КАС України дає змогу виділити ряд особливостей розгляду виборчих спорів у порівнянні із загальним порядком провадження в адміністративних справах, що передбачені в КАС України. Характерними особливостями адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом є:

1. Сфера виникнення публічно-правового спору.

Чинне законодавство вказує на те, що предметом судового розгляду за правилами ст. 172-179 КАС України може бути лише той публічно-правовий спір, який виник в ході *виборчого процесу* і пов'язаний з порушенням виборчого законодавства суб'єктами, які відповідно до законодавства можуть нести відповідальність за це порушення. Аналіз судової практики за результатами розгляду спорів, які виникали в ході виборчого процесу 2012 р. свідчить, що суди не брали до уваги відомостей стосовно конкретної фізичної особи, зібраних поза межами виборчого процесу, навіть якщо такі відомості і були використані в межах виборчого процесу стосовно фізичної особи, яка набула статусу кандидата в депутати.

2. Особи які беруть участь в справі.

В адміністративних справах, визначених ст.ст.172-175 КАС України, позивачами є: виборець, виборча комісія, партія, що висунула кандидата у депутати, кандидат у депутати, зареєстрований у встановленому законом порядку, офіційний спостерігач від партії, яка висунула кандидатів у депутати у загальнодержавному окрузі, від кандидата у депутати в одномандатному окрузі, від громадської організації, який зареєстрований у встановленому законом порядку. Важливо зазначити, що до категорії позивачів слід віднести також тих осіб, які прагнуть до набуття правового статусу зазначених вище осіб.

Відповідачами у виборчому спорі можуть бути всі особи, які перешкоджають у реалізації виборчих прав суб'єктам виборчого процесу. Специфікою відповідачів у справах за розглядом виборчих спорів є те, що більшість із них не є суб'єктами владних повноважень.

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.

3. Підсудність виборчих спорів.

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 (ч.4 ст.172; ч.6 ст.176 КАС України);

2) щодо рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб - за місцезнаходженням зазначених органів (ч.3 ст.174; ч.4 ст.176 КАС України);

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, їхніх посадових та уповноважених осіб, офіційних спостерігачів від суб'єктів виборчого процесу - за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена (ч.1, 3 ст.175 КАС України).

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 (ч.5 ст.172; ч.6 ст.174 КАС України);

2) справи щодо уточнення списку виборців - за місцезнаходженням відповідної комісії (ч.2 ст.173 КАС України);

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 (ч.3 ст.174; ч.5 ст.176 КАС України);

4. Процесуальні строки.

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 пізніше 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.

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.

5. Порядок сплати судового збору.

У справах про оскарження рішення, дії чи бездіяльності виборчої комісії або члена виборчої комісії суд приймає до розгляду позовну заяву незалежно від сплати судового збору, а позовна заява про уточнення списку виборців взагалі подається без сплати такого збору. У інших випадках до позовної заяви має бути доданий документ про сплату судового збору.

6. Постановлення судових рішень.

Так, суд, установивши порушення законодавства про вибори, визначає у рішенні спосіб захисту порушених прав та інтересів, а також порядок усунення усіх наслідків цих порушень

відповідно до закону або приймає інше передбачене законом рішення. У разі виявлення порушень, що можуть бути підставою для притягнення до іншої відповідальності, суд постановляє окрему ухвалу з повідомленням про наявність таких порушень і надсилає її до органів чи осіб, уповноважених вжити у зв'язку з цим заходи, установлені законом.

Копії судових рішень невідкладно видаються особам, які брали участь у справі, або надсилаються їм, якщо вони не були присутні під час його проголошення.

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 пізніше як за чотири години до початку голосування.

7. Оскарження судових рішень.

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).

ПОРЯДОК ОПОДАТКУВАННЯ ТОВАРІВ, ЯКІ ПЕРЕМІЩУЮТЬСЯ ЧЕРЕЗ МИТНИЙ КОРДОН ГРОМАДЯНАМИ

Мостовий А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проведення кодифікації митного законодавства в Україні торкнулось і питання митного оформлення та оподаткування товарів, що переміщуються громадянами. Варто згадати, що предметом митного права є, зокрема, окремі групи відносин, пов'язаних з переміщенням через митний кордон товарів громадянами та підприємствами.

У новій редакції Митного кодексу України від 2012 року (далі – Митний кодекс 2012 року) вказується правило, про необхідність письмового декларування та оподаткування митом товарів, митна вартість яких перевищує еквівалент 100 євро, що ввозяться на митну територію України або вивозяться за межі митної території України підприємствами. У випадку переміщення громадянами-підприємцями через митний кордон України товарів, пов'язаних зі здійсненням ними підприємницької діяльності, митне оформлення здійснюється в порядку, встановленому для підприємств.

Аналіз положень митного законодавства вказує про наявність суперечливих понять. У Митному кодексі 2012 року присутнє поняття «громадяни-підприємці». В даному випадку варто привести у відповідність положення Митного кодексу 2012р. з нормами Господарського кодексу України, Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» та з нормами Податкового кодексу України. У Податковому кодексі містяться норми, які регулюють на рівні з Митним кодексом правовідносини, пов'язані із справлянням митних платежів і відмінності в тлумаченні окремих понять можуть призвести до конфліктних ситуацій. Згідно з нормою п. 38 ч.1 ст.4 Митного кодексу 2012р. громадяни-підприємці отожднюються з поняттям підприємство в розумінні митного законодавства, при тому законодавцем не враховано, що даний термін немає свого прямого відповідника в інших галузях національного законодавства.

В розділі ХІІ Митного кодексу 2012 року передбачено норми щодо пропуску та оподаткування товарів, що переміщуються (пересилаються) через митний кордон України громадянами. Правове регулювання в даному розділі спрямоване на визначення умов та порядку пропуску та оподаткування товарів, що переміщуються (пересилаються) через митний кордон України громадянами для особистих, сімейних та інших потреб, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності.

Проблематичним питанням в даному аспекті є визначення переміщення товарів з метою здійснення підприємницької діяльності. Аналіз положень Кодексу, дає підставу стверджувати, що товари призначені для здійснення підприємницької діяльності, це товари з перевищенням встановлених норм сумарної митної вартості або сумарної ваги, та товари, які переміщуються громадянами-підприємцями.

Незважаючи на достатньо низьку граничну межу неоподаткованої вартості переміщуваних підприємствами товарів, по відношенню до громадян встановлено вищі неоподатковані норми митної вартості товарів. При тому, згідно з ч.1 ст. 368 Митного кодексу 2012 року під митною вартістю товарів, переміщуваних громадянами, розуміється фактурна вартість цих товарів, зазначена в касових або товарних чеках, ярликах, інших документах роздрібної торгівлі, які містять відомості щодо вартості таких товарів.

Встановлення обмежень щодо безмитного переміщення товарів громадянами враховують практику реалізації митних правил попередніх років. Як можемо спостерігати, законодавцем визначено норми, що з однієї сторони надають громадянам пільгові умови, а з іншої передбачають і певні обмеження.

Головні зміни торкнулись сумарної вартості товарів, переміщуваних громадянами, без обов'язку письмового декларування та без оподаткування митними платежами. У випадку вивезення товарів з митної території України, громадянам дозволяється без умови письмового

декларування та оподаткування вивозити товари, сумарна вартість яких не перевищує еквівалент 10 000 євро. У напрямі ввезення товарів, неоподаткована сумарна вартість для громадян становить еквівалент 1 000 євро для товарів у ручній поклажі та/або у супроводжуваному багажі через пункти пропуску через державний кордон України, відкриті для повітряного сполучення, або 500 євро товарів у ручній поклажі та/або у супроводжуваному багажі через інші пункти пропуску через державний кордон України. Такі правила застосовуються у разі, якщо особа, яка ввозить товари на митну територію України, в'їжджає в Україну не частіше одного разу протягом однієї доби. Як бачимо законодавець передбачив обмеження щодо безмитного ввезення товарів громадянами з метою уникнення переміщення без оподаткування партій товарів через пішохідні пункти пропуску через державний митний кордон України.

Окремий порядок переміщення товарів передбачено для товарів переміщуваних у міжнародних поштових та експрес-відправленнях. Для таких товарів передбачено нижчу норму безмитного переміщення — еквівалент 300 євро.

Перевищення даних норм митної вартості, але не вище еквіваленту 10 000 євро покладає на громадян обов'язок проведення письмового декларування товарів, і сплати мита та податку на додану вартість у розмірі 10 відсотків, від сумарної вартості таких товарів. Обчислення суми податку відбувається від митної вартості товарів, але в частині, що перевищує неоподатковані норми. Декларування в даному випадку відбувається із застосуванням митної декларації М-16, або письмової заяви за формою згідно з додатком 1 до Постанови Кабінету Міністрів України «Питання, пов'язані із застосуванням митних декларацій» від 21 травня 2012 р. N 450, а також декларацій CN 23, або CN 22, у випадку міжнародних поштових відправлень.

Перевищення норми сумарної митної вартості в 10 000 євро товарів, що пересилаються (переміщуються) на митну територію України в міжнародних поштових відправленнях, міжнародних експрес-відправленнях, у ручній поклажі, супроводжуваному та несупроводжуваному багажі, а також товари (крім підакцизних), незалежно від їх фактурної вартості, що переміщуються на митну територію України у вантажних відправленнях, підлягають декларуванню та митному оформленню з поданням митної декларації, передбаченої законодавством України для підприємств, а також дозволів (ліцензій), сертифікатів відповідності чи свідоцтв про визнання відповідності у випадках, установлених законодавством України для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, та оподатковуються ввізним митом за повними ставками Митного тарифу України і податком на додану вартість за ставкою, встановленою Податковим кодексом України.

Нові правила переміщення товарів громадянами повинні сприяти збільшенню потоку туристів через державний кордон України та покращення іміджу держави на міжнародній арені. Завдяки громадянам можливим є проведення активної пропаганди вітчизняних товарів та інтеграції українських виробників на іноземні ринки. З іншої сторони, незрозумілим залишається питання диференціації безмитного переміщення товарів на митну територію України в залежності від виду використовуваного транспорту, чому для клієнтів авіакомпаній створено більш привілейовані умови в порівнянні з пасажирами автомобільного, залізничного, морського або річкового транспорту.

ІНСПЕКЦІЙНІ ПРОВАДЖЕННЯ: ЗМІСТ ТА СТАДІЇ

Самагальська Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інспекційні провадження – це сукупність послідовно здійснюваних процедурних дій та рішень, спрямованих на проведення перевірки особи адміністративним органом, що завершуються прийняттям та виконанням адміністративного акта.

Регламентация таких проваджень частково забезпечена Законом України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007» року, і хоча він і вважається рамковим, проте він стосується виключно підприємців, містить в собі недостатнього процедурних норм, а предмет його правового регулювання є дуже обмежений.

Якісніше регулювання інспекційних проваджень міститься в спеціальному законодавстві, кожне в своїй сфері. Провадження, що здійснюються Державною податковою службою визначені Податковим кодексом від 02.12.2010 року, ті, що здійснюються Державною митною службою – Митним кодексом від 13.03.2012 року, а перевірки інспекції праці передбачені Законом України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 року.

Типовими формами побудови адміністративних проваджень є черговість стадій, правовий статус учасників, принципи, а також система санкцій.

Стадії проваджень - це сукупність процедурних дій, що хоч і розмежовані між собою (в часі здійснення, а інколи, і органами їх реалізації), проте є логічно взаємопов'язаними.

Для прикладу, проф. Андрійко О.Ф., виділяє три стадії:

1. Встановлення фактичних обставин (при цьому проводиться аналіз фактичних даних);
2. Вибір і аналіз норм (правова кваліфікація аналізу даних першої стадії провадження);
3. Вирішення справи (прийняття рішення та його документальне оформлення).

Кожна стадія інспекційного провадження як і будь-якого іншого адміністративного провадження має свої етапи та дії. Так, для прикладу, у стадії порушення провадження можна виділити етап припинення правопорушення чи проведення експертизи. Процесуальні дії є первинними складовими такого провадження.

Німецькі науковці такі, як Е.Шмідт-Ассман, виділяють чотири стадії, зокрема: відкриття процедури, підготовки рішення та стадія прийняття рішення, що є схожими до вітчизняного розуміння, та четверта стадія – оголошення такого рішення, що чітко не відповідає українському правознавству. Але проаналізувавши глибше сутність стадії оголошення рішення стає очевидним, що в процесі проходження цієї стадії, окрім фактичного оголошення рішення, мається на увазі ще й його реалізація.

Проте, незалежно від того, скільки стадій виокремлюється, розуміється та сама система процедурних дій. Збільшення-зменшення кількості стадій провадження залежить від бачення необхідності їх деталізації.

Отже, першою стадією є ініціювання провадження, під час якого адміністративний орган розглядає щодо кого здійснити перевірку і чи є для цього достатні підстави. Такими підставами є прийняття органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими або службовими особами рішень, реалізація яких потребує здійснення заходів, які стосуються прав і законних інтересів окремих фізичних або юридичних осіб (прийняття податковими органами плану-графіка перевірок) або порушення прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб або інше порушення законності чи публічних інтересів, виявлене цими органами чи посадовими особами (порушення водієм правил дорожнього руху).

Адміністративний орган на основі попередньої інформації, зібраної під час ініціювання провадження приймає рішення про відкриття чи невідкриття провадження. Очевидно, що у випадку відмови у відкритті провадження особу повідомляти не потрібно. Проте, у випадку прийняття рішення перевіряючим органом про відкриття провадження, такий орган повинен негайно скласти відповідний документ (для прикладу, рішення) та протягом трьохденного строку скерувати копію такого документу особі, щодо якої буде здійснюватися перевірка. Не-

правомірною, на нашу думку, є норма ст. 76 ПК України, яка дозволяє при камеральній перевірці податковій інспекції самостійно визначати, чи повідомляти чи не повідомляти особу, яку буде перевіряти. Це суперечить принципу рівності усіх платників перед законом, що визначений Податковим кодексом. Оскільки, на практиці виникають ситуації, що деякі підприємства податкова інспекція попереджає про проведення камеральної перевірки (офіційне письмове повідомлення про дату, час, місце та предмет перевірки) і дає можливість реалізувати ще незакріплений принцип в українському законодавстві – право бути вислуханим, а деякі – ні. Інколи підприємство дізнається про проведення такої перевірки щодо нього лише після її здійснення (коли йому скеровують акт перевірки зі встановленим правопорушенням).

Після відкриття провадження адміністративний орган має перевірити чи нема підстав для закриття провадження (для прикладу, особа, яку перевіряють реорганізовується).

Повідомлення про проведення перевірки можна розцінювати як початок підготовки справи до вирішення, оскільки з моменту отримання такого повідомлення особа може підготуватись до розгляду своєї справи (проведення перевірки) чи звернутись до представника для захисту.

Наступною стадією інспекційного провадження є розгляд справи та її вирішення. Під час здійснення цієї стадії особа, яку перевіряють повинна бути забезпеченою правом бути вислуханою. У випадку її відсутності навіть без встановленої на те причини, вважаємо, що розгляд її справи хоча б один раз повинен бути відкладений. Ми підтримуємо пункт ст.76 Проекту Адміністративного-процедурного кодексу, де передбачена письмова відмова від участі у розгляді своєї справи. Винятком з цього правила могло б стати лише прийняття позитивного (сприятливого) рішення для особи.

Важливо, щоб здійснення інспекційного провадження проходило в найкоротші строки та за можливості в зручній (узгоджений) час для особи, яку перевіряють. Це б дозволило мінімізувати втручання держави в особі органів влади, особливо в діяльність господарюючих суб'єктів, як це передбачалося в Концепції адміністративної реформи в Україні, що затверджена Указом Президента України від 22.07.1998 року.

Наступною стадією є прийняття рішення. В адміністративному акті може бути передбачена вимога про припинення або заборони діяльності за виявлені порушення правил ведення діяльності, найпоширенішим прикладом виступає підприємницька діяльність. Правові підстави для прийняття відповідних рішень визначені в нормативно-правових актах на надто загальному рівні, для прикладу це порушення вимог законодавства. Враховуючи нечіткість такого тлумачення в адміністративному органу виникає можливість для зловживання службовим становищем (застосовувати чи не застосовувати щодо особи заходи лише за власним переконанням). В свою чергу, це підстава для корупції в нашій країні.

Для того, щоб в інспектора не виникало спокуси реалізувати такі дискреційні повноваження щодо осіб, до яких вони застосовуватись не мали б, щоб інспектор не залякував особу можливістю скористатися такими повноваженнями, потрібно чітко прописати критерії (ступінь шкідливості правопорушення, його небезпеки для осіб чи суспільства в цілому) та строки застосування таких заходів.

Адміністративне оскарження виступає факультативною стадією – це право на звернення з вимогою про захист в позасудовому порядку, що має будь-яка правосуб'єктна особа, яка вважає, що адміністративним актом чи його виконанням порушено чи може бути порушено її права, свободи чи законні інтереси. Найважливіше, що можна оскаржувати не лише законність, а й доцільність прийняття такого акту.

Тимошук В.П. вважає, що ефективне адміністративне оскарження суттєво зменшує навантаження на судову владу, є оперативнішим, економічнішим і менш формалізованим для скаржника. Проте, особа не позбавляється права на судовий захист своїх порушених прав та законних інтересів.

Також варто ще раз наголосити на необхідність реального роз'яснення норм законодавства особам, щодо яких здійснюється інспекційне провадження, зокрема щодо їх прав та обов'язків, оскільки сьогодні таке інформування існує тільки формально.

Кожна стадія інспекційного провадження повинна бути достатньо формалізованою, щоб особа, яку перевіряли, за необхідності мала можливість її оскаржити, для прикладу недотри-

мання всіх процесуальних дій таких, як залучення експертів на стадії розгляду, інколи може спричинити до негативного результату для особи.

Отже, підсумовуючи вищевкладене, можна зробити висновок, що одного якісного закону, який б регулював інспекційні провадження немає. Неприйнятий навіть загальний закон, що мав би регламентувати адміністративну процедуру. Ряд проваджень врегульовані підзаконними актами, що суперечать одне одному. Тому потрібно прийняти закони «Про адміністративні послуги» та «Про порядок здійснення інспекційної діяльності», які б забезпечували законодавчу регламентацію відповідних проваджень як рамкові закони, та стали б основою для приведення у відповідність спеціального процедурного законодавства.

ЗАСОБИ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ

Ткач Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Складовими елементами правового статусу державного службовця, який відображає сутність та зміст державно-службових відносин, є обов'язки та права державного службовця, обмеження, гарантії, соціально-матеріальне забезпечення та відповідальність. Важливу роль у цьому статусі відіграють гарантії, оскільки саме вони урівноважують встановлений Законом перелік обмежень і заборон. Гарантії на державній службі - це сукупність факторів соціально-економічного, правового, організаційно-управлінського і морально-психологічного характеру, які покликані створювати сприятливі умови для ефективного виконання службових повноважень, робити державну службу більш привабливою і підвищувати авторитет професії державного службовця.

Серед державних гарантій, які підсилюють мотивацію і зміцнюють стабільність професійного кадрового складу державної служби, важливе місце займають гарантії службово-правового захисту. До них, перш за все, належить право на навчання та підвищення кваліфікації у відповідних навчальних закладах та шляхом самоосвіти; заборона при зміні керівників або складу державних органів припиняти державно-службові відносини з державним службовцем з ініціативи новопризначених керівників; право захищати свої законні права та інтереси в адміністративному (позасудовому) та судовому порядку. На останні гарантії хотілось би звернути особливу увагу.

Законодавством багатьох зарубіжних країн передбачено право державних службовців на захист у випадку неправомірного застосування адміністрацією заходів дисциплінарної відповідальності. Для прикладу, у Франції – це право звернутись зі скаргою в апеляційну комісію Вищої ради державної служби чи компетентний адміністративний трибунал. У Польщі для захисту службових прав створено дві інстанції для розгляду справ про дисциплінарні правопорушення – це дисциплінарна комісія відповідного відомства та Вища дисциплінарна комісія. На рішення останньої та Начальника цивільної служби можна подати апеляцію до суду.

В Україні дане питання недостатньо врегульовано чинним законодавством. Лише в деяких відомчих підзаконних нормативно-правових актах йдеться про право державного службовця оскаржити рішення комісії з того чи іншого питання керівникові або ж рішення самого керівника. Так, п.13 Положення про проведення атестації державних службовців передбачено, що рішення комісії може бути оскаржене державним службовцем керівникові протягом десяти днів, а п.21 цього ж положення надає право державному службовцю оскаржити рішення керівника, прийняте за результатами атестації до суду.

Право на оскарження рішень про накладення дисциплінарних стягнень на державних службовців мілітаризованої служби закріплено в Законах «Про дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України», «Про дисциплінарний статут Збройних Сил України. Так, в п.88 останнього зазначено, що військовослужбовець, який вважає, що не вчинив правопорушення, має право протягом місяця з часу накладення дисциплінарного стягнення подати скаргу старшому командирі або звернутися до суду.

Проблема забезпечення надійного механізму захисту прав державних службовців частково буде вирішена з набранням чинності з 1 січня 2013 року нового Закону України «Про державну службу». Цим Законом (ст.14) передбачено, що у випадку порушення його прав державний службовець може подати скаргу (заяву) керівнику державної служби в державному органі або їх апараті. Рішення керівника державної служби в державному органі або їх апараті може бути оскаржено протягом десяти календарних днів до спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань державної служби (Національного агентства України з питань державної служби). А рішення про застосування дисциплінарного стягнення може бути оскаржено до суду (ст.58)

Кращим вирішенням обговорюваної проблеми було б створення спеціальної комісії по розгляду скарг державних службовців. Така думка неодноразово висловлювалась науковцями. Створюваний колегіальний орган слугував би додатковою гарантією при розгляді скарг на неправомірні дії керівників державних органів та їх апарату щодо підлеглих по службі державних службовців, особливо щодо спорів про застосування дисциплінарних стягнень, оскарження результатів щорічного оцінювання діяльності державних службовців. Такий порядок оскарження сприяв би більш об'єктивному вирішенню службових конфліктів, які виникають під час проходження державної служби, а також зменшенню навантаження на адміністративні суди.

Варто зазначити, що з кожним роком державні службовці все більше користуються правом на судовий захист своїх службових прав. Звернення до адміністративного суду стосуються порушень при поступленні на державну службу (відмова у прийнятті), проходженні служби, поновлення на роботі. Предметом спору можуть бути питання щодо відмови у прийнятті на службу, умов проходження служби, питання соціального захисту службовця, звільнення зі служби та виплат у зв'язку із припиненням служби.

Практика свідчить, що найчисленнішою категорією є справи, пов'язані із звільненням громадян з державної служби. Позивачами в справах зазначеної категорії, в основному є державні службовці, звільнені з державної служби або особи, яким відмовлено в наданні попередньої роботи на державній службі після звільнення з виборної посади. Спірні питання також виникають при просуванні державного службовця по службі (кар'єрі), зокрема щодо результатів атестації.

Державні службовці можуть також реалізувати в адміністративному суді своє право на відшкодування шкоди, заподіяної протиправним рішенням, діями чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень, що передбачено ст.21 КАСУ.

ПІДСТАВИ ПРИЙНЯТТЯ ПОСТАНОВИ В АДМІНІСТРАТИВНІЙ СПРАВІ

Труш М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ст. 158 Кодексу адміністративного судочинства України, видами судового рішення в адміністративній справі є постанова та ухвала. Постанова є судовим рішенням, яким суд вирішує спір по суті, в той час як ухвалою суд зупиняє чи закриває провадження у справі, залишає позовну заяву без розгляду або приймає рішення щодо інших процесуальних дій, клопотань.

Як зазначають автори Науково-практичного коментаря Кодексу адміністративного судочинства України: «Законодавець встановив, що фінальним процесуальним документом адміністративного суду, але лише у випадку, коли спір вирішується по суті, є постанова адміністративного суду. Отже, в цьому процесуальному документі адміністративним судом першої інстанції дається остаточна відповідь про задоволення або відмову повністю чи частково спору по суті».

Для того, щоб постанова суду в адміністративній справі була законною та виконувала функцію забезпечення захисту гарантованих Конституцією України прав і свобод людини та здійснення проголошеного Основним Законом України принципу верховенства права, необхідно чітко визначити підстави її прийняття.

Згідно з ч. 1 ст. 160 Кодексу адміністративного судочинства України суд приймає постанову іменем України негайно після закінчення судового розгляду.

Стадія судового розгляду є основною частиною адміністративного судочинства. С.В. Сенік так визначає значення стадії судового розгляду: «Значення стадії судового розгляду полягає у її призначенні саме для розгляду і вирішення цивільної справи. Ця стадія цивільного судочинства має свої спеціальні завдання, чітко визначену послідовність, взаємозв'язок етапів судового розгляду. Послідовність здійснення процесуальних дій є однією з умов ухвалення законного і обґрунтованого рішення суду.»

Деякі вчені вважають, що постановлення і проголошення постанови є частиною стадії судового розгляду справи. Так, В.М. Кравчук зазначає: «Судовий розгляд справи складається з чотирьох частин: підготовчої частини, розгляду справи по суті, судових дебатів та постановлення і проголошення відповідного судового рішення (постанови або ухвали).» Однак, буквально проаналізувавши положення ч. 1 ст. 160 Кодексу адміністративного судочинства України можна прийти до висновку, що прийняття постанови відбувається негайно після закінчення судового розгляду, а тому частиною такою стадії не є.

Тобто, коли під час розгляду адміністративної справи послідовно виконані усі необхідні процесуальні дії та проведені усі етапи, суд повинен вирішити справу по суті, прийнявши постанову. Тому однією з основних підстав прийняття постанови у адміністративній справі є закінчення судового розгляду. На нашу думку, закінченням судового розгляду слід вважати завершення судових дебатів.

Як зазначалося вище, судовий розгляд є обов'язковою і основною стадією адміністративного процесу, оскільки саме на цій стадії суд виконує завдання адміністративного судочинства, яким є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних справ.

Для виконання цих завдань адміністративний суд під час розгляду справи повно та всебічно з'ясовує обставини справи та перевіряє їх доказами. Ю.С. Червоний, характеризуючи стадію судового розгляду у цивільному процесі зазначає: «На стадії судового розгляду най-

більш повно виявляються принципи цивільного процесуального права України: змагальність, диспозитивність і гласність, рівність усіх учасників судового розгляду перед законом і судом. Крім того, стадія судового розгляду має свої специфічні принципи: усності судового розгляду та безпосередності судового розгляду». В рівній мірі таке твердження стосується і адміністративного судочинства: при дотриманні інших принципів суд при розгляді справи по суті зобов'язаний вживати передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи. Суд повинен запропонувати особам, які беруть участь у справі, подати докази або з власної ініціативи витребувати докази, яких, на думку суду, не вистачає.

Частиною 1 ст. 151 Кодекс адміністративного судочинства України встановлено обов'язок головуєчого у судовому засіданні після з'ясування всіх обставин у справі та перевірки їх доказами надати сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, можливість дати додаткові пояснення чи надати додаткові докази. Лише після заслуховування додаткових пояснень і дослідивши додаткові докази, суд постановляє ухвалу про закінчення з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами і переходить до судових дебатів.

Тому умовою прийняття постанови суду в адміністративній справі слід також вважати повне та всебічне з'ясування судом обставин справи, оформлене ухвалою про закінчення з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами.

Слід зазначити, що у разі виявлення обставин, які є підставами для зупинення чи закриття провадження у справі або залишення позовної заяви без розгляду суд не може прийняти у справі постанову. В такому випадку відповідне процесуальне рішення оформляється ухвалою суду. Тому відсутність перешкод для вирішення справи по суті також можна віднести до підстав прийняття постанови у адміністративній справі.

Відповідно до вищенаведеного, підставами для прийняття постанови суду в адміністративній справі слід визнавати: закінчення судового розгляду, повне та всебічне з'ясування судом обставин справи, оформлене ухвалою про закінчення з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами, а також відсутність підстав для зупинення чи закриття провадження у справі, залишення позовної заяви без розгляду.

Статтею 164 Кодексу адміністративного судочинства України передбачено можливість прийняття судом постанови щодо частини позовних вимог за клопотанням учасника процесу, якщо з'ясовані судом обставини дають можливість без шкоди для справи вирішити ці вимоги, виділивши їх в окреме провадження. В такому разі додатковими підставами для прийняття судом постанови будуть: наявність клопотання особи яка бере участь у справі, з'ясування обставин справи, які дають можливість без шкоди для справи вирішити ці вимоги та наявність ухвали про виділення зазначених вимог в окреме провадження.

ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

Хлібороб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Доступ до публічної інформації є одним із важливих аспектів забезпечення принципу свободи інформації та регулюється Законом України «Про доступ до публічної інформації». Ухвалення цього законодавчого акта було чи не найбільш довгоочікуваною подією у правовому житті нашої країни.

Насамперед, хотілось би відзначити, на нашу думку, найвагоміші напрацювання авторів законопроекту у сфері забезпечення доступу до публічної інформації. Так, дійсно, розробники закону цілком успішно виконали одне із завдань, що ставилось перед вказаним законодавчим актом, яке полягало у максимальному спрощенні процедури подання запиту та отримання інформації. На наше переконання, важливою гарантією для запитувачів інформації є положення ч.2 ст. 19 Закону України «Про доступ до публічної інформації», яким передбачено, що запитувач має право звернутися до розпорядника інформації із запитом на інформацію *незалежно від того, стосується ця інформація його особисто чи ні, без пояснення причини подання запиту* (виділення наше – прим. автора). Також, з метою спрощення процедури оформлення письмових запитів на інформацію особа може подавати запит шляхом заповнення відповідних форм запитів на інформацію, які можна отримати в розпорядника інформації та на офіційному веб-сайті відповідного розпорядника. Важливою гарантією є також встановлена законодавцем безоплатність подання інформаційного запиту.

Вагомим здобутком, також на наше переконання є відмова від конструкції: «конфіденційна інформація, що є власністю держави», про це зрештою відзначає більшість провідних фахівців. Так, держава відповідно до чинного законодавства визнається лише розпорядником публічної інформації, при цьому за загальним правилом вся публічна інформація є відкритою. Обмеження доступу до публічної інформації є можливим лише у виняткових випадках, передбачених законом. При цьому, при вирішенні питання про обмеження доступу до публічної інформації, закон вимагає застосування «трискладового тесту», який є віддзеркаленням прогресивного європейського досвіду та міжнародних стандартів у інформаційно-правовій сфері.

Разом з тим, не була приведена у відповідність з чинним законом низка нормативно-правових актів у цій сфері. «Косметичні» виправлення, які були здійсненні, не змогли змінити «державницьку ідеологію», яка первинно була у них закладена. Так, найбільш яскравим прикладом цього є внесення змін у Постанову Кабінету Міністрів України Про затвердження Інструкції про порядок обліку, зберігання і використання документів, справ, видань та інших матеріальних носіїв інформації, які містять службову інформацію» від 27 листопада 1998 р. N 1893. У тексті Постанови слова "конфіденційна інформація, що є власністю держави" у всіх відмінках замінено словами "службова інформація", в тому числі і назві. Це підтверджує, що не було здійснено концептуальних переглядів підходів щодо визначення змісту інформації, яка визнається службовою, а також підходів щодо порядку обліку, зберігання і використання таких матеріалів.

Є низка інших проблем, які не дозволяють ефективно втілювати безперечно прогресивні норми Закону України «Про доступ до публічної інформації».

Перше, про що хотілось би зазначити, це проблематика змістовного наповнення понятійно-категоріального апарату Закону України «Про доступ до публічної інформації». Окремі з них є достатньо розмитими, що призводить до некоректного їх тлумачення на практиці. Насамперед, це стосується визначень понять публічної інформації та розпорядника публічної інформації.

На практиці, органи публічної інформації досить своєрідно потрактували поняття публічної інформації, яка знаходиться у їх розпорядженні, та опустили той факт, що така інформація має бути відкритою у всіх випадках, за винятками, передбаченими законом. Органи виконавчої влади різних рівнів, а також органи місцевого самоврядування почали масово

ухвалювати нормативні акти – переліки інформації, що не містить ознак публічної. До такої інформації вони зазвичай відносили відомості, які не мали наміру (не бажали) оприлюднювати суспільству, або надавати запитувачам інформації. При цьому, такий крок був безпідставним та неправомірним. Це призвело до масових порушень права на доступ до публічної інформації фізичних та юридичних осіб.

Також привертає увагу визначення переліку розпорядників публічної інформації. Так, ними, зокрема є суб'єкти владних повноважень, які визначені як - органи державної влади, інші державні органи, органи місцевого самоврядування, органи влади Автономної Республіки Крим, інші суб'єкти, що здійснюють владні управлінські функції відповідно до законодавства та рішення яких є обов'язковими для виконання. Виникає запитання, які ще «інші державні органи», окрім «органів державної влади» визнаються розпорядниками публічної інформації?

Тож, на нашу думку, вказані положення потребують доопрацювання.

Недоліком правового регулювання доступу до публічної інформації є також те, що поряд з детальним регулюванням інституту інформаційного запиту, залишилися поза увагою інші форми доступу до публічної інформації. Закон обійшов увагою такі важливі форми доступу як громадські слухання, участь у відкритих засіданнях органів публічної адміністрації, тощо. Дуже в загальних рисах визначено оприлюднення інформації розпорядниками, при цьому відсутні чіткі адміністративні процедури, які б визначили правила реалізації положень законодавства щодо оприлюднення інформації. Також лише в загальних рисах зазначено про необхідність оприлюднювати інформації розпорядниками на офіційних веб-сайтах в мережі Інтернет, на інформаційних стендах, тощо.

Ще однією проблемою, правда несподіваною як для експертів-аналітиків так і для правозахисників, стала «конкуренція» положень Закону «Про доступ до публічної інформації» та Закону «Про захист персональних даних». Так, найчастішою підставою відмови у наданні інформації на запит стало посилання на неможливість надання інформації, оскільки вона містить персональні дані. Ця проблема може бути вирішена шляхом удосконалення правового регулювання захисту осіб, у зв'язку з автоматизованою системою обробки персональних даних. А також приведення у відповідність положень законодавчих актів з питань доступу до публічної інформації, законодавству про захист персональних даних.

Вкрай негативною є ситуація, стосовно роз'яснень, а також підзаконних нормативно-правових актів, які були ухвалені на виконання закону “Про доступ до публічної інформації”, більшість самі порушують Закон й і звужують права на доступ до інформації про діяльність влади, яку гарантує Закон.

Від вирішення зазначених проблем залежить подальша «успішна доля» функціонування інструментів та інституцій, які покликані забезпечити доступ до публічної інформації.

ДОСТРОКОВЕ ПРИПИНЕННЯ ДІЇ ІНДИВІДУАЛЬНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ АКТІВ

Школик А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дію рішення будь-якого органу публічної влади через певний період може бути припинено. Однак, якщо чинність судових рішень та можливість їх скасування чітко врегульована нормами судових процесуальних кодексів (ЦПК, КАС, ГПК та КПК), то із припиненням дії індивідуальних адміністративних актів ситуація в Україні залишається вкрай невизначеною. В адміністративно-правовій доктрині, щоправда, називаються можливі підстави скасування індивідуальних адміністративних актів. Зокрема, один з найвідоміших російських адміністративістів професор Ю.Н. Старілов виділяє такі підстави скасування акта управління (за сучасною термінологією – адміністративного акта):

- 1) незаконність акта управління (суперечність нормам законодавства);
- 2) практична недоцільність акта управління; відсутність позитивних результатів дії акта управління;
- 3) необхідність заміни застарілого акта управління новим або внесення до нього численних істотних змін та доповнень;
- 4) завершення строку дії акта управління.

Очевидно, що підстави, названі в пунктах другому-четвертому, можуть застосовуватись лише органом публічної адміністрації, який прийняв первинний акт, а перша – також іншими уповноваженими органами держави, зокрема, вищим органом публічної адміністрації або ж адміністративним судом.

Таким чином, скасування індивідуального адміністративного акта та, відповідно, дострокове припинення його дії може бути здійснено:

- вищим органом публічної адміністрації, який в адміністративному порядку розглядав скаргу на рішення підпорядкованого йому органу або ж здійснював внутрішньо адміністративний контроль за цим органом в межах планових чи позапланових заходів;
- судом, який розглядав позов до відповідного органу публічної адміністрації в порядку адміністративного судочинства;
- самим органом публічної адміністрації, який за наявності правових підстав може змінити або скасувати своє попереднє рішення.

Перший і другий варіанти дострокового припинення дії індивідуальних адміністративних актів загалом є зрозумілими для юристів і базуються на нормах чинних законодавчих актів:

- частини 1 статті 19 закону «Про звернення громадян», якою визначено право уповноваженого вищого органу «скасовувати оскаржувані рішення у випадках, якщо вони не відповідають закону або іншим нормативним актам»;
- частини 2 статті 162 Кодексу адміністративного судочинства, в якій закріплено, що адміністративний суд може прийняти постанову про «визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень чи окремих його положень і про скасування ... рішення чи окремих його положень».

Що стосується третього варіанту дострокового припинення дії індивідуальних адміністративних актів, яке може бути здійснене самим органом публічної адміністрації - в національному законодавстві практично відсутнє належне врегулювання. Передусім, на практиці виникає запитання, в яких випадках орган, що прийняв первинний акт, уповноважений його змінити або скасувати. Наприклад, Львівська міська рада своєю ухвалою від 26 липня 2012 року скасувала свою попередню ухвалу від 20 вересня 2007 року, якою було погоджено заміну земельної ділянки та надано дозвіл на виготовлення проекту землеустрою юридичній особі, яка припинила свою діяльність. З одного боку виглядає, ніби згаданий орган місцевого самоврядування прийняв рішення відповідно до нових обставин, що виникли через певний період –

припинення юридичної особи, а з іншого – прийняття такого рішення може впливати на законні інтереси інших осіб у випадку укладення такою юридичною особою договорів з ними та фактичного виконання певних робіт. Інакше кажучи, скасування індивідуального адміністративного акта не повинно відбуватись повністю на розсуд уповноваженого органу публічної адміністрації, а мало би обмежуватись положеннями закону. У зв'язку ж із відсутністю загального закону про адміністративну процедуру таке скасування станом на сьогодні практично не обмежено.

Певну надію у цьому контексті вселяє черговий етап тривалої епопеї з прийняттям Адміністративно-процедурного кодексу України, чергову редакцію якого було схвалено на засіданні Кабінету Міністрів України 14 листопада 2012 року і, очевидно, буде направлено на розгляд Верховної Ради України. Питанням дострокового припинення дії індивідуальних адміністративних актів у цьому законопроекті присвячені норми кількох статей. Зокрема, у статті 94 визначено, що чинність адміністративного акта припиняється:

- 1) у зв'язку із закінченням строку чи невиконанням акта з інших причин;
- 2) внаслідок відкликання правомірного адміністративного акта адміністративним органом, що його видав;
- 3) внаслідок визнання протиправного адміністративного акта недійсним адміністративним органом, що його видав;
- 4) внаслідок скасування адміністративного акта в порядку адміністративного оскарження або судом.

Таким чином, у проекті Адміністративно-процедурного кодексу розрізняється відкликання правомірних актів та визнання недійсними протиправних актів. Таке регулювання є достатньо логічним, адже відкликання індивідуальних адміністративних актів, як це впливає із самого слова, може бути здійснене лише суб'єктом, який прийняв такий акт і «відкликає», тобто, самим органом публічної адміністрації.

Однак, з огляду на наведене вище чинне законодавче регулювання уповноважені органи «скасовують» ті чи інші індивідуальні адміністративні акти, а не відкликають чи визнають недійсними їх. І тут проблематика полягає не лише у відмінності термінів, хоча це також має важливе значення. Відмінними є підстави відкликання або визнання недійсним адміністративного акта та підстави скасування такого акта в адміністративному чи судовому порядку і, загалом, регулювання процедури в усіх зазначених випадках. Знову ж таки, в проекті Адміністративно-процедурного кодексу ці питання детально регулюються (статті 95-97), на відміну від норм чинного законодавства, які по суті залишають це на розсуд публічної адміністрації.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПОСАДОВА ОСОБА», «СЛУЖБОВА ОСОБА», «ОСОБИ, УПОВНОВАЖЕНІ НА ВИКОНАННЯ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВИ АБО МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ»

Янюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для забезпечення належного застосування правових норм існує низка обов'язкових вимог, серед яких основну роль відіграє визначеність понятійного апарату, який використовується законодавцем. Це питання стосується кожного інституту адміністративного права. Через розуміння понять, які використовує законодавець у тому чи іншому правовому акті, можна забезпечити єдину позицію щодо застосування відповідного акта.

Проблемним залишається інститут публічної служби, складовими якого є державна служба і служба в органах місцевого самоврядування. Визначення окремих термінів в базових Законах України «Про державну службу» і «Про службу в органах місцевого самоврядування» має вплив і на інші законодавчі акти, зокрема ті, які регулюють заходи запобігання і протидії корупції, порядок надання адміністративних послуг громадянам, здійснення адміністративного судочинства, застосування адміністративної відповідальності та інших. Чи не найбільша складність виявилась у розмежуванні понять «посадова особа», «особа, уповноважена на виконання функцій держави та місцевого самоврядування», «службова особа».

Пригадаймо, що вперше у законодавстві України термін «посадова особа» був вжитий у Законі України «Про державну службу» (1993 р.) і набув подальшого використання у поточному законодавстві. Співвідношення поняття «посадова особа» і «службова особа» як термінів-синонімів було визначено Законом України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб» (11 липня 1995 р.). У результаті прийняття якого були внесені зміни до національних кодексів, зокрема Кримінального, Кримінально-процесуального Кодексів та Кодексу про адміністративні правопорушення. Однак незмінною залишилась ситуація щодо використання терміну «службова особа» у Главі 31-А Цивільного процесуального кодексу України (1963 р.). Зміни у Цивільний процесуальний кодекс України були внесені лише у червні 2003 р.

У Митному кодексі України 1992 р. також продовжував вживатися термін «службова особа» і зміни відбулися лише з прийняттям нової редакції Митного кодексу (11 липня 2002 р.). Поняття «посадова особа» і зараз використовує законодавець у Митному кодексі України в редакції 13 березня 2012 р. Аналогічний підхід спостерігається і в Податковому кодексі України (з урахуванням змін 2012 р.).

Терміни «посадова особа» і «службова особа» використовуються у Конституції України, зокрема у ч.2. ст. 19, ст. 40, ч.2. ст. 55, ст. 56. Ці конституційні положення відіграють важливу роль у регулюванні взаємовідносин громадян з органами публічної влади, що зумовлює потребу у визначеності термінів. Однак у ст.86 Конституції України щодо звернення народного депутата України із запитом, вже використовується термін «керівники органів державних влади та органів місцевого самоврядування, керівники підприємств, установ і організацій», що чітко окреслює коло відповідних осіб.

У чинному Кодексі адміністративного судочинства України використано терміни «посадова і службова» особи, однак у ст.3 не визначено їх змісту. Сьогодні єдиним законодавчим актом, який містить узагальнене поняття «посадова особа», залишається Закон України «Про державну службу» (ч.2. ст.2). Законодавець виділив дві основні ознаки, характерні для цієї групи осіб: 1) зайняття посади керівника чи заступника керівника; 2) виконання організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій. Ці основні ознаки стосуються виключно осіб, які займають посади керівника (заступника) органу чи окремого структурного підрозділу або виконують обов'язки таких осіб на підставі спеціальних актів.

У Митному і Податковому кодексах України містяться визначення, які значно розширюють коло цих осіб, але, одночасно, роблять прив'язку до відповідного виду державної служби. Наприклад, згідно із ч.1 ст.569 Митного кодексу України: «Посадовими особами митної служби України є працівники митних органів, на яких покладено виконання завдань митної служби, які визначено у цьому Кодексі, здійснення організаційного, юридичного, кадрового, фінансового, матеріально-технічного забезпечення діяльності митної служби України і яким присвоєно спеціальні звання митної служби». Аналіз даного положення дає підстави для отождоження поняття «посадова особа» з іншими державними службовцями.

Законодавець не дає визначення поняття «службова особа». Хоча дії інспекторів (як митної, так і податкової служби) найкраще ілюструють ознаки, які притаманні для службової особи. Представники науки адміністративного права вже неодноразово наголошували, що дії службових осіб породжують юридичні наслідки для фізичних і юридичних осіб, які не перебувають з ними у службово-правових відносинах. Службові особи наділені правом застосовувати заходи адміністративного примусу до учасників правовідносин, які порушують нормативно встановлені правила поведінки. Як зазначалося у юридичній літературі, дії службової особи здатні породжувати встановлення, зміну чи припинення прав і обов'язків інших осіб, що перебувають з ними в адміністративно-правових відносинах.

Підхід, який використаний у Кримінальному кодексі України (примітка до ст. 364) не може бути використаний для характеристики статусу службових осіб в інших галузях права.

У зв'язку із великою кількістю різних термінів у національному законодавстві часто виникає непорозуміння з іноземними експертами. У зарубіжному законодавстві багатьох країн найчастіше використовують терміни «керівник органу» і «безпосередній керівник», що відображає організаційне становище відповідних осіб і вказує на службові зв'язки з іншими працівниками. А термін «інспектор» вказує на особу, яка має давати обов'язкові для виконання розпорядження тим особам, що перебувають лише в адміністративно-правових, а не службово-правових (чи трудових) відносинах. Такий спосіб видавався б найбільш вдалим для усунення різних підходів у розумінні понять посадової і службової особи. Але через використання цих термінів у положеннях Конституції України виникає потреба визначення їх змісту. Ще, звичайно, може бути внесення відповідних змін до Конституції України, але цей спосіб вирішення проблеми є ще більш складним.

Сьогодні у законодавстві використовується ще один термін «особи, уповноважені на виконання функцій держави». Вперше у законодавстві цей термін з'явився у Законі України «Про боротьбу з корупцією» (1995 р). До цієї групи було віднесено: державних службовців; Прем'єр-міністра України, Першого віце-прем'єр-міністра, віце-прем'єр-міністра, міністри; народних депутатів України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів сільських, селищних, міських, районних у містах, районних, обласних рад; посадових осіб місцевого самоврядування; військових посадових осіб Збройних Сил України та інших військових формувань (крім військовослужбовців строкової служби).

Цим терміном продовжує послуговуватися законодавець у Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції». Однак поняття «осіб, які уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» було розширено, до цієї групи віднесено Президента України, суддів усіх рівнів судової влади, посадових і службових осіб прокуратури, дипломатичної служби та її державних службовців. Проте основною групою залишаються посадові та службові особи державної служби або місцевого самоврядування. Поняття «особи, які уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» використовується лише у зазначеному законі. Такий підхід не викликає застережень. Але ще раз загострює проблему щодо визначення понять «посадова» і «службова» особи, які використовуються у сотні правових актах.

Ще більше дивує позиція законодавця, який відмовився від визначення поняття «посадова особа» у новій редакції Закону України «Про державну службу» (2011 р.). Щоправда, відтермінування набрання чинності цим Законом ще на один рік дає можливість усунути цю прогалину і врегулювати дане питання.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

ШЛЮБ І ШЛЮБНІ ВІДНОСИНИ У СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Балко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сфері міжнародного приватного права регулювання шлюбно-сімейних відносин посідає виняткове місце у зв'язку зі значними розбіжностями внутрішнього матеріального права різних країн, а також моральними й релігійними уявленнями, економічними, побутовими особливостями, історичним розвитком, соціальним рівнем, національною, етнічною та культурною специфікою.

Встановлено, що у давніх суспільствах інститут шлюбу історично розвивався від невільного, що представляв собою договір купівлі нареченої, до вільного, який зберігав формальні ознаки договору купівлі-продажу, однак жінка у ньому виступала стороною.

Внаслідок поширення релігійних вчень, шлюб виокремився у окремий акт і набув більш духовного змісту. У сфері договірної регулювання залишилися майнові відносини.

Зі ствердженням християнства у Європі, розпочався активний розвиток шлюбно-сімейного законодавства, у ході якого сформувалися відомі нині три основні системи регулювання подружнього майна.

Зокрема, Цивільним кодексом 1804 р. у Франції було встановлено режим спільності подружнього майна. У відповідності до Кодексу спільність включала: все рухоме майно, яким подружжя володіло як до, так і після укладення шлюбу; все нерухоме майно, набуте за час шлюбу; всі плоди, доходи, відсоткові та рентні платежі, отримані від будь-якого майна. Правом управління спільним майном володів лише чоловік.

Режим роздільності подружнього майна, за яким все майно подружжя, незалежно від того, коли і яким чином воно було отримане, вважається роздільною власністю, введено у Англії у 1882 р. .

Режим відкладеної спільності майна поширений, зокрема, у Німеччині та поєднує риси як спільності, так і роздільності власності. При цьому, під час шлюбу все майно подружжя вважається таким, що належить кожному з подружжя окремо (як при режимі роздільності), але у випадку розлучення все сімейне майно та грошові кошти подружжя об'єднуються і діляться між ними порівну. Такий режим отримав назву «умовної» або «відкладеної» спільності.

У середині ХХ ст. у ряді іноземних країн було проведено реформи законодавства, внаслідок чого спостерігається помітне взаємопроникнення двох традиційних систем і деяке зближення колись абсолютно протилежних режимів подружнього майна.

Законодавство різних країн має свої концепції шлюбу. Шлюб розглядається зарубіжною доктриною, насамперед, як договір між чоловіком і жінкою, що укладається у встановленому законом порядку, підкоряється певним вимогам дійсності, має на меті об'єднання чоловіка та дружини в одну сім'ю для спільного життя та взаємного надання підтримки й допомоги. Існують й інші концепції шлюбу (шлюб-статус, шлюб-партнерство).

Шлюб-партнерство – концепція, характерна переважно для держав «сім'ї» континентального права. Змістом її стає чіткий розподіл функцій між подружжям. Розуміння шлюбу як союзу двох незалежних і рівноправних партнерів, припускає закріплення в законодавстві відносної свободи кожного з них у вирішенні питань про продовження чи припинення спільного життя (Східна Європа, в т. ч. й Україна).

Усі правові системи встановлюють певні вимоги до шлюбу. Такі умови найчастіше в законодавстві і доктрині розділяють на дві групи: матеріальні та формальні. Перші мають ще назви «умови вступу до шлюбу», «суттєві умови». Ними позначають такі позитивні й негативні умови, з наявністю або відсутністю яких закон пов'язує питання про дійсність шлюбу. Зок-

рема, Ними можуть бути: шлюбний вік, відсутність попереднього нерозірваного шлюбу, згода обох сторін на вступ до шлюбу, різностатевість, відповідний стан здоров'я, відсутність між сторонами родинних зв'язків до певного ступеня, відносин свояцтва, усиновлення, закінчення так званого «жалобного строку», згода батьків або інших осіб на шлюб неповнолітніх, відсутність заборони на вступ до шлюбу і т. ін.

У правових джерелах окремих держав спеціально передбачено норму про допустимість укладення шлюбу між особами протилежної статі. Відповідно до сучасних законодавств, у Швеції, Голландії, Франції та деяких інших країнах одностатеві шлюби є дозволеними.

Друга група умов, що дістала назву формальних, або «умов форми», означає вимоги до форми шлюбу. Формальні умови шлюбу – це вимоги до процедури його оформлення (наприклад, попередня публікація про шлюб; церемонія шлюбу, яка проходить в цивільній чи релігійній формі).

У правовій літературі всі країни за ознакою форми шлюбу розподіляються на такі, що дозволяють тільки цивільну форму реєстрації шлюбу (Франція, ФРН); країни, які дозволяють лише церковну форму укладання шлюбу (Ізраїль, Ірак, Іран, Греція, Португалія); країни, в яких визнаються і породжують юридичні наслідки як церковна, так і цивільна форми шлюбу за вибором осіб, що вступають до шлюбу (Англія, Бразилія, Швеція, Норвегія, Данія).

Проте і серед зазначених форм шлюбу є значні розбіжності у процедурі їх укладання. Так, у Франції та ФРН обов'язковою є присутність повнолітніх свідків (від двох до шести) та публічне повідомлення про майбутній шлюб, з метою заявлення про можливі перешкоди вступу до шлюбу третіми особами, які у разі незгоди наречених розглядаються в суді.

Розірвання шлюбу має національні особливості, серед яких можна виділити деякі однакові концепції. Так, існують країни, в яких і досі розірвання шлюбу є неможливим (Парагвай, Ірландія, Аргентина). В деяких країнах розірвання шлюбу можливе тільки за наявності чітко встановленого обмеженого кола підстав, яке не включає взаємну згоду подружжя (Італія). У більшості країн розірвання шлюбу допускається, в тому числі за взаємною згодою подружжя (Англія, Бельгія, Данія, Німеччина).

Для визнання шлюбами не оформлених юридично стосунків за правом деяких країн необхідна, наприклад, наявність спільного проживання протягом певного строку, сприйняття конкретних осіб сусідами й друзями як подружжя, тощо.

Послідовні кроки у напрямку гармонізації матеріальних норм сімейного права на сьогодні можна спостерігати у межах Європейського Союзу. Зокрема, створено спеціальний орган – Комісію з Європейського сімейного права (КЕСП), яка об'єднує науковців різних європейських країн та завданням якої є робота над єдиним сімейним правом Європи.

Найбільш визначними досягненнями у сфері уніфікації колізійних норм у галузі шлюбно-сімейного права відзначилася діяльність Гаазької конференції з міжнародного приватного права.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ АНДЕРРАЙТИНГУ

Верес І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У законодавстві та юридичній літературі поняття «андеррайтинг» використовується в наступних аспектах:

- у страхуванні: як процес аналізу запропонованих до страхування ризиків, прийняття рішень про страхування певного ризику та визначення тарифної ставки, адекватної ризику, франшизи та інших умов договору (ЗУ «Про особливості страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою»);
- на фондовому ринку: розміщення цінних паперів торговцем цінними паперами.

Метою даного дослідження є аналіз правової природи договору андеррайтингу, що застосовується на фондовому ринку.

Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» андеррайтинг - купівля на первинному ринку цінних паперів з наступним їх перепродажем інвесторам; укладання договору про гарантування повного або часткового продажу цінних паперів емітента інвесторам, про повний чи частковий їх викуп за фіксованою ціною з наступним перепродажем або про накладання на покупця обов'язку робити все можливе, щоб продати якомога більше цінних паперів, не беручи зобов'язання придбати будь-які цінні папери, що не були продані. Дане визначення передбачає три види андеррайтингу:

1. договір, за яким андеррайтер зобов'язується викупити у емітента частину чи весь обсяг випуску цінних паперів за фіксованою ціною з метою наступного перепродажу третім особам. В юридичній літературі даний вид називають андеррайтингом, що ґрунтується на «твердих зобов'язаннях», або викупним андеррайтингом. За даних умов андеррайтер викуповує цінні папери емітента і від власного імені продає цінні папери третім особам. Оплата послуг андеррайтера не вимагається, оскільки він отримує дохід з різниці між ціною, за якою отримав цінні папери емітента, та ціною, за якою він їх відчужує. Відповідальність андеррайтера обмежена невиконанням або неналежним виконанням обов'язків за договором андеррайтингу, а обов'язок розмістити певну кількість цінних паперів до їх кола не входить;

2. договір, за яким андеррайтер зобов'язується робити все можливе, щоб продати якомога більше цінних паперів емітента, не беручи зобов'язання придбати будь-які цінні папери, що не були продані. Даний вид називають андеррайтинг, що ґрунтується на «найкращих зусиллях» або представницький (посередницький) андеррайтинг. За даних умов андеррайтер діє як представник емітента перед третіми особами. В разі неповного розміщення випуску жодних спеціальних санкцій для андеррайтера не настає, отже ризик неповного розміщення лежить на емітенті.

3. договір, за яким андеррайтер гарантує повний або частковий продаж цінних паперів емітента інвесторам. Дану конструкцію договору андеррайтингу слід вважати змішаною. Якщо за умовами представницького андеррайтингу андеррайтеру не вдається розмістити весь випуск цінних паперів емітента протягом встановленого в договорі строку, він зобов'язується викупити ту частину випуску, що залишилася нерозміщеною. Це представницький андеррайтинг з гарантуванням.

Відповідно до ЗУ «Про цінні папери та фондову біржу» андеррайтинг- це розміщення (підписка, продаж) цінних паперів торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента (ч. 4 ст. 17). Розміщення цінних паперів передбачає відчуження цінних паперів андеррайтером шляхом укладення цивільно-правового договору з першим власником (ст. 1). У разі публічного розміщення цінних паперів андеррайтер може брати на себе зобов'язання за домовленістю з емітентом щодо гарантування продажу всіх цінних паперів емітента, що підлягають розміщенню, або їх частини. Аналіз даних положень свідчить про закріплення в ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок» представницького андеррайтингу та або без гарантування з боку андеррайтера.

Відповідно до ст. 4 ЗУ «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» андеррайтинг - це розміщення (підписка, продаж) цінних паперів торговцем цінними паперами за дорученням, від імені та за рахунок емітента. Отже, в даному Законі передбачений лише представницький андеррайтинг.

Враховуючи те, що основним завданням андеррайтингу є перерозподіл ризиків емітента, пов'язаних з розміщенням випуску цінних паперів, доцільним є нормативне закріплення викупного та представницького андеррайтингу, представницького андеррайтингу з гарантуванням.

Вищенаведений аналіз визначення договору андеррайтингу свідчить про те, що за умов викупного андеррайтингу наявні ознаки договору купівлі-продажу та дилерського договору, за умов представницького андеррайтингу - ознаки договору доручення, агентського договору, брокерського договору. При цьому, договір андеррайтингу характеризується наступними особливостями:

1. Суб'єктний склад. Сторонами договору можуть бути лише юридичні особи. Емітент - юридична особа, Автономна Республіка Крим або міські ради, а також держава в особі уповноважених нею органів державної влади (ст. 2 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок»). Андеррайтер – господарські товариства, для яких операції з цінними паперами є виключним видом діяльності, а також банки (ст. 17 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок»). Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку у встановленому нею порядку видає ліцензію на здійснення андеррайтингу. При цьому, андеррайтери повинні відповідати Ліцензійним умовам провадження професійної діяльності на фондовому ринку - діяльності з торгівлі цінними паперами, затвердженими рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 26.05.2006 року.

2. Предмет договору. Послуги андеррайтера пов'язані з первинним розміщенням цінних паперів та спрямовані на зниження ризиків емітента. Сукупність послуг андеррайтера залежить від виду андеррайтингу. За умов представницького андеррайтингу послуги полягають у вчиненні правочинів з третіми особами, при викупному – викуп цінних паперів емітента з їх подальшим розповсюдженням серед третіх осіб. Андеррайтер надає емітенту також додаткові фактичні послуги, якщо це не суперечить законодавству та правовій природі відносин з розміщення цінних паперів.

3. Договір андеррайтингу є відплатним правочином.

4. Діяльність андеррайтера самостійна та ініціативна, оскільки андеррайтер обирає шляхи задоволення вимог емітента і способи виконання поставлених завдань з розміщення цінних паперів. Емітент надає лише загальні вказівки щодо дій, які повинен здійснити андеррайтер.

5. Договір андеррайтингу не є фідучіарним правочином.

Вищенаведені ознаки договору андеррайтингу свідчать про його самостійний характер.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

Герц А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогоднішній день, у період реформування галузі охорони здоров'я з орієнтацією на договірні відносини, цивільно – правові відносини у сфері здійснення медичної діяльності та проблема визначення їх учасників стають особливо актуальними.

Відповідно до ч.3 ст.49 Конституції України у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно. Дане положення необхідно розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам незалежно від її обсягу та без попереднього, поточного або наступного їх розрахунку за надання такої допомоги. Відповідно, у приватних суб'єктів здійснення медичної діяльності медичні послуги надаються, як правило, на платній основі. Однак приватний медичний сектор недостатньо розвинутий. Правовідносини між пацієнтом, між пацієнтом та державними або комунальними закладами охорони здоров'я не оформляються письмовими договорами про надання медичної допомоги. Вважається, якщо особа звернулася до медичного закладу, то вона вже дала згоду на діагностування, огляд, лікування, тобто ці правочини в державних та комунальних закладах охорони здоров'я є усними. Вони виникають в момент згоди пацієнта на надання йому тої чи іншої медичної допомоги.

Оскільки даний договір є цивільно – правовим правочином, на нього повинні поширювати свою дію чинні норми Цивільного кодексу України. Проте такий договір прямо Цивільним кодексом України не визначений, а отже, невизначеними залишаються правила його укладення, виконання, а також притягнення сторін до відповідальності за порушення умов цього договору.

Договір про платне надання медичних послуг є консенсуальним, двосторонньо зобов'язуючим і оплатним. Даний договір належить до числа публічних договорів і підприємницьких договорів.

Згідно зі ст. 633 ЦК України, публічним договором визнається договір, в якому одна сторона – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться, тобто укладений приватним закладом договір, що встановлює її обов'язки з надання послуг, які такий медичний заклад по характеру своєї діяльності повинен здійснювати відносно кожного, хто до нього звернеться.

Слід також зазначити, що правовідносини з надання медичних послуг належать до групи алеаторних (ризикових) правочинів. Адже, будь – яке медичне втручання передбачає певні ризики. Йдеться не лише про ризики невиконання або неналежного виконання зобов'язань за договором, а й про можливість завдання шкоди здоров'ю чи життю пацієнта. Лікар зобов'язаний належним чином надавати послуги. Тобто він повинен таким чином діяти, щоб не нашкодити, насамперед, здоров'ю пацієнта, виходячи із клятви Гіппократа. На практиці визначення того, нашкодив лікар чи ні, було це умисною дією, дією із необережності чи добросовісною лікарською помилкою, - лишається надзвичайно складним і проблематичним питанням.

УКЛАДЕННЯ МИРОВОЇ УГОДИ У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО

Гнатів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах реформування правової системи та становлення правової держави в Україні, подальшого закріплення й вдосконалення механізму забезпечення гарантій прав і свобод фізичних та юридичних осіб важлива роль відводиться судовій владі. Особливо актуальним це питання залишається у сфері відносин, пов'язаних із відновленням платоспроможності боржника з метою повного або часткового задоволення вимог кредиторів. За таких умов проблема пошуку способів ефективного цивілізованого запобігання та врегулювання спорів, які виникають між особами, стає все більше актуальною. Набуває дедалі більшого значення надання права сторонам відповідних правовідносин здійснювати регулювання своєї поведінки на власний розсуд, використовуючи свободу договору та інших правових інститутів, що є проявом принципу диспозитивності та свідчить про розвиток правосвідомості суспільства в цілому. Формою прояву принципу диспозитивності є гарантована законом можливість сторін при досягненні домовленості припинити спір шляхом укладення мирової угоди у справах про банкрутство.

Із прийняттям нової редакції Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 22 грудня 2012 року змінюється законодавче регулювання порядку застосування судових процедур банкрутства. Зокрема, більш детальну правову регламентацію одержав порядок укладення мирової угоди у цій категорії справ. Відповідно до ч. 1 ст. 77 зазначеного Закону під мировою угодою у справі про банкрутство розуміється домовленість між боржником і кредиторами стосовно відстрочки та/або розстрочки, а також прощення (списання) кредиторами боргів боржника, яка оформляється шляхом укладення угоди між сторонами. Мирова угода укладається у письмовій формі та підлягає затвердженню господарським судом. Із моменту затвердження господарським судом мирова угода набуває чинності і стає обов'язковою для її сторін.

Сторонами мирової угоди є комітет кредиторів та боржник, а, якщо мирова угода містить умови про виконання зобов'язань боржника третьою особою, то стороною цієї угоди буде також ця особа. Звідси робимо висновок про те, що мирова угода може бути, як двостороннім, так і багатостороннім договором. Рішення про укладення мирової угоди приймається більшістю голосів комітету кредиторів і підписується головою комітету. Зі сторони боржника мирову угоду підписує його керівник або арбітражний керуючий (сенатор, ліквідатор). Мирова угода також повинна бути підписана третьою особою (керівником юридичної особи або фізичною особою – підприємцем), яка бере на себе зобов'язання виконати обов'язки боржника.

Законодавець не встановлює обмежень щодо строку укладення мирової угоди, тобто її укладення можливе на будь-якій стадії конкурсного провадження, за винятками встановленими у законодавстві. Так, під час процедури розпорядження майном боржника мирову угоду може бути укладено лише після виявлення всіх кредиторів і затвердження господарським судом реєстру вимог кредиторів.

Предметом мирової угоди можуть бути вимоги, забезпечені заставою, вимоги другої та наступних черг задоволення вимог кредиторів, визначені Законом. Однак, мирова угода не може стосуватися вимог щодо виплати заробітної плати та інших вимог, які виникли із трудових відносин, а також вимог, пов'язаних із соціальним страхуванням. Мирова угода повинна містити положення про: розміри, порядок і строки виконання зобов'язань боржника; відстрочку чи розстрочку або прощення (списання) боргів чи їх частини; виконання зобов'язань боржника третіми особами; задоволення вимог кредиторів іншими способами, що не суперечать закону.

ОХОРОНА ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ СПАДКОЄМЦІВ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ПРАВА НА СПАДКУВАННЯ

Дякович М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У ЦК України передбачено два способи прийняття спадщини: залежно від волевиявлення спадкоємця і незалежно від нього, — які у юридичній літературі розрізняються, відповідно, як формальний та фактичний.

Формальний спосіб передбачає подання нотаріусу заяви про прийняття спадщини (ч. 1 ст. 1269 ЦК України). Цей спосіб характеризується наявністю свідомого волевиявлення спадкоємця, має місце юридичний факт — дія (подання нотаріусу відповідної заяви), яка відображає відношення особи до спадкового правонаступництва.

Фактичний же спосіб прийняття спадщини передбачає такі презумпції: особа (спадкоємець), яка постійно проживала зі спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається такою, що спадщину прийняла, якщо протягом терміну, встановленого для прийняття спадщини, вона не подасть заяву про відмову від спадщини (ч. 3 ст. 1268 ЦК України); малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім тих випадків, коли вони у встановленому законом порядку відмовились від спадщини (ч. 4 ст. 1268 ЦК України). Згідно ч. 4 ст. 1269 ЦК України заяву про прийняття спадщини від імені малолітньої, недієздатної особи подають її батьки (усиновлювачі), опікун. Щодо спадкоємця, який постійно на час відкриття спадщини проживав разом із спадкодавцем, немає норми, яка б прямо вказувала на можливість подання ним заяви про прийняття спадщини.

І.А. Покровський підкреслював, що цивільне право з моменту його виникнення і за своєю суттю було правом окремого індивіда, сферою його свободи та самовизначення. Наявність презумпції прийняття спадщини є важливою гарантією здійснення прав та законних інтересів визначених законом категорій осіб, проте, як зазначає С.Я. Фурса, передбачена правова концепція не враховує основного принципу цивільного права, що кожний юридично вагомий крок особа має здійснювати свідомо та виявляти свою волю при цьому. Тобто у випадку наявності презумпції принцип свідомого волевиявлення упускається.

При встановленні правозастосовної практики ми повинні виходити саме з мети встановлення тієї чи іншої норми законодавцем. Метою презумпції, передбаченої ч. 3 ст. 1268 ЦК України, на нашу думку, є не встановити спосіб прийняття спадщини, а забезпечити охорону прав та законних інтересів осіб, які постійно на час відкриття спадщини проживали разом зі спадкодавцем, у випадку, якщо вони не здійснили з тих чи інших причин протягом встановленого законом строку волевиявлення щодо спадкового майна шляхом подання нотаріусу відповідної заяви.

Особливість охоронних правовідносин, зазначає Д.Н. Кархалев, полягає у тому, що вони виникають не за згодою сторін, а поза їх волею, тобто за відсутності волевиявлення щодо їх виникнення. Підставою для їх виникнення є юридичні факти (дії, події, стани), вказані у законі. Момент виникнення охоронних правовідносин пов'язується, перш за все, зі створенням загрози порушення права, наприклад, у правовідносинах з визнання права. Попереджувальний аспект охорони в цивільному праві полягає в тому, що охорона існує як спосіб передбачення можливого порушення прав та законних інтересів визначених законом суб'єктів у регулятивному правовідношенні. Охорона у цьому випадку втілюється у створенні необхідних умов для здійснення цивільних прав, у встановленні прав та обов'язків. Між регулятивними нормами та охоронними є органічний зв'язок, який полягає у тому, що охоронне правовідношення не може виникнути без регулятивного. Однак, незважаючи на те, що виникнення охоронного правовідношення можливо лише за наявності регулятивного, подальша його реалізація абсолютно не залежить від нього, але може припинитись або реалізовуватись одночасно з ним.

У проєкції на досліджувані нами правовідносини, регулятивними є правовідносини, які виникають у зв'язку з відкриттям спадщини. Можливість здійснити своє волевиявлення по відношенню до спадщини триває протягом встановленого законодавством шестимісячного строку для прийняття спадщини. До закінчення строку, встановленого для прийняття спадщини, той факт, що особа вважається такою, що прийняла спадщину, не надає їй жодних переваг.

Таким чином, на нашу думку, фактичний спосіб прийняття спадщини особами, які постійно на час відкриття спадщини проживали зі спадкодавцем, за ЦК України не є альтернативним способом прийняття спадщини, а засобом охорони прав та законних інтересів таких осіб. Отже, проблемні питання, які виникають у правозастосовній практиці, виникають у зв'язку з тим, що норма ч. 3 ст. 1268 ЦК України, яка є за своєю правовою природою охоронною нормою, внаслідок неправильного трактування її у підзаконних нормативно-правових актах застосовується як регулятивна, тобто така, що передбачає порядок прийняття спадщини.

Узагальнюючи вищезазначене, результатом нашого дослідження стали наступні висновки:

1. Презумпції, встановлені частинами 3, 4 ст. 1268 ЦК України, є охоронними нормами, метою яких є визнання права на спадщину конкретних категорій спадкоємців, якщо ними не заявлено інше. Охоронні норми у цьому випадку органічно поєднуються з нормами регулятивними, і тільки в такому розумінні цих норм відбувається ефективне забезпечення здійснення спадкоємцями їх прав та законних інтересів, оскільки визнання на законодавчому рівні за певними особами права на спадщину, якщо ними не буде заявлено інше, не суперечить жодним чином здійсненню такими особами інших правомочностей, які входять до права на спадкування. Визначаючи норму ч. 3 ст. 1268 ЦК України як охоронну, ми логічно обґрунтовуємо можливість особи, яка постійно на час відкриття спадщини проживала разом зі спадкодавцем, подати заяву про прийняття спадщини, адже між регулятивними та охоронними нормами в межах тих самих правовідносин колізії неможливі. Подання заяви про прийняття спадщини такими особами забезпечить, перш за все, встановлення свідомого волевиявлення та правильного розуміння правових наслідків вчинюваних дій спадкоємцем, дозволить не лише забезпечити оперативність та ефективність процесу правонаступництва, а й зменшити кількість звернень до суду.

2. Необхідність вирішення проблемних питань, які виникають власне на стадії практичного застосування норм права у зв'язку з поверхневим розумінням та неправильним тлумаченням процедури реалізації норм ч. 3 ст. 1268 ЦК України та ч. 1 ст. 1269 ЦК України, обумовлює доцільність внесення змін до ЦК України. Як зазначає О.Є. Рябоконт, норма про те, що для набуття спадщини спадкоємець повинен її прийняти (а не вважатись таким, що прийняв), була випробувана тривалою практикою її застосування у період дії цивільного законодавства УРСР і має бути тією вихідною засадою, навколо якої будуватиметься все законодавство про здійснення права на спадкування у цілому і про прийняття спадщини зокрема.

Пропонуємо викласти ч. 1 ст. 1269 ЦК України у такій редакції:

1. Спадкоємець, який бажає прийняти спадщину, має подати нотаріусу заяву про прийняття спадщини.

Внесення вищезазначених змін, на нашу думку, допоможе забезпечити однакове розуміння та, відповідно, єдину практику застосування норм права, виключить можливість їх неоднозначного та надто широкого тлумачення, що є недопустимим у правозастосовній практиці.

ГАРМОНІЗАЦІЯ ПОВІТРЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ З ПРАВОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА МІЖНАРОДНИМИ СТАНДАРТАМИ НАДАННЯ ПОСЛУГ В СФЕРІ ПОВІТРЯНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ ПАСАЖИРІВ

Квіт Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процес становлення авіаційної галузі в Україні співпав з кризовими явищами перших років незалежності. У середині 90-х років минулого століття спостерігався різкий спад обсягу повітряних перевезень. Це було пов'язано з економічною кризою в Україні в зазначений період, з різким зниженням реальних доходів населення, розривом економічних зв'язків з країнами СНД. Тільки починаючи з 2000 року намітилось повільне зростання обсягу повітряних перевезень. Однак позитивна тенденція цього періоду була призупинена кризовими явищами 2008 року. Але вже в першому півріччі 2010 року, порівняно з аналогічним періодом 2009 року, кількість перевезених пасажирів зросла на 13,2% та досягла 2,5 млн. чол. За оптимістичними прогнозами розробників Концепції Державної цільової програми розвитку аеропортів на період до 2020 року обсяг повітряних перевезень в Україні становитиме у 2015 році 38,3 млн., а у 2020 році 70,6 млн. пасажирів. Враховуючи унікальний транзитний потенціал України, можна припустити реальність цих прогнозів. Щоб досягти бажаного результату потрібно удосконалити механізми державного регулювання авіаційної галузі і в першу чергу почати з удосконалення галузевої нормативно-правової бази.

Ефективність діяльності вітчизняного авіаційного транспорту значною мірою залежать від дієвості механізмів, які застосовує держава, регулюючи відносини в авіаційній галузі шляхом вдосконалення чинного законодавства у цій сфері та приведення його у відповідність із європейськими та світовими стандартами надання послуг з повітряних перевезень. Провідна роль в системі механізмів регулювання повітряного транспорту належить законодавчому процесу, який виконує функції легалізації та формалізації правил авіаційної діяльності. Динаміка розвитку відносин на світовому ринку авіаційних перевезень свідчить про необхідність постійно удосконалювати нормативно-правове поле, як на рівні міждержавних відносин, так і на національному рівні. Провідні авіаційні держави світу та країни Євросоюзу поступово відходять від традиційних двосторонніх відносин щодо повітряного сполучення та переходять на ринкові умови лібералізації та «відкритого неба».

Безумовно, здійснювати реалізацію політики направленої на лібералізацію процесів регулювання неможливо без ефективних правових засобів. Тобто послідовної гнучкої та дієвої системи нормативно-правових актів за своєю якістю здатних ефективно врегулювати та створювати умови для розвитку продуктивних відносин в авіаційній галузі.

Враховуючи це, при удосконаленні та розробці національної нормативно-правової бази слід звернути увагу на досвід побудови системи правових засобів правового регулювання двох найпотужніших та успішніших учасників міжнародного ринку авіаційних перевезень – Європейського Союзу та Сполучених Штатів Америки.

Розв'язання зазначеної проблематики започатковано у публікаціях і дослідженнях таких вітчизняних та зарубіжних учених і практиків, як М. Богуславський, В. Бордунов, В. Бутилін, Б. Єлісеєв, В. Косак, В. Кубинський, М. Пучкова, П. Рабінович, О. Стремоухов, Г. Шмельова та інші.

Порівнявши авіаційне законодавство США та ЄС і чинне авіаційне або повітряне законодавство України, можна дійти висновку, що Україна вже стала на шлях створення узгодженої, спрямованої на євроінтеграцію, системи правових засобів регулювання діяльності авіаційного транспорту в Україні.

Нормативно-правові акти, які регулювали відносини в цивільній авіації України до 2010 року, не створювали між собою єдиної узгодженої дієвої регулятивно-правової системи. Існуюче в цей період часу законодавство України, як складова процесу національного регулюван-

ня повітряного транспорту в деяких аспектах була спадком радянських часів та, на жаль, в повній мірі не задовольняла постійно зростаючих потреб авіаційної галузі. Основою державного регулювання діяльності цивільної авіації України в цей час була нормативно-правова база, яка складалася з Конституції України, Повітряного кодексу України від 04.05.93 № 3167-ХІІ, інших законодавчих актів, національних нормативно-правових актів, державних та галузевих стандартів, керівних документів із стандартизації, нормативно-правових актів колишнього МЦА СРСР, які не втратили свою актуальність і не суперечать Конституції та чинному законодавству України, чинних для України актів міжнародного повітряного права, документів міжнародних організацій, членом яких є Україна. За час, що минув з 1993 р., Україна вже стала членом Європейської конференції цивільної авіації (ЄКЦА) та Європейської організації з безпеки аеронавігації (Євроконтроль), що, відповідно, було іще одним поштовхом до внесення змін у законодавство України у сфері авіації. Повітряний кодекс України 1993 року можна вважати документом перехідного періоду, який став регулятором відносин в авіаційній галузі тільки на початковому етапі переходу від радянської системи господарювання до системи ринкових відносин у цій галузі. У ньому фактично не містилось юридичного закріплення основних понять, пов'язаних з регулюванням авіаційного ринку та чіткого визначення ролі держави в цих відносинах, а досягти високий рівень ефективності регулювання діяльності авіаційного транспорту тільки шляхом застосування підзаконних нормативно-правових актів було досить проблематичним. Отже, наявний на той час масив норм національного авіаційного права перебував крім впорядкування ще і вдосконалення, усунення протиріч та заповнення прогалів у правовому регулюванні. Концепцією розвитку цивільної авіації України, яка затверджена Постановою Кабінету Міністрів України, від 28.12.1996, № 1587 були визначені шляхи створення правової бази цивільної авіації України, зокрема, було визначено як базові системи авіаційних правил, норм і стандартів (американської-FAR, європейської-JAR або системи АП Міждержавного авіаційного комітету) для гармонізації відповідних авіаційних правил України. Також Концепцією передбачалося використання можливостей спільного розроблення нормативних документів з відповідними зарубіжними або міжнародними організаціями.

Проте, після прийняття Закону України, від 21.11.2002 р., № 228-IV «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» та Закону України, від 18.03.2004 р., № 1629-IV «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», в яких був визначений курс на адаптацію законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

Таким чином, основою для удосконалення та створення національної авіаційної нормативної бази стало законодавство Європейського Союзу, а також стандарти і рекомендації Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО). І власне важливим кроком вперед стало прийняття Правил повітряних перевезень пасажирів та багажу 2010 р., які були розроблені у відповідності до низки міжнародно-правових та національних документів, в тому числі і до законодавства про захист прав споживачів. А 19.05.2011 р. Верховна Рада України прийняла новий Повітряний кодекс України, який набрав чинності 17.09.2011 р. Прийняття нового Повітряного кодексу України було одним з пріоритетів співробітництва у сфері транспорту на 2010 рік, визначених у Порядку денному асоціації (ПДА) між Україною та ЄС. І можна сказати, що саме ця подія стала ключовим моментом у процесі гармонізації українського повітряного законодавства зі міжнародними стандартами надання послуг повітряного перевезення. У даному нормативно-правовому акті, а саме у ч.3 ст.11 чітко визначено, що авіаційні правила України розробляються відповідно до стандартів і рекомендованої практики Міжнародної організації цивільної авіації, нормативних актів Міжнародної асоціації повітряного транспорту, Європейської організації з безпеки аеронавігації (Євроконтроль), інших міжнародних авіаційних організацій та з урахуванням законодавства Європейського Союзу в галузі цивільної авіації.

Основною позитивною характеристикою нового Повітряного кодексу України є те, що він спрямований на приведення чинного законодавства у відповідність до норм міжнародного повітряного права. Прийнятий документ по-новому підходить до прав пасажирів, фіксує конкретні підстави, строки і розміри компенсації за відмову у перевезенні, відміни польоту,

тривалої затримки вильоту і зниження класу обслуговування. Більше того, пасажир чартерних рейсів також зможуть отримати компенсацію за затримку рейсу.

До позитивів нового Повітряного кодексу можна віднести, по-перше, розподіл авіації на державну і цивільну. Зокрема, до цивільної авіації належать комерційна авіація (перевезення пасажирів та вантажів), виконання авіаційних робіт та авіація загального призначення – так звана “мала авіація”, яка використовується з приватною метою та регулюється спрощеними правилами та вимогами. Державна ж авіація забезпечує національну безпеку та використовує повітряні судна для оборони держави і захисту населення. По-друге, це впорядкування регулюючих та наглядових функцій у сфері авіації та системи організації державного управління, а саме визначено Уповноважений орган з питань цивільної авіації, який реалізує державну політику і стратегію розвитку авіації України, здійснює державне регулювання діяльності в галузі цивільної авіації. По-третє, це вирішення питань фінансування загальнодержавних витрат на забезпечення діяльності цивільної авіації. Загальнодержавні витрати на авіаційну діяльність та участь України в міжнародних авіаційних організаціях здійснюються за рахунок бюджету України. По-четверте, це реалізація державної політики у сфері ліцензування, здійснення державного регулювання діяльності підприємств цивільної авіації усіх форм власності, пов’язаної з наданням послуг з перевезення пасажирів, вантажів повітряним транспортом, згідно з єдиними нормами і правилами. Крім цього, удосконалено захист прав споживачів послуг з повітряних перевезень, а саме передбачено чіткі гарантії дотримання прав пасажирів. Тут вперше чітко прописані обов’язки авіакомпанії перед пасажиром. Так, згідно документу авіакомпанія несе відповідальність за втрату або збиток, заподіяний при перевезенні пасажирів, багажу, вантажу і пошти. Якщо в минулому варіанті кодексу штрафні санкції відносно авіакомпаній згадувалися лише в загальних рисах, то в новому документі чітко прописані конкретні цифри. Наприклад, передбачено, що якщо пасажирам відмовлено у перевезенні проти їхньої волі, перевізник має виплатити їм компенсацію у таких розмірах: 250 євро – для рейсів дальністю до 1500 кілометрів; 400 євро – для рейсів дальністю від 1500 до 3500 кілометрів; 600 євро – для рейсів дальністю понад 3500 кілометрів.

Чітко врегульовано відповідальність за порушення законодавства в галузі цивільної авіації, зокрема фінансові санкції, що застосовуються до юридичних осіб-суб’єктів авіаційної діяльності. Зокрема, встановлено розміри штрафів за різні порушення: для юридичних осіб - від 500 до 8 тисяч не оподатковуваних мінімумів доходів (8,5-136 тис. гривень), для фізичних осіб - від 100 до 1 тисяч таких мінімумів (1,7-17 тис. гривень).

І крім цього, позитивним є також надання уповноваженому органу в галузі цивільної авіації (Державіаадміністрації) більшої незалежності від Міністерства інфраструктури України, утворення Національної комісії з розслідування авіаційних подій.

Проте новий Повітряний кодекс містить також і низку недоліків. Так, у кодексі не визначений порядок роботи та пільги для “малої авіації”. Попри те, що прийняті зміни спрямовані на врегулювання та захист прав пасажирів, кодекс враховує далеко не всі ситуації, в яких може опинитись пасажир. Наприклад, не прописана компенсація, якщо пасажир постраждав під час польоту, немає конкретних штрафів у випадку пошкодження багажу. Також новий Повітряний кодекс переобтяжений відсилочними нормами, що суттєво ускладнює його застосування на практиці.

У цілому ж слід відзначити, що незважаючи на наявність певних проблемних питань та прогалин, чинне повітряне законодавство вже значною мірою адаптоване до норм міжнародного повітряного права, і його вдосконалення значно полегшить “відкриття” неба ЄС, США та інших країн для пасажирів, авіаперевізників та літакобудування України.

ЗАХИСТ ПРАВ ІНВЕТОРІВ НА ПЕРВИННОМУ РИНКУ ЖИТЛА

Коссак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним з проблемних питань в сучасних умовах залишається інвестування будівництва житла. На території України, як свідчить судова практика, діє схема залучення коштів інвесторів без передачі їм оплаченого житла, за якою перший будинок добудовується за рахунок коштів для будівництва другого будинку, другий - за рахунок коштів для третього і так далі. За таких умов часто складається така ситуація, коли у забудовника немає можливості продовжити фінансування будівництва. Залучити кошти для будови шляхом “прямого продажу квартир” або отримання кредитів на прийнятних для забудовника умовах стає неможливим.

У результаті інвестори, які уклали договори з компаніями-збудовниками, замість того, щоб отримати у визначені строки нове житло і проживати там, змушені виплачувати банкам кредити за отримані кредити та наймати за власні кошти житло. Причиною такого стану речей є те, що сьогодні вкладники коштів у житлове будівництво не набувають права власності на об'єкт інвестування. Це призводить до численних зловживань з боку забудовників. Сторона договору-підрядник нерідко продає житло кільком особам. Часто на квартири в будинку, який ще не зданий в експлуатацію претендують кілька осіб.

Крім цього, підрядники укладають кредитні договори, забезпечуючи виконання останніх іпотекою майнових прав на об'єкт нерухомості. Тому на кінцевому етапі появляється ще один інвестор-банк, який висуває вимоги на житловий об'єкт.

З метою недопущення порушення прав учасників відносин на первинному ринку нерухомості необхідно вдосконалити правовий механізм регулювання інвестування в житло. Насамперед, слід визначитися з предметом та правовою природою договірних відносин інвесторів та забудовників, в яких акумулюються кошти перших. Чинне законодавство надаючи замовникам статус інвестора житла на первинному ринку ставить їх в невідгідне становище, оскільки на них поширюється т. зв. інвестиційний ризик. Тому негативні наслідки суб'єктивного та об'єктивного характеру покладаються на особу, яка хоче придбати квартиру на первинному ринку.

Так, Верховним Судом України переглянуто рішення суду касаційної інстанції у справі за позовом Ф-ва до П-та і Я-го та виконавчого комітету Іллічівської міської ради Одеської області про визнання недійсним договору про дольову участь у будівництві багатоквартирного житлового будинку та свідоцтва про право власності на квартиру та виселення з неї.

Із справи вбачалося, що 1 червня 2006 р. Ф-ов уклав з Я-им договір про дольову участь у будівництві багатоквартирного житлового будинку, за яким зобов'язався здійснити його фінансування в обумовлений договором сумі, а після завершення будівництва та введення будинку в експлуатацію мав право набути у власність одну з квартир будинку. Посилаючись на те, що свої зобов'язання за договором він виконав, однак відповідачем квартири була передана у власність не йому, а гр. П-т. Позивач просив визнати укладений

Я-им з П-т договір про дольову участь у будівництві багатоквартирного житлового будинку недійсним, визнати недійсним свідоцтво про право власності видане на підставі цього договору на ім'я П-т і виселити разом з членами її сім'ї з цієї квартири.

Ухвалюючи рішення у справі, суд першої інстанції застосував до спірних правовідносин положення ст.ст.18,19 Закону України „Про інвестиційну діяльність”, яким визначаються гарантії прав суб'єктів інвестиційної діяльності і захисту інвестицій. Разом з тим, суди апеляційної та касаційної інстанції вважали, що зазначений закон правовідносини між сторонами не регулює.

Закон України „Про інвестиційну діяльність” містить поняття інвестицій, а саме - всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (дохід) або досягається соціальний ефект.

Водночас ч. 3 ст. 4 названого Закону дозволяє інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управління, може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом емісії цільових облігацій підприємств, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва. Інші способи фінансування будівництва таких об'єктів визначаються виключно законами.

Необхідно розрізняти інвестування житлового будівництва, яке здійснюється в перелічених вище формах та придбання новоствореного житла на первинному ринку на підставі інших цивільно-правових договорів. Згідно з Цивільним кодексом України за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає, або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві). В ст. 656 ЦК України конкретизується предмет договору купівлі-продажу, яким можуть бути також майнові права. Тому предметом договору купівлі-продажу можуть бути як новостворена нерухомість у вигляді житла, так і майнові права на житло, яке буде створено у майбутньому. Але в такому випадку до зазначених відносин повинні застосовуватися положення про договір купівлі-продажу, а не інвестиційного законодавства, відповідно до якого потенційний інвестор обтяжений тягарем інвестиційного ризику. Механізм правового регулювання можна зобразити та таким чином: забудовник за рахунок власних і залучених, в т.ч. кредитних коштів споруджує житловий об'єкт. По мірі готовності предметом договору купівлі-продажу будуть майнові права або завершене будівництвом житло. Це захистить права покупців від псевдоінвестиційних схем, наслідком яких є порушення прав та інтересів осіб, бажаючих придбати житло на первинному ринку.

ПРИПИНЕННЯ ВІДНОСИН ЗА ДОГОВОРОМ ОРЕНДИ ДЕРЖАВНОГО ТА КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА

Коссак С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання умов припинення та розірвання договору оренди державного та комунального майна регулюється ст. 291 Господарського кодексу, ст.ст. 782, 783, 784 Цивільного кодексу, Законом України “Про оренду державного та комунального майна” та безпосередньо положеннями відповідного договору оренди.

Дія договору оренди майна припиняється у випадку: закінчення строку дії договору, на який його було укладено (при заяві однієї із сторін про припинення чи зміну договору); приватизації об’єкта оренди орендарем (за участю орендаря); банкрутства орендаря; загибелі об’єкта оренди; ліквідації юридичної особи, яка була орендарем або орендодавцем.

Договір оренди може бути розірвано за погодженням сторін. На вимогу однієї із сторін договір оренди може бути достроково розірвано за рішенням суду у разі невиконання сторонами своїх зобов’язань та з інших підстав, передбачених законодавчими актами України. Зокрема, Орендодавець може вимагати розірвання договору оренди, якщо: наймач користується річчю всупереч договору або призначенню речі; наймач без дозволу наймодавця передав річ у користування іншій особі; наймач своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі; наймач не приступив до проведення капітального ремонту речі, якщо обов’язок проведення капітального ремонту був покладений на наймача. На вимогу орендаря суд може розірвати договір оренди у випадку: наймодавець не виконує свого обов’язку щодо проведення капітального ремонту речі; наймодавець передав у користування річ, якість якої не відповідає умовам договору та призначенню речі.

У чинному законодавстві існує колізія щодо односторонньої відмови від договору оренди. Так, ст.782 ЦК регламентує право наймодавця відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. У разі відмови наймодавця від договору найму договір є розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору. Попри це у ст.291 Господарського кодексу України та ч.1 ст.26 Закону України “Про оренду державного та комунального майна” одностороння відмова від договору оренди не допускається, а розглядається можливість розірвання договору оренди лише за згодою сторін або за рішенням суду. За наявності відповідних підстав до таких відносин можливе застосування ч.1 ст 236 ГК України, де одностороння відмова сторони від виконання своїх зобов’язань розглядається як різновид оперативно-господарської санкції за порушення зобов’язання іншою стороною. Втім, відповідно до ч.1 ст. 235 ГК України застосування таких санкцій можливе лише за умови, якщо вони передбачені договором.

При цьому згідно з рішенням Конституційного Суду України від 9 липня 2002 року № 15-рп/2002 (справа № 1-2/2002 про досудове врегулювання спорів) право особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами. Встановлення законом або договором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб’єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист.

Тому норми статті 188 Господарського кодексу України та статті 11 Господарського процесуального кодексу України не позбавляють сторону договору права на безпосереднє звернення до суду з вимогою про розірвання договору оренди без дотримання порядку досудового врегулювання спору.

Повернення орендодавцеві об’єкта оренди здійснюється на умовах, зазначених у договорі оренди. Якщо орендар допустив погіршення стану орендованого майна або його загибель, він повинен відшкодувати орендодавцеві збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель майна сталися не з його вини.

В тому випадку, якщо орендар своєчасно не повертає орендоване майно, в нього виникає обов'язок сплати неустойки за фактичне користування майном. Так, з врахуванням положень ч.2, 3 ст.291 ГК та ч.1 ст.17 Закону України "Про оренду державного та комунального майна", відповідно до ст. 785 ЦК, у разі припинення договору найму наймач зобов'язаний негайно повернути наймодавцеві річ у стані, в якому вона була одержана, з урахуванням нормального зносу, або у стані, який було обумовлено у договорі. Якщо наймач не виконує обов'язку щодо повернення речі, наймодавець має право вимагати від наймача сплати неустойки у розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення. Аналіз судової практики свідчить, що у цьому випадку неустойка є самостійною майновою відповідальністю у сфері орендних відносин та підлягає стягненню за весь час прострочення зобов'язання щодо повернення речі, що виключає можливість застосування шестимісячного та річного строків нарахування, встановлених ч.6 ст.323 ГК та п.1 ч.2 ст.258 ЦК, оскільки ч.2 ст.785 ЦК встановлює нарахування неустойки за весь час прострочення. Така позиція відображена в постанові Вищого господарського суду України від 09.11.2011р. у справі №5015/4009/11 за касаційною скаргою управління майном спільної власності Львівської облради на рішення господарського суду Львівської області від 28.07.2011р. та постанову Львівського апеляційного господарського суду від 15.09.2011р., а також у постанові Верховного Суду України від 18.04.2011р. про перегляд постанови Вищого господарського суду України від 12.01.2011 р. у справі № 30/191.

В контексті припинення договору оренди значний інтерес для судової практики становить застосування Вищим господарським судом України положень ст.17 Закону України "Про оренду державного та комунального майна" та відповідних норм ГК і ЦК в частині повідомлення орендаря про свої наміри не продовжувати договір оренди та звільнити займані приміщення. Вищий господарський суд, підтримуючи позицію апеляційного господарського суду, постановою від 12.01.2005р. у справі №12/139 в зазначив, що законодавство не містить вказівок на те, яким саме чином сторони повинні виявляти волю щодо припинення дії договору. Також відсутні норми, які б вимагали обов'язкового доказування факту отримання іншою стороною будь-яких письмових повідомлень про припинення дії договору після закінчення його терміну дії. В матеріалах справи є опис вкладення у цінний лист з відміткою відділення поштового зв'язку, що доводить намір позивача-орендодавця повідомити відповідача-орендаря про припинення дії договору оренди. Факт неотримання останнім цього повідомлення до уваги не береться. Також Вищий господарський суд у постанові від 06.10.2011р. у справі №5023/1385/11 наголосив, що чинне законодавство не ставить настання наслідків відмови орендодавця у продовженні договору оренди в залежність від дати отримання орендарем такої відмови, натомість встановлює обов'язок орендодавця вчинити дії по такому повідомленню в межах місячного строку. При цьому наголошено, що такий спосіб захисту як визнання договору продовженим, не передбачено у ст.16 ЦК та ст.20 ГК. У зв'язку з цим слушною є позиція про включення у договір оренди такого положення: "Належним повідомленням орендаря вважаються лише ті листи орендодавця, що були фактично вручені адресатові за умови своєчасного повідомлення орендарем про можливі зміни своєї адреси". Таке положення слід було б передбачити і у ч.2 ст.17 Закону України "Про оренду державного та комунального майна".

Оренда комунального, державного майна є надзвичайно цікавою, проблемною та своєрідною, має свою специфіку і вимагає детальнішого розгляду та вивчення.

КОМІСІЙНІ ПЛАТЕЖІ В КРЕДИТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Лепех С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ч. 12 ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банк самостійно встановлює процентні ставки та комісійну винагороду за надані послуги. Умови кредитних договорів, насамперед про надання споживчого кредиту, щодо прав банку на стягнення комісій різних видів останнім часом дедалі частіше стають предметом уваги судових органів. Однак, саме суперечливе, недосконале правове регулювання цього питання створює для банків можливість отримувати комісійні платежі не лише за фактично надані послуги, але й іноді без надання реального зустрічного представлення. Проблема законності встановлення та стягнення комісійних платежів має кілька складових.

Насамперед, законодавство України не містить вичерпного чи приблизного переліку комісійних платежів, які можуть застосовуватися в процесі здійснення кредитної діяльності банком чи іншою фінансовою організацією. У визначенні поняття кредитного договору (ч. 1 ст. 1054 Цивільного кодексу України), також договору про надання споживчого кредиту як його різновиду (ч. 1 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів») для позичальника в кредитному зобов'язанні встановлено обов'язки щодо повернення позичених ним коштів та сплати нарахованих відсотків (процентів). Стаття 1056-1 Цивільного кодексу України «Проценти за кредитним договором» досить чітко визначає суть такої плати на надану кредитну послугу і про жодні комісії не згадує. Відповідно до пункту д) ч. 2 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» на кредитодавця покладено обов'язок повідомити споживача у письмовій формі про орієнтовну сукупну вартість кредиту (в процентному значенні та грошовому виразі) з урахуванням відсоткової ставки за кредитом та вартості всіх послуг (реєстратора, нотаріуса, страховика, оцінювача тощо), пов'язаних з одержанням кредиту та укладенням договору про надання споживчого кредиту, аналогічна вимога передбачена і абз. 4 ч. 4 ст. 11 цього ж Закону як умова самого договору про надання споживчого кредиту. Привертає увагу той факт, що крім плати за кредитну послугу на основі відсоткової ставки, до сукупної вартості кредиту включені також послуги третіх осіб, перелік яких невичерпний і наведене формулювання дозволяє і самому кредитодавцю передбачити можливість надання супутніх до кредитної послуг. Стосовно характеристики сутності останніх нечіткими є і положення, передбачені Постановою НБУ № 168 від 10.05.2007 року, якою було затверджено Правила надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, адже в цьому нормативному акті в різних пунктах переплутані послуги, що надаються банком, крім кредитної, та третіх осіб. Не зважаючи на те, що ані Цивільний кодекс України, ані Закон України «Про захист прав споживачів» у визначенні понять договорів, на підставі яких виникають кредитні зобов'язання, не передбачають іншої плати за надану кредитну послугу, крім відсотків (процентів), в підзаконному нормативному акті чітко вказується право банку на встановлення різних комісій в цьому ж договорі. Зокрема, відповідно до пункту 3.1. банки зобов'язані в кредитному договорі або додатку до нього надавати детальний розпис сукупної вартості кредиту з урахуванням процентної ставки за ним, вартості всіх супутніх послуг, а також інших фінансових зобов'язань споживача, зазначивши, зокрема, перелік, розмір і базу розрахунку всіх комісій (тарифів) банку, що пов'язані з наданням, обслуговуванням і погашенням кредиту, у тому числі комісії за обслуговування кредитної заборгованості, розрахунково-касове обслуговування, здійснення валютно-обмінних операцій, юридичне оформлення тощо. Отже, такі підходи законодавця щодо стягнення комісій в процесі здійснення кредитної операції є неузгодженими.

Відсутність вичерпного переліку послуг, за які банк міг би встановлювати плату у вигляді комісії призвела до того, що в значній частині випадків такі платежі стягуються за такі дії, що не є надання послуг. Зокрема, за відкриття т.зв. «позичкового рахунку» банки стягують комісію, хоча такий рахунок не є видом банківського рахунку, відповідно жодних послуг в

цьому випадку банком не надається. Перелік комісій іноді включає як одноразові (за видачу кредиту, за підготовку, обробку документів та проведення операції, за зняття кредитних коштів готівкою, за надання інформації про заборгованість, за дострокове повне або часткове повернення кредитних коштів тощо) або періодичні (щомісячні у вигляді фіксованої суми або залежно від залишку, наприклад, за обслуговування кредитної лінії, за розрахунково-касове обслуговування тощо). Значна частина таких комісій є незаконними. Так, наприклад, згідно із абз. 5 ч. 8 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» кредитодавцю забороняється встановлювати споживачу будь-яку додаткову плату, пов'язану з достроковим поверненням споживчого кредиту. Умова договору про надання споживчого кредиту, яка передбачає сплату споживачем будь-якої додаткової плати у разі дострокового повернення споживчого кредиту, є нікчемною. Однак, внесення таких законодавчих змін не зупинило кредитодавців, і такий платіж вони називають штрафом, хоча про жодну відповідальність позичальника тут не йдеться, бо немає самого факту порушення.

Ті ж комісійні платежі, які обґрунтовано встановлюються за надання відповідних послуг банком чи іншим кредитодавцем, повинні стягуватись на підставі договорів про надання таких послуг (наприклад, комісія за обслуговування кредитної лінії – за договором про відкриття кредитної лінії).

Отже, перелік комісійних платежів, які можуть стягуватися в процесі здійснення кредитної діяльності банками чи іншими кредитодавцями, має бути визначений в законодавстві, кожен вид комісії має встановлюватися як плата за надання окремої фінансової чи іншої послуги, опосередкованої досягненням сторонами відповідної домовленості шляхом укладення самостійного чи змішаного договору.

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

Михайлів М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Із розвитком економічних, соціальних та культурних відносин набули особливого поширення в Україні правові відносини з приводу будівництва нерухомого майна. Відносини, що виникають під час зведення об'єкта нерухомості за своїм характером є складними, оскільки немає єдиних підходів як у законодавстві так і в літературі щодо їх поняття та правової природи, а також це пов'язано із труднощами щодо оформлення документів на право забудови тощо.

На сьогоднішній день відбувається значне збільшення обсягу самочинного та незавершеного будівництва, поштовхом цього є наявність недосконалого законодавства у сфері містобудування, неузгодженість дій органів виконавчої влади та місцевого самоврядування з контролю і запобігання самочинному будівництву, неоднозначність судової практики при визнанні права власності на об'єкти самочинного, незавершеного будівництва, складність та значна тривалість дозвільних процедур у сфері містобудування тощо. У зв'язку із цим дослідження поняття та ознак самочинного будівництва є доволі актуальним.

Термін «самочинне будівництво» вперше був закріплений в новому Цивільному кодексі України від 16 січня 2003 року. Відповідно до статті 376 Цивільного кодексу України житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно вважаються самочинним будівництвом, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил. В Цивільному кодексі Української РСР від 18.07.1963 року, вживався термін «самовільне будівництво», зокрема у статті 105 передбачалося, що громадянин, який збудував або буде житловий будинок, здійснив або здійснює його перебудову чи прибудову без встановленого дозволу, або без належно затвердженого проекту, або з істотними відхиленнями від проекту, або з грубим порушенням основних будівельних норм і правил, не вправі розпоряджатися цим будинком чи частиною його (продавати, дарувати, здавати в найом тощо). Визначення поняття самовільного та самочинного будівництва і в ЦК України 2003 року і в ЦК Української РСР 1963 року майже однакові, проте в різні історичні періоди вживалися різні терміни для позначення одного і того самого поняття.

З метою правильного й однакового застосування положень статті 376 Цивільного кодексу України при розгляді цивільних справ, пов'язаних із самочинним будівництвом, пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ 30 березня 2012 року прийняв постанову №6 «Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва)». Відповідно до пункту 4 цієї Постанови при розгляді справ зазначеної категорії судам слід мати на увазі, що самочинним вважається будівництво житлового будинку, будівлі, споруди, іншого нерухомого майна, якщо вони збудовані (будуються) на земельній ділянці, що не була відведена особі, яка здійснює будівництво; або відведена не для цієї мети; або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи, чи належно затвердженого проекту; або з істотним порушенням будівельних норм і правил. Самочинним також вважається будівництво хоча і на підставі проекту, але за наявності істотних порушень зазначених норм та правил як у самому проекті, так і при будівництві, за наявності рішень спеціально уповноважених органів про усунення порушень. Дане визначення поняття самочинне будівництво є більш повним по відношенні до визначення самочинного будівництва, яке міститься в статті 376 ЦК України, проте і воно не повністю підкреслює та розкриває правову природу самочинного будівництва, а також особливості та ознаки будівництва загалом. У зв'язку із чим пропонуємо під самочинним будівництвом вважати будівництво житлового будинку, будівлі, споруди іншого нерухомого майна, якщо вони збудовані або будуються: на земельній ділянці, яка перебуває у власності чи корис-

туванні іншої особи; на земельній ділянці, яка не була відведена для цієї мети; без належного дозволу; без належно затвердженого проекту; з істотним порушенням будівельних норм і правил, що впливають на їх міцність та безпечність.

Враховуючи вище зазначене можна виділити характерні ознаки, які притаманні самочинному будівництву, зокрема це:

1) будівництво житлового будинку, споруди, будівлі або іншого нерухомого майна, яке збудоване або будується на земельній ділянці, яка перебуває у власності чи користуванні іншої особи;

2) будівництво житлового будинку, будівлі, споруди іншого нерухомого майна, яке збудоване або будується на земельній ділянці, яка не була відведена для цієї мети;

3) будівництво житлового будинку, будівлі, споруди іншого нерухомого майна, яке збудоване або будується без належного дозволу, тобто документа, який дає право виконувати будівельні роботи;

4) будівництво житлового будинку, будівлі, споруди іншого нерухомого майна, яке збудоване або будується без належно затвердженого проекту;

5) будівництво житлового будинку, будівлі, споруди іншого нерухомого майна, яке збудоване або будується з істотними порушеннями будівельних норм і правил, що впливають на їх міцність та безпечність.

Отже наявність таких ознак вказує на те, що дане нерухоме майно є самочинним будівництвом і лише при наявності останніх можна ставити питання у судовому порядку про визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно. Тобто дані ознаки і стають тими підставами, які нам дають можливість звернення до суду з позовом про визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно. Також необхідно зазначити, що майно буде вважатися самочинним як при наявності однієї з вище зазначених ознак, так і при наявності двох і більше таких ознак. У зв'язку із цим вважаємо, що визначення самочинного будівництва в ЦК України необхідно доповнити та врахувати при цьому те, що таке будівництво житлового будинку, споруди, будівлі або іншого нерухомого майна, може бути збудоване або будується на земельній ділянці, яка перебуває у власності чи користуванні іншої особи та якщо воно збудоване або будуватися з істотними порушеннями будівельних норм і правил, що впливають на їх міцність та безпечність.

ПРЕДМЕТ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТРЕТЬОЮ ОСОБОЮ У ДОГОВОРАХ ПРО НАДАННЯ ЮРИДИЧНИХ ПОСЛУГ

Михалюк О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Метою зобов'язання є його виконання здійснене належним чином, тобто з дотриманням п'яти основних вимог: належні сторони, належний предмет, належний строк, належний спосіб та належне місце виконання.

Варто зауважити, що у випадку виконання зобов'язання третьою особою у договорах про надання послуг, предмет є специфічною умовою належного виконання зобов'язання. Це впливає з того, що у зв'язку з особистим характером договорів про надання послуг, для кредитора значний інтерес становлять дії чи діяльність, які будуть виконуватись третьою особою, а не результат, що має місце за договором підряду.

Так, Гриняк А. зазначає, що предметом договору підряду виступає індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки. Робота ж (як об'єкт) за наслідками виконання договору підряду не містить матеріальної цінності поза межами матеріального предмета, в якому вона втілена. Предметом договору про надання послуг є сам процес надання послуги, а не досягнення матеріалізованого результату.

Натомість, на думку іншого автора – Поліщука К.В., договір про надання юридичних послуг необхідно відносити до договорів підряду. Так, відповідно до договору про надання юридичних послуг, адвокат готує для клієнта процесуальні документи: позови, клопотання, звернення, скарги тощо. А отже, для гарантій прав клієнта більш слушною є конструкція підряду.

Як видається, вищевказана позиція не відповідає правовій природі послуг. Адже, незважаючи на важливість якісного надання юридичних послуг у судовому процесі, «послуга» невіддільна від діяльності, тобто в даному випадку немає передачі результату. А отже, про жодні гарантії у вигляді результатів правової допомоги у даному випадку йтися не може.

Одночасно, необхідно розмежовувати якість наданих послуг та порушення зобов'язання у випадку наявності вини особи (умислу або необережності). Так, надання неякісних послуг ще не є підставою вважати особу винною у порушенні зобов'язання. Це пов'язано з тим, що правове тлумачення «якості послуги» є неформалізоване та не закріплене в законодавстві. Разом з тим, законодавець вказує, що особа є невинуватою, якщо доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання.

З огляду на вищевикладене, впливає, що особливістю договору про надання послуг є процес його виконання, а не передача результату такого виконання. Таким чином, виконання договору про надання послуг конкретною особою є пріоритетним для замовника.

Разом з тим, заслуговує на увагу цікава проблема, яка піднімається Беневоленскою Е.Е. щодо можливості створення змішаного договору, який включає елементи договору про надання послуг та договору підряду, наприклад, можливість внесення в договір про надання послуг зобов'язання щодо результату.

Говорячи про змішаний договір з ознаками договору про надання послуг та підряду стає не зовсім зрозуміло можливість укладення такого договору з огляду на різний характер, а головне, результат таких договорів. Так, для прикладу, сумнівним є можливість передбачити результат вирішення справи в суді у випадку надання юридичних послуг. Разом з тим, звичайно для представника набагато вдалішим є передбачити припинення договору, а відтак, отримання грошової винагороди, у випадку закінчення представлення інтересів в суді. Одночасно, в даному випадку йдеться про принцип свободи договору, а тому відповідно до чинного законодавства, сторони вправі передбачати в договорі будь-які умови, які вважають необхідними та які не суперечать чинному законодавству. Встановлення, знову ж таки, в договорі про надання юридичних послуг результату – у вигляді прийняття рішення на користь довірителя, може ма-

ти місце, оскільки не заборонена законом. Інша річ, навіть за умови згоди на таку умову договору представником, у зв'язку з ризиком неотримання винагороди у випадку програшу справи, представник очевидно буде хотіти встановити вищу суму, аніж за звичайних умов надання юридичних послуг.

Приклад вищевказаної позиції можна прослідкувати і в судовій практиці. Так, позивач звернувся до Нахімовського районного суду м.Севастополя про розірвання договору з відповідачем та стягнення коштів. В своїй позовній заяві сторона посилалася на те, що 14.04.2010р. сторони уклали договір про надання послуг. Згідно даного договору відповідач зобов'язався надавати позивачу юридичні послуги по представництву інтересів позивача в суді, а саме надавати консультації з питань, пов'язаних з виконанням договору, здійснювати юридичну допомогу у збиранні необхідних документів та матеріалів, вести справи в судових та інших органах. Позивач, в свою чергу, повинна була сплатити вказані послуги, надати відповідачу документи та відомості, необхідні для представництва інтересів позивача в процесі виконання договору. Позивач свої обов'язки по договору виконала належним чином, сплатив надання юридичних послуг в розмірі 300 грн., 3250,00 грн., 250 грн., тобто зробила передоплату в розмірі 3800,00 грн. Відповідач свої зобов'язання по договору не виконав належним чином, після укладення договору відповідач доручив підготовку замовленого позивачем позову третій особі, що не було передбачено умовами договору та не було погоджено з позивачем. Позивач стверджує, що позовна заява була складена на низькому професійному рівні; зобов'язання виконавця по договору не виконані. А відтак, позивач вважає, що відповідачем були надані неякісні юридичні послуги.

Досліджуючи матеріали справи, судом встановлено, що предметом договору, укладеного сторонами, було досягнення мети щодо розірвання договору з фізичною особою-підприємцем та стягненні сплачених за договором грошових коштів в сумі 2400,00 грн в іншому судовому процесі.

Таким чином, суд відмову в задоволенні позовних вимог мотивував тим, що фактично мета укладеного з відповідачем договору про надання юридичних послуг була досягнута, позовні вимоги позивача до фізичної особи-підприємця задоволені. А тому, суд не вбачає підтвердження того, що юридичні послуги надавалися неякісно. Окрім цього, суд вказав, що зміст договору, його умови, відповідають принципам свободи договору, у зв'язку з чим, судом не оцінюються.

Виходячи з вищевикладеного, слід зробити наступні висновки. У випадку виконання договору про надання юридичних послуг третьою особою, для особи замовника важливою є особа виконавця, оскільки саме вона буде здійснювати дії чи діяльність, які є предметом договору. Разом з тим, з огляду на принцип свободи договору, сторони укладаючи договір про надання юридичних послуг, мають право передбачити в предметі договору зобов'язання щодо певного результату.

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Навроцька Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Після прийняття Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 07.07.2010 року, яким було проведено судову реформу в Україні, цивільне судочинство продовжує удосконалюватися, насамперед, із урахуванням потреб судової практики та правозастосування. Зокрема, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розгляду справ Верховним Судом України» № 3932-VI від 20 жовтня 2011 року, дещо реформовано провадження з перегляду судових рішень у цивільних справах Верховним Судом України. Основні новели правового регулювання перегляду судових рішень у цивільному процесі Верховним Судом України стосуються строків подання заяви про перегляд судових рішень, складу Верховного Суду України при перегляді судових рішень, а також повноважень за результатами перегляду. На цих основних моментах і зупинимось далі.

Зокрема, ЦПК встановлено, що заява про перегляд Верховним Судом України судових рішень у цивільних справах подається протягом трьох місяців із дня ухвалення судового рішення, щодо якого подано заяву про перегляд, але не пізніше одного року з дня ухвалення цього рішення; чи з дня ухвалення судового рішення, на яке здійснюється посилання на підтвердження такої підстави для перегляду як неоднакове застосування норми матеріального права (п.1 ч.1 ст.355 ЦПК), якщо воно ухвалено пізніше, але не пізніше одного року з дня ухвалення судового рішення, про перегляд якого подається заява.

Тут слід звернути увагу, що законом не встановлено будь-яких часових обмежень щодо ухвалення судового рішення, прийнятого до ухвалення рішення, про перегляд якого подається заява і на яке посилається заявник на підтвердження підстави для перегляду. У Постанові Пленуму ВССУ від 30.09.2011 року № 11 «Про судову практику застосування статей 353–360 Цивільного процесуального кодексу України» (далі – Постанова Пленуму ВССУ) наголошується, що у зв'язку із цим зазначеним судовим рішенням, що набрало законної сили, може бути рішення суду касаційної інстанції, який відповідно до чинного на час ухвалення рішення законодавства, здійснював перегляд судових рішень у касаційному порядку, тобто і ВСУ, що до судової реформи 2010 року здійснював функції касаційної інстанції в цивільному судочинстві.

Встановлений у ст. 356 ЦПК річний строк є присікальним, а тому такий строк поновленню не підлягає, і недодержання умови щодо річного строку для подання заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України є підставою для відмови у допуску справи до провадження. Зокрема, у Постанові Пленуму ВССУ дається тлумачення, що рішення не підлягає допуску до перегляду Верховним Судом України, якщо протягом одного року з моменту його ухвалення не виникло підстав для його перегляду, тобто не ухвалено рішення, яким судом (судами) касаційної інстанції неоднаково застосовано одні й ті самі норми матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах. Крім того, рішення не підлягає допуску до провадження в разі, якщо протягом одного року було ухвалено інше рішення, але протягом цього строку не подано відповідної заяви про його перегляд.

Строк для подання заяви про перегляд судового рішення Верховним Судом України з підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом (п.2 ч.1 ст.355 ЦПК), становить один місяць. Початок його перебігу прив'язується до моменту, коли особі, на користь якої постановлено рішення такою міжнародною судовою установою, стало відомо про набуття цим рішенням статусу остаточного.

У Постанові Пленуму ВССУ зазначається, що подання заяви про перегляд судових рішень із підстави, передбаченої п.2 ч.1 ст.355 ЦПК, пізніше одного місяця з дня, коли особі, на користь якої ухвалено рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, стало достовірно відомо про набуття цим рішенням статусу остаточного, виключає допуск справи до провадження. Така позиція не узгоджується із положенням ч.3 ст.356 ЦПК щодо можливості поновлення пропущеного з поважних причин такого строку для подання заяви про перегляд, і це, на жаль, не враховано при внесенні змін до відповідної Постанови Пленуму ВССУ від 30 березня 2012 року.

Тримісячний та місячний строки подання заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України є процесуальними і на загальних підставах підлягають поновленню, якщо пропущені з поважних причин. Відповідним положенням статтю 356 ЦПК було доповнено наприкінці грудня 2012 року. Також законодавство тепер чітко визначає, що відсутність клопотання про поновлення пропущеного строку або відмова у його поновленні тягне за собою залишення заяви про перегляд судового рішення без розгляду, про що постановляється ухвала. Питання про поновлення строку для подання заяви про перегляд судового рішення або про залишення заяви без розгляду вирішується судом без виклику осіб, які беруть участь у справі.

Також треба звернути увагу на зміни щодо складу Верховного Суду України при перегляді судових рішень. Так, до внесення змін до ЦПК України від 20.10.2011 р., передбачалося, що перегляд судових рішень у Верховному Суді України здійснювався на засіданні ВСУ, яке вважалося повноважним за умови присутності на ньому не менше двох третин суддів від складу Верховного Суду України, визначеного законом. Таким чином, відповідно судової реформи 2010 року, судді ВСУ розглядали спільно справи усіх юрисдикцій (цивільної, господарської, адміністративної та кримінальної), що вимагало вдосконалення їх спеціальних знань та більш фахової підготовки з усіх галузей права, щоби ними попереозмінно не виконувалася роль пасивних слухачів справ інших судових юрисдикцій. Саме у зв'язку із загрозою останнього, очевидно, було внесено зміни до ЦПК України щодо складу ВСУ при перегляді судових рішень.

Основні зміни торкнулися визначення складу ВСУ при перегляді судових рішень залежно від підстави перегляду. Так, відповідно до ст.360-2 ЦПК України, у Верховному Суді України справа про перегляд судового рішення з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що мало наслідком ухвалення різних за змістом судових рішень, розглядається на засіданні Судової палати у цивільних справах ВСУ. Засідання є правомочним за умови присутності на ньому не менше двох третин суддів від складу Судової палати у цивільних справах ВСУ. Якщо судові рішення оскаржується з підстав неоднакового застосування одних і тих самих норм матеріального права судами касаційної інстанції різної юрисдикції, справа розглядається на спільному засіданні судових палат ВСУ, до складу яких входять судді відповідної спеціалізованої юрисдикції. Засідання є правомочним за умови присутності на ньому не менше двох третин суддів від загального складу відповідних судових палат ВСУ. Справа про перегляд судового рішення з підстави, встановленої п.2 ч.1 ст.355 ЦПК, розглядається на спільному засіданні всіх судових палат ВСУ. Засідання є правомочним за умови присутності на ньому не менше двох третин суддів від складу ВСУ, визначеного законом.

Такий законодавчий підхід видається більш раціональним та сприятиме більш ефективній роботі Верховного Суду України та чіткішій спеціалізації суддів.

Також суттєво змінено повноваження ВСУ за результатами перегляду. Раніше, аналізуючи повноваження ВСУ за наслідками розгляду справи, можна було зробити висновок, що ВСУ фактично не досліджує обставини справи, а лише перевіряє правильність застосування норми матеріального права у подібних правовідносинах. І якщо ВСУ встановить, що судові рішення у справі, яка переглядається, є незаконним, він скасовував його повністю або частково і направляв справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції. А якщо судові рішення оскаржувалося з підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом, то ВСУ скасовував оскаржуване рішення повністю або частково і направляв справу на новий розгляд до суду, який виніс оскаржуване рішення. За результатами перегляду судових

рішень Верховний Суд не був наділений повноваженням вирішення справи по суті, що, на мою думку, правильно було усунуто останніми змінами інституту перегляду судових рішень в цивільних справах Верховним Судом України.

Зараз же, відповідно до ст.360-4 ЦПК, якщо суд установить, що судові рішення у справі, яка переглядається з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що мало наслідком ухвалення різних за змістом судових рішень, є незаконним, він скасовує його повністю або частково і приймає нове судові рішення, яке має містити висновок про правильне застосування норми матеріального права щодо спірних правовідносин та обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з цього питання. Якщо судові рішення у справі переглядається з підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом, суд скасовує оскаржуване рішення повністю або частково і має право прийняти нове судові рішення або направити справу на новий розгляд до суду, який виніс оскаржуване рішення.

Безсумнівно, можливість Верховного Суду України вирішити справу по суті, дозволяє у відповідній постанові за результатами перегляду фіксувати позицію найвищої судової інстанції щодо правильності застосування тих чи інших норм права, яким фактично надається прецедентний характер. Підтвердженням цього є положення ч.2 ст.214 ЦПК, які теж є новелою для цивільного судочинства, що при виборі правової норми, що підлягає застосуванню до спірних правовідносин, суд зобов'язаний враховувати висновки Верховного Суду України, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що мало наслідком ухвалення різних за змістом судових рішень.

ПІДСТАВИ ВИЗНАННЯ БАТЬКІВСТВА В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Рубець І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Глава 12 Сімейного кодексу України 2002 року (далі - СК України), яка регулює відносини визначення походження дитини, встановлює добровільний та судовий порядок здійснення цієї процедури. Судовий порядок передбачає два можливі варіанти: 1) звернення з позовом про визнання батьківства особою, яка вважає себе батьком дитини (абз. 2 ч. 3 ст. 128, ст. 129 СК України); 2) звернення уповноваженою особою в інтересах дитини з позовом про визнання батьківства особи, яка своє батьківство заперечує (абз. 1 ч. 3 ст. 128 СК України). У першому випадку особа, чиє батьківство визнається в судовому порядку, виступатиме позивачем у справі про: 1) визнання батьківства дитини, народженої жінкою, яка в момент зачаття або народження перебувала у шлюбі з іншим чоловіком (на дитину поширювалась дія презумпції шлюбного походження) та автоматично про оспорювання батьківства останнього (ст. 129 СК України); 2) визнання батьківства дитини, запис про батька якої вчинено відповідно до ч. 1 ст. 135 СК України (за вказівкою матері)(абз. 2 ч. 3 ст. 128 СК України). Однак, видається можливим подання позову про визнання батьківства і в тих випадках, коли державна реєстрація дитини проводилась за рішенням органу опіки та піклування (відповідно до ч. 2 ст. 135 СК України), а тому пропонується з 4 ст. 128 СК України слова «частини першої» виключити. Цікавим є також те, що СК України не надає можливості чоловікові подати позов про визнання батьківства дитини, яка зареєстрована відповідно до положень ст. 126 СК України (за заявою жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою). Можливо, спроба усунення цієї прогалини була зроблена у ч. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів», де вказано, що в судовому порядку батьківство може бути оспорено і тоді, коли при реєстрації народження дитини її батьком на підставі спільної заяви батьків записано особу, яка не перебувала у шлюбі з матір'ю дитини. Втім, дана норма фактично дублює зміст норми ч. 1 ст. 136 СК України, яка надає право оспорити своє батьківство чоловікові, записаному батьком дитини відповідно до ст. 126 СК України, а отже не стосується оспорювання батьківства іншими суб'єктами, зокрема чоловіком, який вважає себе батьком дитини. Тому, слід визнати, що право чоловіків у поданні позову до іншого чоловіка про визнання батьківства неправомірно обмежене статтею 129 СК України, зміст якої потрібно розширити і назвати «Спір про батьківство» за аналогією із ст. 139 СК України «Спір про материнство». Адже для жінок немає жодних подібних обмежень і будь-яка жінка, яка вважає себе матір'ю дитини, має право пред'явити позов до жінки, яка записана матір'ю дитини, про визнання свого материнства. Тому пропонуємо викласти ч.1 ст. 129 СК України у наступній редакції: «Чоловік, який вважає себе батьком дитини, має право пред'явити позов до чоловіка, який записаний батьком дитини, про визнання свого батьківства».

У другому випадку, коли ймовірний батько дитини виступає по даній категорії справ відповідачем, для того, щоб справа була прийнята до розгляду судом необхідно дотримання кількох умов: відсутність зареєстрованого шлюбу між батьками дитини; відсутність спільної заяви чоловіка та жінки, які не перебувають у шлюбі між собою про визначення походження дитини від батька (ст. 126 СК України); запис про батька дитини у Книзі реєстрації народжень здійснено в порядку статті 135 СК України. В такому разі заявниками у позові про визнання батьківства можуть бути матір, опікун, піклувальник дитини, особа, яка утримує та виховує дитину та сама дитина по досягненні повноліття. Переважно з таким позовом звертається мати дитини. Частина 2 ст. 128 СК України підставою для визнання батьківства в судовому порядку визначає будь-які відомості, що засвідчують походження дитини від певної особи, зібрані відповідно до Цивільного процесуального кодексу України 2004 р. (далі – ЦПК України). Слід додати, що Кодекс про шлюб та сім'ю України 1969 р. (далі - КпШС), який регулював окреслені відносини до набрання чинності СК України, визначав підстави встановлення батьківства

по-іншому. А саме, у ст. 53 КпШС зазначалось, що при встановленні батьківства суд бере до уваги спільне проживання та ведення спільного господарства матір'ю дитини і відповідачем до народження дитини, або спільне виховання чи утримання ними дитини, або докази, що з достовірністю підтверджують визнання відповідачем батьківства.

Вирішення проблеми розбіжності цих норм міститься у вищезгаданій Постанові Пленуму Верховного Суду України. У п. 1 ч. 3 Постанови зазначається, що суди, вирішуючи питання про те, якою нормою слід керуватися при розгляді справ цієї категорії, повинні виходити з дати народження дитини. Так, при розгляді справ про встановлення батьківства щодо дитини, яка народилася до 1 січня 2004 р., необхідно застосовувати відповідні норми КпШС. Справи про визнання батьківства щодо дитини, яка народилася не раніше 1 січня 2004 р., суд має вирішувати відповідно до норм СК України.

Таким чином, походження дитини може встановлюватися судом з урахуванням усіх можливих обставин. Застосовуватися можуть будь-які засоби доказування, передбачені цивільним процесуальним законодавством, в тому числі висновок експерта, як основна відмінність підстав визнання батьківства СК України та КпШС. Оскільки при діючій редакції статті 53 КпШС судова експертиза (по даній категорії справ найефективнішою є генетична експертиза, яку ще називають молекулярно-генетична індивідуалізація, геномна дактилоскопія, ДНК-дактилоскопія, та ін.), яка з величезною вірогідністю могла заперечити або спростувати батьківство, проте не підпадала під жодну із підстав, передбачених ч. 3 зазначеної статті, то призначена судом вона могла бути лише у тих випадках, коли у справі підтверджувались обставини, що бралися судом до уваги, проте відповідач своє батьківство заперечував, або якщо необхідно було з'ясувати батьківство для встановлення обставин у якійсь іншій справі, наприклад про згвалтування, статеві відносини з особою, що не досягла відповідного віку тощо. На думку Ахмедханової А.М., саме цей парадокс став основною підставою впровадження нових правил про визнання батьківства.

Зрозуміло, що в сучасних умовах, коли судова експертиза знаходиться на рівні з іншими засобами доказування по даній категорії справ, а вірогідність підтвердження або спростування батьківства за її допомогою рівна майже 100 %, то результат експертизи є найбільш істотним доказом в справах про визнання батьківства. Проте, висновки експертизи необхідно оцінювати з урахуванням положень ст. 212 ЦПК України, згідно з якою жоден доказ не має для суду наперед установленого значення, суд повинен у кожному випадку оцінювати всі докази в їх сукупності. Кондрашов С.А. дотримується думки, що представлення ймовірності батьківства в процентному вираженні щонайменше не зовсім коректно. Оскільки значення ймовірності на рівні 95-99% і більше буде психологічно сприйматися судом як доказ батьківства. Насправді ж це далеко не достатній рівень доказовості. Харитонов Є. О. зазначає, що оскільки в законі йдеться не про встановлення, а саме про визнання батьківства, поряд з біологічним критерієм, важливим у доведенні існування якого є висновок експерта, суд досліджує і юридичні критерії, за якими можна дійти висновку про батьківство. Такі докази він називає побічними. Ними можуть бути листи, телеграми відповідача, будь-яка особиста переписка, де наявна інформація про народження певною жінкою дитини від нього; заява відповідача за місцем роботи про надання йому відпустки у зв'язку з народженням дитини; до уваги можна брати показання свідків про виявлення відповідачем турботи про дитину та її матір, постійні стійкі відносини з матір'ю дитини до і (або) після народження дитини, спільне обрання імені дитини тощо. Якщо ж можливість з'ясування питання батьківства за допомогою побічних доказів практично відсутня (наприклад, неможливо відшукати потрібні докази або вони відсутні, бо зв'язок матері дитини та відповідача за позовом про визнання батьківства носив випадковий характер), то визнання або спростування батьківства без сумніву можна і слід здійснювати, в першу чергу, на підставі доведення (заперечення) кровного походження дитини від батька, тобто, за допомогою генетичної експертизи.

Більш детального аналізу потребує формулювання норми ч. 2 ст. 128 СК України, де вказано, що підставою для визнання батьківства є будь-які відомості, що засвідчують походження дитини від певної особи, зібрані відповідно до ЦПК України. По-перше, ЦПК України доказами визначає не будь-які відомості, а будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та

інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Термін відомості несе в собі зовсім інший зміст. Зокрема, під ним розуміють дані, вісті, звістки, в тому числі чутки, непевні повідомлення, тощо. Ч. 4 ст. 60 ЦПК передбачає, що доказування не може ґрунтуватися на припущеннях, а тому брати до уваги будь-які відомості звичайно ж не можна. Окрім цього, спірною є і положення ч. 2 ст. 128 СК України про те, що ці відомості засвідчують походження дитини. Адже походження дитини є певним фактом, і засвідчений він повинен бути належним чином, а не просто міститися як інформація у певних відомостях. Стаття 121 СК України передбачає, що походження дитини від батьків засвідчується органом державної реєстрації актів цивільного стану, а отже, саме актовий запис у Книзі реєстрації народжень є фактом, який засвідчує походження дитини. Очевидно, більш правильним є твердження, що докази, які підтверджують походження дитини від певної особи, є підставою для задоволення позову про визнання батьківства. На підставі цього рішення відповідні зміни буде внесено до актового запису про народження та до Державного реєстру актів цивільного стану, які і будуть засвідчувати походження дитини від певних осіб.

Тому, керуючись вищезазначеними міркуваннями, видається доцільним внести відповідні зміни до СК України, а саме, норму ч. 2 ст. 128 СК України слід викласти в наступній редакції: «Суд постановляє рішення про визнання батьківства, якщо походження дитини від певної особи підтверджується будь-якими доказами, передбаченими Цивільним процесуальним кодексом України».

ДІЯ ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Сеник С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед основних засад судочинства у ст. 129 Конституції України закріплено гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами. На виконання цього конституційного положення у ст. 6 ЦПК України визначено правове регулювання дії принципу гласності та відкритості у цивільному процесі.

Згідно ч. 1 ст. 6 ЦПК України дія принципу гласності полягає в тому, що розгляд цивільних справ, за загальним правилом, відкритий. Відповідно до ч. 2 ст. 6 ЦПК України ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про час і місце розгляду своєї справи. У процесуальній доктрині стверджується, що принцип гласності сприяє зниженню суб'єктивізму суддів та дозволяє усім бажаючим бути присутніми на судовому засіданні та переконатись в додержанні встановлених процесуальним законом правових процедур розгляду і вирішення справи.

Із загальних правил дії цього принципу є певні винятки.

I. ЦПК України передбачає підстави та порядок проведення закритого судового розгляду цивільної справи.

Ознаки закритого судового розгляду:

1) якщо відкритий розгляд може привести до розголошення державної або іншої таємниці, яка охороняється законом, - то суд з власної ініціативи постановляє ухвалу про закритий судовий розгляд;

2) з метою забезпечення таємниці усиновлення, запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, або відомостей, що принижують їх честь і гідність, постановляє ухвалу про закритий судовий розгляд - суд за клопотанням осіб, які беруть участь у справі,;

3) про закритий судовий розгляд в нарадчій кімнаті постановляється ухвала, що не підлягає оскарженню;

4) при закритому судовому розгляді присутні склад суду, що розглядає справу та особи, які беруть участь у справі. Проте, згідно ч. 5 ст. 6 ЦПК України у разі необхідності - свідки, експерти, спеціалісти і перекладачі;

5) судові рішення, прийняте за результатами закритого судового розгляду проголошується в закритому судовому засіданні.

II. Згідно ч. 4 ст. 6 ЦПК України особисті папери, листи, записи телефонних розмов, телеграми та інші види кореспонденції можуть бути оголошені у судовому засіданні тільки за згодою осіб, визначених Главою 22 ЦК України. Це правило застосовується при дослідженні звуко-і відеозаписів такого самого характеру.

III. Відповідно до ч. 8 ст. 6 ЦПК України учасники цивільного процесу та інші особи, присутні на відкритому судовому засіданні, мають право робити письмові записи, а також використовувати портативні аудіотехнічні пристрої. Проведення в залі судового засідання фото-і кінозйомки, відео-, звукозапису із застосуванням стаціонарної апаратури, а також транслявання судового засідання по радіо і телебаченню допускаються на підставі ухвали суду за наявності згоди на це осіб, які беруть участь у справі.

IV. Згідно ч. 9 ст. 8 ЦПК України рішення суду проголошується прилюдно, крім випадків, коли розгляд проводився у закритому судовому засіданні. Особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду відповідної справи. Особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право знайомитися з матеріалами справи, робити з них витяги, знімати копії з документів, долучених до справи, одержувати копії рішень і ухвал.

У. Цей принцип включає також і правило про фіксацію судового процесу. Так, відповідно до ч.ч. 10-11 ЦПК України хід судового засідання фіксується технічними засобами. Порядок фіксування судового засідання технічними засобами встановлюється Главою 5 Розділу III ЦПК України. Офіційним записом судового засідання є лише технічний запис, зроблений судом.

Слід зазначити, що згідно ч. 2 ст. 197 ЦПК України фіксування судового засідання технічним засобом здійснює секретар судового засідання або за розпорядженням головуючого інший працівник апарату суду. У разі неявки в судове засідання всіх осіб, які беруть участь у справі, чи в разі якщо відповідно до положень цього Кодексу розгляд справи здійснюється судом за відсутності осіб, які беруть участь у справі, фіксування судового процесу за допомогою звукозаписувального технічного засобу не здійснюється (*Рішення КСУ від 8 листопада 2011р. – справа про фіксування судового процесу технічними засобами*).

ВІНДИКАЦІЯ БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Саванець Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Доволі часто на практиці трапляються випадки незаконного списання бездокументарних цінних паперів шляхом фальсифікації розпорядження депонента та підробки документів або у результаті неналежного виконання обов'язку щодо здійснення депозитарної операції депозитарними установами. У випадку безпідставного зарахування цінних паперів на рахунок будь-якої особи, віндикація на підставі ст. 387 цивільного кодексу України (далі - ЦК України) можлива шляхом витребування бездокументарних цінних паперів шляхом повернення їх на рахунок власника. Відмова в поверненні неправомірно відчужених цінних паперів суперечить таким основним засадам цивільного права як неприпустимість позбавлення права власності та відновлення становища, яке існувало до порушення.

З аналізу Інформаційного листа ВГС України "Про деякі приписи законодавства, яке регулює питання, пов'язані із здійсненням права власності та його захистом" від 31.01.2001 № 01-8/98 слідує, що позов про витребування майна із чужого незаконного володіння підлягає задоволенню у випадку встановлення судом наступних обставин: 1) позивачем може бути власник майна, який на момент подання позову не володіє цим майном; 2) можливою є конкретизація витребуваного майна шляхом встановлення його індивідуально-визначених ознак; 3) спірне майно знаходиться в незаконному володінні відповідача на момент розгляду справи в суді; 4) відсутність волевиявлення власника на відчуження власного майна та недобросовісність набувача цього майна і відповідача по справі. Розглянемо детальніше кожен із зазначених обставин з метою з'ясування можливості віндикації бездокументарних цінних паперів.

Першою із наведених умов є встановлення за позивачем статусу власника бездокументарних цінних паперів, які на момент подання позову вибули із його володіння. Керуючись ч. 3 ст. 5 Закону України "Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні" з'ясуємо, що з моменту зарахування бездокументарних цінних паперів на рахунок набувача у зберігача, особа, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ними стає їх власником, а у колишнього власника припиняється право власності і відповідно можливість витребування власних бездокументарних цінних паперів. Доказом правомочностей власника із володіння якого без відповідної правової підстави вибули бездокументарні цінні папери на подання віндикаційного позову слід вважати виписку з рахунку у цінних паперах, що підтверджує право власності на них та була надана зберігачем під час перебування цінних паперів на його рахунку, інші докази його права власності на оспорюванні бездокументарні цінні папери, включаючи документи, на підставі яких він їх набув, наприклад цивільно-правовий договір, заповіт. У розглядуваному контексті слід звернути увагу також і на той факт, що діюча система обліку прав за цінними паперами через здійснення записів на рахунках не дозволяє фіксувати право неволодіючого власника або володіючого не власника, передбачаючи можливість фіксації тільки права власності на цінні папери. З урахуванням специфіки об'єкта, що є предметом спору, достатніми доказами права власності на витребувані у порядку віндикації цінні папери можна вважати надання позивачем документальних даних, складених на основі записів у обліковому реєстрі власників цінних паперів, які засвідчують, що відповідні цінні папери були набуті ним із дотриманням встановлених законом вимог і знаходилися на його рахунку, з якого зараховані на рахунок відповідача за відсутності правових підстав. Зважаючи на те, що найбільшою складністю для позивача є доведення його права власності на цінні папери в узагальненнях судової практики необхідно чітко встановити, що виписка з рахунку у цінних паперах не є єдиним доказом права власності позивача на оспорюванні бездокументарні цінні папери.

Другою умовою віндикації є індивідуалізація майна, що витребується із чужого незаконного володіння. У літературі простежується думка, що об'єктом віндикаційного позову в усіх без винятку випадках є індивідуально-визначена річ, що існує в природі, і тому

пред'явлення віндикаційного позову стосовно речей визначених родовими ознаками неможливе. Справді, надзвичайно важко витребувати не індивідуально-визначене майно через складність встановлення, що це саме те майно, яке вибуло із володіння власника. Проте, з матеріалів судової практики, а також вищезазначеного листа ВГС України слідує, що витребуване майно може належати і до категорії речей визначених родовими ознаками за умови його індивідуалізації. Правова природа бездокументарних цінних паперів не дозволяє їх віднести до індивідуально-визначених речей, а лише до речей визначених родовими ознаками. Проте, подаючи позов про витребування бездокументарних цінних паперів із чужого незаконного володіння позивач, як правило, вказує на їх вид, кількість, міжнародний ідентифікаційний номер, а також зазначає найменування емітента, що є індивідуалізуючими ознаками стосовно бездокументарних цінних паперів, і тому не породжує жодних труднощів ідентифікації витребуваного майна. Таким чином, враховуючи наведене, та те, що законодавство прямо не передбачає в якості необхідної умови при витребуванні майна із чужого незаконного володіння його індивідуальну визначеність не існує підстав унеможливити використання власником, з метою захисту порушеного права, віндикаційного позову стосовно бездокументарних цінних паперів.

Наступною умовою віндикації є знаходження майна у незаконному володінні відповідача на момент розгляду справи в суді. В силу специфіки оборотоздатності бездокументарних цінних паперів цілком можливою є ситуація, за якої на момент розгляду справи у суді, або ще на стадії подання позовної заяви вони будуть відчужені третій особі і вибудуть із володіння відповідача. Позов про витребування майна, поданий до особи, у незаконному володінні якої це майно раніше перебувало, але у якої воно на момент розгляду справи в суді відсутнє, не може бути задоволений. У такій ситуації доцільним було б просити суд про застосування такого засобу забезпечення позову як накладення арешту на бездокументарні цінні папери відповідача, що є предметом позову.

Слід звернути увагу ще і на той факт, що позивач має можливість отримати інформацію про особу набувача тільки за допомогою направлення відповідного запиту судом, оскільки відповідно до Закону України "Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні" довідки про операції з цінними паперами та рахунки в цінних паперах видаються тільки депонентам або за їх письмовим дорученням - іншим особам, до яких позивач не відноситься в силу факту відсутності на його рахунку цінних паперів.

Четвертою умовою, що уможлиблює пред'явлення віндикаційного позову є відсутність волевиявлення власника на відчуження власного майна. Суду необхідно уважно вивчити та дослідити усі обставини заволодіння бездокументарними цінними паперами набувачем, дати правову оцінку волевиявленню їх власника, встановити відплатність чи невідплатність їх набуття, добросовісність дій набувача, провести аналіз усіх доказів, що у своїй сукупності спричинює складність судового розгляду позовів про витребування бездокументарних цінних паперів з чужого незаконного володіння.

Таким чином, з врахуванням того, що бездокументарні цінні папери є специфічним об'єктом цивільних прав, відмова від можливості використання віндикаційного позову буде порушенням принципу, що гарантує кожному власнику будь-якого майна, в тому числі і власнику бездокументарних цінних паперів права на захист. Для реалізації цієї засади слід виробити єдиний підхід у судовій практиці щодо віндикації бездокументарних цінних паперів.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ НАСЛІДКИ НАЯВНОСТІ МІЖ СТОРОНАМИ ДОГОВОРУ ПРО ПЕРЕДАЧУ СПРАВИ НА ВИРІШЕННЯ ДО ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Скрипець Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кожна особа вправі вибирати спосіб реалізації свого конституційного права на захист. Одні для захисту свого порушеного, невизнаного чи оспореного права звертаються до суду. Інші – вирішують не звертатись до суду, а надають перевагу використанню альтернативних способів розв'язання конфліктів, найпоширенішим з яких є передача спору на розгляд третейському суду.

Необхідною передумовою для звернення до третейського суду є наявність між сторонами третейської угоди, укладеної у встановленому законом порядку. Законодавець не став формалізувати порядок укладення третейської угоди чи визначати обов'язкові для неї реквізити. Відтак, навіть звичайна помітка у договорі про те, що в разі виникнення спору він підлягає вирішенню у порядку третейського судочинства, вважатиметься третейською угодою, укладеною у формі третейського застереження.

На практиці часто трапляються випадки, коли сторони укладають між собою третейську угоду, проте згодом, з тих чи інших причин, не хочуть вирішувати спір у третейському суді, тому звертаються з позовом до суду у порядку цивільного судочинства. У даній статті ми розглянемо можливі варіанти реагування суду загальної юрисдикції на звернення до нього з позовом осіб, між якими укладено договір про передачу справи на розгляд до третейського суду, в залежності від стадії цивільного процесу:

1. Відкриття провадження у справі. На цій стадії розгляду цивільної справи суд загальної юрисдикції не може жодним чином відреагувати на наявність між сторонами договору про передачу справи на розгляд третейського суду. Адже, наявність такої угоди між сторонами, згідно з вимогами ст. 121, 122 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) не може бути підставою для повернення чи залишення без руху позовної заяви або ж для відмови у відкритті провадження у справі. Окрім цього, законодавець не покладає обов'язку на позивача у позовній заяві зазначати про наявність між ним та відповідачем у справі договору про передачу справи на розгляд третейського суду. Відтак, на стадії відкриття провадження у справі ця інформація залишається невідомою і для суду.

2. Проведення у справі досудового розгляду. На цій стадії цивільного процесу суддя вчиняє одноособові дії по підготовці справи до судового розгляду, а також проводиться попереднє судове засідання, у випадку прийняття суддею рішення про необхідність його проведення.

Саме на цьому етапі розгляду справи суд може довідатись про наявність між сторонами договору про передачу справи а розгляд до третейського суду з двох джерел: 1) з заперечення відповідача проти позову; 2) чи від сторін під час попереднього судового засідання. Так, відповідно до ч.3 ст.130 ЦПК України, для врегулювання спору досудового розгляду суд з'ясовує, зокрема чи не бажають сторони передати справу на розгляд до третейського суду. Отож, саме під час попереднього судового засідання одна зі сторін може подати суду обгрунтоване заперечення проти вирішення спору у суді з мотивів наявності між сторонами укладеної третейської угоди. Варто зазначити, що таке заперечення може бути і складовою заперечення відповідача проти позову, що подається на цій же стадії цивільного процесу. У даному випадку суд зобов'язаний постановити ухвалу про залишення позовної заяви без розгляду, відповідно до п.6 ч.1 ст.207 ЦПК України.

Слід наголосити на тому, що суд не має права постановляти ухвалу про залишення позовної заяви без розгляду у випадку, коли між сторонами укладений договір про передачу справи на розгляд до третейського суду, проте жодна з них не заявила заперечення проти розгляду такої справи у суді загальної юрисдикції.

Варто пам'ятати і про те, що недопускається залишення позовної заяви без розгляду у випадках, якщо третейською угодою передбачена передача на розгляд третейського суду справи, яка йому не підвідомча відповідно до ст.6 Закону України «Про третейські суди». У таких випадках суду слід відмовляти у задоволенні клопотання сторони, у якому висловлені заперечення проти розгляду справи в суді загальної юрисдикції, та продовжувати розгляд справи.

3. Судовий розгляд справи в суді першої інстанції. Право сторони подати заперечення проти вирішення спору в суді загальної юрисдикції, у зв'язку з наявністю між сторонами третейської угоди, на стадії судового розгляду обмежене. Таке заперечення можна заявити лише до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами. Процесуальні наслідки подання такого заперечення аналогічні, що й на стадії провадження у справі досудового розгляду – суд постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху.

Недопустимим є заперечення проти вирішення спору в суді загальної юрисдикції та клопотання про передачу справи на розгляд третейського суду, у зв'язку з наявністю третейської угоди між сторонами, під час розгляду справи в судах апеляційної та касаційної інстанцій.

Окремо хочу звернути увагу на правову природу ухвали про залишення позовної заяви без розгляду, яка, відповідно до ч.2 ст. 207 ЦПК України, не позбавляє особу права звернутись до суду повторно, після усунення умов, що були підставою для залишення позовної заяви без розгляду. Таким чином, сторони можуть повторно звернутись до суду після розірвання третейської угоди сторонами чи визнання її недійсною судом.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у Постанові Пленуму «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30.03.2012 р. №5 наголошує, що договір сторін про передачу спору на розгляд третейського суду у випадках, передбачених законом (стаття 17 ЦПК України), не є відмовою від права на звернення до суду за захистом, а одним зі способів реалізації права на захист своїх прав та інтересів. Така ж позиція неодноразово відображалась і в рішеннях Верховного Суду України, зокрема в ухвалях від 12.05.2010 р. та від 14.04.2010 р. Відтак, у випадку небажання вирішувати спір у третейському суді після постановлення судом загальної юрисдикції ухвали про залишення позовної заяви без розгляду, сторона може звертатись до суду загальної юрисдикції з позовною заявою про визнання третейської угоди недійсною. Варто зазначити, що третейська угода є різновидом цивільно-правового правочину, тому вона має відповідати вимогам, встановленим цивільним законодавством, а також на неї поширюються загальні підстави для визнання правочину недійсним, визначені у ст. 215-236 Цивільного кодексу України.

Окрім цього, слід пам'ятати, що рішення третейського суду може бути оскаржене до суду загальної юрисдикції з підстав, передбачених ст. 389-5 ЦПК України. Отож, сторона, у якої виник сумнів у законності рішення, ухваленого третейським судом, чи в порушенні порядку його ухвалення, наділена правом звернутись до суду загальної юрисдикції з заявою про скасування рішення третейського суду.

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ НАЙМУ ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ

Тарасенко Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Транспортний засіб є специфічним предметом договору найму, який обумовлює специфіку правового регулювання. Поняття транспортного засобу є дуже широким і включає в себе різні об'єкти, які мають на меті перевезення пасажирів, вантажу, пошти. Варто відзначити, більшість авторів, висвітлюючи ту чи іншу проблему правового регулювання відносин, де предметом є транспортний засіб, не піднімають питання про те, що таке транспортний засіб. На думку А.І.Мартінова, це зумовлено тим, що автори не вбачають проблеми у визначенні поняття «транспортний засіб» і вважають це поняття таким, що не підлягає помилковому тлумаченню.

Водночас транспортний засіб є складним технічним пристроєм, а діяльність, пов'язана з його використанням, є джерелом підвищеної небезпеки.

В науці цивільного права немає єдиної думки щодо того, на які саме транспортні засоби, які є предметом договору найму (оренди), повинне поширюватися спеціальне законодавство щодо найму. Зокрема, В.В.Вітрянський вважає, що управління транспортним засобом повинен здійснювати професійний екіпаж, а отже, автомобіль вже не може вважатися транспортним засобом. Відповідно відносини щодо оренди автомобіля повинні регулюватися не нормами про оренду транспортного засобу (як спеціальними нормами), а загальними нормами про договір найму (оренди) або нормами про договір прокату (у разі якщо наймодавець виступає спеціалізована прокатна організація).

Є.О. Суханов виділяє наступні ознаки транспортного засобу: здатність до переміщення в просторі, придатність для перевезення пасажирів чи вантажів, здатність до буксирування, наявність ознак джерела підвищеної небезпеки, використання транспортного засобу регламентується транспортними статутами та кодексами. У зв'язку з вищевказаними спеціальні положення про найм транспортного засобу не регулюють найм велосипедів та мотоциклів. Але на відміну від позиції В.В.Вітрянського, Є.О.Суханов відносить автомобіль до транспортних засобів, на які повинні поширюватися спеціальні положення про найм.

Інші науковці виділяють ще таку ознаку транспортного засобу як складність технічної побудови і у зв'язку з цим, зазначають вони, кількість осіб, які здійснюють керування транспортним засобом, не впливає на специфічні властивості транспортного засобу як складного технічного пристрою, що, власне, і зумовлює особливості правового регулювання. При цьому вищевказані автори вважають, що навіть гужовий віз є транспортним засобом, оскільки це складний технічний пристрій, який потребує осіб, які повинні керувати ним, і зв'язку з цим на відносини найму такого транспортного засобу повинні поширюватися спеціальні положення, а не загальні положення про найм. Хоча така позиція є також досить спірною.

На нашу думку, транспортні засоби можуть бути різних видів та підвидів, які значно відрізняються між собою за багатьма ознаками. У відповідності до вимог різних законодавчих актів вимоги до транспортних засобів певних видів та визначення цих транспортних засобів не дають однозначної відповіді як загалом на питання про поняття транспортного засобу, так і в контексті договору найму транспортного засобу, зокрема. Очевидно, законодавець, виділяючи найм транспортних засобів в окремий параграф глави найму в ЦК України, керувався певними критеріями, які визначають особливості саме цих відносин найму (оренди). Однак цивільне законодавство не дає відповіді на питання про те, на які саме транспортні засоби поширюється відповідний параграф щодо найму транспортних засобів.

В науці цивільного права можна виділити позицію Є.В.Вавіліна, який виділяє кілька ознак транспортного засобу як предмету договору найму транспортного засобу, до яких, зокрема, належать: 1. транспортний засіб є складним технічним пристроєм, який потребує спеціальних знань та навиків для експлуатації; 2. транспортний засіб є джерелом підвищеної небез-

пеки; 3. транспортному засобу зазвичай притаманна велика вартість; 4. окремі транспортні засоби може бути віднесено законом до нерухомості.

На нашу думку, серед транспортних засобів можна виділити самохідні транспортні засоби (автомобілі, літаки, морські судна тощо), транспортні засоби, які не мають двигуна, і приводяться в рух за допомогою інших засобів (велосипед, човен, планер тощо), транспортні засоби, які рухаються тільки у складі інших механічних транспортних засобів, однак нездатні пересуватися самостійно (пасажирські та вантажні вагони, причіпи до автомобіля тощо), транспортні засоби, які хоч і мають двигун, але не підлягають державній реєстрації, інші види транспорту, які визначені законом (гужовий транспорт, трубопровідний транспорт тощо).

Натомість Є.В.Вавілін зазначає, що до транспортних засобів в контексті предмету договору найму транспортного засобу слід відносити механічні транспортні засоби, оскільки при законодавчій характеристиці договору найму транспортного засобу йдеться про технічну експлуатацію та управління транспортним засобом. Варто погодитися з такою позицією, бо справді системний аналіз норм, які містяться у параграфі ЦК України щодо найму транспортного засобу (а саме твердження про технічний стан, про необхідність обслуговування, управління та технічної експлуатації, про можливість використати екіпаж, пряма вказівка на певні транспортні засоби тощо), дає підстави стверджувати, що предметом цього договору, безумовно, може бути механічний самохідний транспортний засіб, який водночас є складним технічним пристроєм. Однак Є.В.Вавілін вважає, що тільки такий транспортний засіб і може бути предметом договору найму транспортного засобу, зазначаючи, що транспортний засіб як предмет договору найму транспортного засобу – це самохідний технічний пристрій, здатний самостійно (без сторонньої тяги) пересуватися в просторі з метою перевезення чи переміщення осіб або майна. При цьому Є.В.Вавілін пропонує ввести поняття «засоби перевезення», яке включає в себе засоби транспорту (які, у свою чергу, включають у себе транспортні засоби (це поняття наводилося вище, і тільки вони, на його думку, можуть бути предметом договору найму транспортного засобу) та інші несамохідні механізми та пристрої, що сприяють перевезенню, зокрема, вагони, причіпи тощо) та немеханічні засоби пересування (гужовий транспорт, в'ючний транспорт тощо).

Ця позиція заслуговує на увагу, але варто погодитися з нею частково. Зокрема, вважаємо, що транспортний засіб – це складне поняття, і в різних галузях транспорту воно розуміється по-різному. Про це свідчить велика кількість визначень, які містяться в галузевих транспортних нормативно-правових актах, та які відповідно вказують на конкретні ознаки транспортного засобу певного виду (автомобільний, повітряний, морський тощо). На нашу думку, аналізуючи норми параграфу 5 глави 58 ЦК України («найм (оренда) транспортного засобу»), можна виділити наступні ознаки транспортного засобу як предмету договору найму. По-перше, предметом договору найму транспортного засобу можуть бути повітряні, морські, річкові судна, а також наземні самохідні транспортні засоби тощо (ч.1 ст.798 ЦК України), тобто ЦК України наводить орієнтовний перелік транспортних засобів, які можуть бути предметом договору найму транспортного засобу. Водночас цей перелік не є вичерпним, але виходячи з нього, предметом договору найму транспортного засобу є складні технічні пристрої, перелічені вище. По-друге, транспортний засіб, який передається в найм за договором найму транспортного засобу, може передаватися разом з екіпажем, який його обслуговує (ч.2 ст.798 ЦК України). Тобто для транспортного засобу як предмету договору найму характерним обслуговування екіпажем, що свідчить про складність управління ним. По-третє, транспортний засіб як предмет договору найму транспортного засобу потребує обслуговування для його нормального використання. Цей висновок випливає з аналізу ч.3. ст.798 ЦК України, де зазначено про можливість сторін обумовити надання наймачеві комплексу послуг для забезпечення нормального використання транспортного засобу. По-четверте, орендований транспортний засіб може використовуватися наймачем для перевезення або в інших цілях відповідно до призначення транспортного засобу (ст.800 ЦК України). По-п'яте, транспортний засіб як предмет договору найму транспортного засобу повинен бути в належному технічному стані (ч.1 ст.801 ЦК України), тому його ознакою є технічна складність, а також те, що транспортний засіб повинен бути одним з видів техніки.

Крім того, у зв'язку з використанням транспортного засобу наймачем він несе певні витрати, в тому числі зі сплатою податків та інших платежів (ч.2 ст.801 ЦК України). Тому це річ, яка потребує витрачання на неї певних коштів у зв'язку її використанням (наприклад, витрати на паливо, на підтримку в належному технічному стані тощо).

Більше того, транспортний засіб як предмет договору найму транспортного засобу потребує управління та технічної експлуатації (ч.1 ст.805 ЦК України), тобто необхідно здійснювати комплекс заходів щодо керування ним, підтримання транспортних функцій тощо. Тому йдеться лише про механічні транспортні засоби.

Ще однією ознакою транспортного засобу як предмету договору найму транспортного засобу є державна реєстрація транспортного засобу. Тобто держава повинна визнати певний транспортний засіб об'єктом, який відповідно до закону ідентифікується як транспортний засіб.

Крім того, транспортний засіб певного виду може бути наділений і іншими ознаками, які характеризують його як транспортний засіб (наприклад, повітряне судно здатне пересуватися у повітряному просторі, залізничні транспортні засоби здатні пересуватися лише по залізничних коліях, морські судна – лише у водному просторі тощо). Крім того, наприклад, значно відрізняються між собою критерії, за якими транспортні засоби відносяться до певного виду. Зокрема, до залізничних транспортних засобів слід віднести пристрої, які наділені здатністю рухатися по залізничних коліях як за допомогою власної тягової сили (локомотиви), так і за допомогою тягача (вагони, контейнери), а автомобільні транспортні засоби – це пристрої, які приводяться в рух за допомогою двигуна.

Немає також одного уніфікованого поняття, яке б відображало, що мається на увазі під поняттям «наземний самохідний транспортний засіб», «морське судно», «залізничний транспортний засіб» тощо, які належать до транспортних засобів, що можуть бути предметом договору найму відповідно до § 5 глави 58 ЦК України. Тому певний об'єкт повинен бути ідентифікований як транспортний засіб певного виду саме галузевим законодавством, яке і повинно містити вимоги до такого транспортного засобу, розкривати його характерні ознаки, які зумовлюють особливості правового регулювання відносин, пов'язаних з використанням такого транспортного засобу, в тому числі і відносини найму.

Отже, на нашу думку, предметом договору найму транспортного засобу може бути механічний самохідний транспортний засіб, який здатний рухатися без сторонньої допомоги, а також інші транспортні засоби, які рухаються у складі інших механічних транспортних засобів (вагони, причіпи тощо) та які підлягають державній реєстрації як транспортні засоби певного виду у порядку, визначеному транспортними кодексами та статутами.

Всі інші транспортні засоби, зокрема, такі, які не мають двигуна, і приводяться в рух іншим чином (велосипед, човен, планер тощо), транспортні засоби, які хоч і мають двигун, але не підлягають державній реєстрації, інші види транспорту, які визначені законом (гужовий транспорт), не є предметом договору найму транспортного засобу, і передання їх у користування регулюється загальними положеннями про найм (оренду).

Також слід звернути увагу на те, що у тих випадках, коли будь-який транспортний засіб (зокрема, як механічний самохідний, так і несамохідний) надається в користування суб'єктом підприємницької діяльності на умовах прокату, застосуванню підлягають саме положення про прокат, оскільки транспортний засіб незалежно від виду підпадає під предмет цього договору (рухома річ, яка зазвичай використовується для задоволення побутових невіробичних потреб).

ЗАМІНА НЕНАЛЕЖНОЇ СТОРОНИ В ПОЗОВНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПРОБЛЕМНІ МОМЕНТИ

Угриновська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Належними є сторони, які є суб'єктами спірних правовідносин. Чинним цивільним процесуальним законодавством закріплена презумпція належності позивача, відтак у справах позовного провадження позивач завжди вважатиметься належним. Належність відповідача визначається, перш за все, за нормами матеріального права. Належним є відповідач, який дійсно є суб'єктом порушеного, оспорюваного чи невизнаного матеріального правовідношення.

У ст. 33 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) передбачена можливість заміни неналежного відповідача. З аналізу даних Єдиного державного реєстру судових рішень України випливає, що при реалізації цієї норми ЦПК України на практиці виникає низка проблем. Відтак, доцільним видається проаналізувати положення, які викликають найбільші проблеми у правозастосуванні, а саме:

1. Презумпція належності позивача. Як вже зазначалось вище, для чинного цивільного процесуального законодавства України характерна презумпція належності позивача. Відтак, якщо позов пред'явлено не тією особою, якій належить право вимоги, і це буде з'ясовано судом, суд має відмовити такій особі в задоволенні позовних вимог. Заміна позивача у цивільному процесі суперечила б принципу диспозитивності, а тому є неможливою.

2. Процесуальні дії суду у випадку встановлення неналежності відповідача. З метою процесуальної економії та забезпечення ефективного судового розгляду і швидкого захисту порушених прав, в цивільному процесуальному законодавстві існує інститут заміни неналежного відповідача. Його сутність полягає у тому, що б не припиняючи провадження у справі замінити неналежного відповідача належним і саме щодо останнього вирішити заявлений позов.

При встановленні неналежності відповідача у судовому процесі можливі такі варіанти:

1) судом встановлено, що первісний відповідач є неналежним, і хто є належним. У цьому випадку за клопотанням позивача суд здійснює заміну чи залучення до участі у справі іншої особи як співвідповідача;

2) позивач згоден на вибуття неналежного відповідача, а належного немає. У цьому випадку суд закриває провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову;

3) якщо при таких же обставинах позивач не згоден на вибуття неналежного відповідача, справа розглядається по суті і ухвалюється рішення про відмову у задоволенні позову.

3. Неможливість суду залучити до участі у справі належного відповідача як співвідповідача за власною ініціативою. З урахуванням принципу диспозитивності суд не має права притягати належного відповідача як співвідповідача, як це було раніше передбачено у другому реченні частини 1 статті 33 ЦПК України (у редакції ЦПК, що діяла до набрання чинності Законом України „Про судоустрій і статус суддів” від 07.07.2012 р.). Якщо суд вважає, що відповідач визначений неправильно, суд може інформувати позивача про можливість заміни, але якщо позивач відповідного клопотання не подає, суд повинен розглядати справу далі і відмовляти у позові.

4. Згода неналежного відповідача на його заміну. У ст. 33 ЦПК України не передбачено як умову заміни відповідача його згоду. Проте в судах позицію неналежного відповідача враховують, якщо він вимагає розгляду справи по суті і прийняття щодо нього рішення про відмову в задоволенні позову як реабілітуючої підстави. Тобто навіть при згоді позивача на вибуття неналежного відповідача з процесу, суди враховують думку останнього і якщо він наполягає на вирішенні справи щодо заявленого до нього позову, вказують у рішенні про відмову в задоволенні позову щодо нього.

Існує думка, що така практика є необґрунтованою, адже сама заміна неналежного відповідача вже означає, що дана особа жодним чином не посягала на права, свободи чи інтереси позивача. Ця підстава сама по собі має реабілітуючий характер.

Разом з тим, на нашу думку, первісного неналежного відповідача слід залишати у справі, якщо він про це просить (не дає згоди на його заміну), оскільки він і після визнання його неналежним залишається заінтересованим у справі. Наприклад, первісний неналежний відповідач може бути зацікавлений у відшкодуванні судових витрат, яких він зазнав у зв'язку із пред'явленням до нього необґрунтованого позову до часу заміни. Якщо він вибуває зі справи внаслідок заміни, то судові витрати йому не відшкодуються.

Його заінтересованість може полягати в тому, що б унеможливити звернення до нього з тотожним позовом в майбутньому, оскільки після заміни неналежного відповідача це не виключається.

Неналежний відповідач може бути зацікавлений в збереженні свого процесуального статусу для того, що б мати можливість брати участь в дослідженні доказів або одержувати копії документів, які долучені до справи.

Тому якщо неналежний відповідач не погоджується із його заміною, з метою захисту його інтересів, суду доцільно замість заміни відповідача залучати належного відповідача до справи як другого відповідача.

5. Некоректність формулювання ст. 33 ЦПК України щодо визначення належного та неналежного відповідача співвідповідачами. Таке положення закону суперечить природі інституту процесуальної співучасті, оскільки обов'язок відповідати за позовом у відповідачів існує паралельно. Окрім цього, у співвідповідачів відсутні спільні права чи обов'язки, а суд, визнавши первісного відповідача неналежним, фактично заздалегідь вирішив питання щодо відмови у задоволенні позову до первісного відповідача. На думку вчених-процесуалістів, зокрема В.В. Комарова, доцільніше було б залучати належного відповідача до участі у справі у процесуальному статусі другого відповідача, а не співвідповідача.

6. Часові межі заявлення позивачем клопотання про заміну неналежного відповідача. Заміна неналежного відповідача або притягнення другого відповідача допускається лише до постановлення рішення суду, у т.ч. може бути проведена і у стадії попереднього судового розгляду. Це питання вирішується ухвалою суду, яка оформляється окремим документом і надсилається належному відповідачу (другому відповідачу) і є підставою для його участі в процесі. Заміна відповідача є безумовною підставою для відкладення розгляду справи.

7. Заміна заміненого відповідача. Законом не передбачено можливості заміни заміненого відповідача. Така ситуація може виникнути, якщо під час вирішення питання про заміну первісного неналежного відповідача належним суд припустився помилки. Ця помилка може полягати у заміні належного відповідача (тоді той відповідач, який вступає в процес на заміну є неналежним і отже потребує заміни) або в заміні неналежного відповідача іншим, але теж неналежним відповідачем. На нашу думку, в цих випадках можна проводити повторну заміну неналежного відповідача.

8. Притягнення до участі у справі іншого відповідача. Інститут заміни неналежного відповідача слід відрізнити від притягнення до участі у справі інших відповідачів. На нашу думку, притягнення до справи іншого, додаткового відповідача, повинно відбуватися лише за заявою позивача з урахуванням вимог ст. 32 ЦПК. Оскільки відповідача називає саме позивач, то суд не може відмовити у прийнятті такої заяви про уточнення складу відповідачів, якщо при цьому є передбачені законом підстави для участі у справі співвідповідачів.

Законом не визначено правові наслідки притягнення до справи додаткового відповідача за заявою позивача. На нашу думку, за аналогією закону слід керуватися ч.2 ст. 33 ЦПК України, яка передбачає наслідки залучення у справу співвідповідача. Тому якщо заявою позивача до участі у справі залучено додаткового відповідача, то на його вимогу розгляд справи слід розпочинати спочатку.

ПРАВО НА СПІЛЬНИЙ ЗАПОВІТ

Шама Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільний кодекс України у ст. 1243 передбачає можливість подружжя розпорядитися на випадок смерті майном, яке належить йому на праві спільної сумісної власності, шляхом складення спільного заповіту.

Інститут спільного заповіту є новелою цивільного законодавства України, тому окремі питання, пов'язані з його складенням, потребують додаткового вивчення. Крім того, враховуючи, що правовому регулюванню спільного заповіту в ЦК України присвячена лише одна стаття, яка в дуже загальних рисах визначає правові наслідки його складення, багато питань залишилися поза увагою законодавця, зокрема й ті, що пов'язані з особливостями суб'єктів, які мають право скласти спільний заповіт.

Відповідно до ч. 1 ст. 1243 ЦК України спільний заповіт має право скласти подружжя. З цього слідує, що взаємне вираження волі щодо подальшої долі майна на випадок своєї смерті в одному документі, допускається законодавцем лише стосовно подружжя. Всі інші особи, які не мають правового статусу подружжя, не можуть спільно розпорядитися майном на випадок своєї смерті, в тому числі йдеться і про осіб, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі.

Оскільки спільний заповіт є різновидом заповіту, а отже є одностороннім правочином, в якому одна сторона представлена кількома особами, а саме подружжям, то можливість його складення обумовлюється наявністю одночасно двох умов:

1) перебування осіб, які бажають скласти спільний заповіт, у шлюбі між собою, з яким пов'язано набуття правового статусу подружжя; і

2) наявність у кожного із подружжя відповідного обсягу дієздатності, необхідного для вчинення заповіту.

Відповідно до сімейного законодавства України правовий статус подружжя мають особи, які перебувають у шлюбі між собою. Частина 1 ст. 21 СК України визначає шлюб як сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану. Водночас, сімейне законодавство встановлює певні вимоги до осіб, які бажають зареєструвати шлюб. Право на шлюб мають особи, які досягли шлюбного віку, який для чоловіків та жінок встановлюється у 18 років.

В даному випадку шлюбний вік співпадає з віком, з досягненням якого закон пов'язує набуття фізичною особою повної цивільної дієздатності. А отже фізичні особи, які уклали шлюб після досягнення встановленого законом шлюбного віку, можуть скласти спільний заповіт без будь-яких перешкод, оскільки мають повну цивільну дієздатність і можуть вчинити різного роду правочини, в тому числі й заповіт.

Проте ситуація є дещо неоднозначною в тих випадках, коли шлюб укладається фізичною особою, яка не досягла 18-річного віку. Відповідно до ч. 2 ст. 23 СК України за заявою особи, яка досягла шістнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам. У випадку реєстрації шлюбу, неповнолітня особа, яка досягла 16 років і на підставі рішення суду набула право на шлюб, набуває повну цивільну дієздатність з моменту реєстрації шлюбу. Але чи означає це, що неповнолітня особа, яка перебуває у шлюбі, може розпорядитися своїм майном на випадок смерті шляхом складення спільного заповіту? Очевидно, що в даному випадку треба виходити із загальних положень цивільного законодавства, які встановлюють право на заповіт, оскільки спільний заповіт подружжя є одним із його різновидів.

Відповідно до ч. 1 ст. 1234 ЦК України право на заповіт має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Оскільки дана норма не встановлює вікових обмежень, а набуття права на заповіт ставиться в залежність лише від факту набуття особою повної цивільної дієздатності, то буквально тлумачення змісту норми ч. 1 ст. 1234 ЦК України дає підстави зробити ви-

сновок про те, що право на заповіт має в тому числі й неповнолітня особа, яка з передбачених законом підстав набула повну цивільну дієздатність.

Треба, однак, вказати, що серед науковців немає єдиної позиції щодо можливості неповнолітніх, які набули повну цивільну дієздатність, розпорядитися своїм майном на випадок смерті шляхом складення заповіту.

Одні науковці вважають, що складення заповіту вимагає спеціальної дієздатності, яка має бути пов'язана не із штучним наданням повної дієздатності, а з досягненням повноліття, оскільки неповнолітня особа хоч і набула повну цивільну дієздатність, але в силу свого віку ще не може в повній мірі усвідомлювати значення своїх дій. Інші ж, навпаки, вважають, що з набуттям фізичною особою повної цивільної дієздатності до досягнення повноліття, у такої особи виникає зокрема й право на заповіт.

Така позиція видається правильною з огляду на те, що оскільки неповнолітня особа з передбачених законом підстав набула повну цивільну дієздатність і як наслідок може вчиняти будь-які правочини, то це право повинно поширюватися і на можливість складення заповіту, тим більше, що законодавство не містить вказівки щодо вікового цензу заповідача, а обмежується лише вимогою щодо наявності повної цивільної дієздатності, набуття якої пов'язане не лише з досягненням повноліття, а й з іншими юридичними фактами, зокрема і з фактом реєстрації шлюбу.

Крім того, така позиція підтверджується і судовою практикою. Пленум Верховного Суду України у Постанові «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. у п. 17 зазначає, що права на заповіт не мають: недієздатні особи, особи з обмеженою цивільною дієздатністю, малолітні та неповнолітні особи, крім осіб, які в установленому законом порядку набули повну цивільну дієздатність.

Таким чином, неповнолітня особа, віком від 16 до 18 років, яка перебуває у зареєстрованому шлюбі, має право на складення спільного заповіту.

Якщо у шлюбі між собою перебувають фізичні особи, одна з яких визнана у встановленому законом порядку недієздатною, то таке подружжя не має права на складення спільного заповіту. Оскільки той з подружжя, хто визнаний недієздатним не має права вчиняти будь-які правочини.

У вже згаданій Постанові Пленуму Верховного Суду України також вказується, що права на заповіт не має фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена. Така позиція видається не зовсім правильною, оскільки коли йдеться про розпорядження фізичною особою своїм майном на випадок смерті, то тут треба розрізняти підстави, з яких фізична особа була обмежена у цивільній дієздатності.

Якщо цивільна дієздатність фізичної особи була обмежена внаслідок психічного розладу, то тут жодних питань не виникає, оскільки такий стан особи впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними. Однак, якщо цивільна дієздатність фізичної особи була обмежена внаслідок, скажімо, зловживання нею спиртними напоями, то вданому випадку метою такого обмеження є недопущення використання майна особи на спиртні напої, якщо в результаті цього вона ставить себе, свою сім'ю чи інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. Але складення заповіту, зокрема й спільного, жодним чином не може вплинути на можливість використання майна для купівлі спиртних напоїв, оскільки розпорядження майном здійснюється не за життя, а на випадок смерті.

Тому видається, що у тих випадках, коли фізична особа обмежена в цивільній дієздатності внаслідок зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо, чим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище, то вона все ж має право на складення заповіту, в тому числі й спільного.

Таким чином, підсумовуючи, можна констатувати, що право на складення спільно заповіту мають:

- 1) чоловік та дружина, які перебувають у шлюбі, незалежно від досягнення повноліття;
- 2) чоловік та дружина, які перебувають у шлюбі, якщо цивільна дієздатність одного з них обмежена внаслідок зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсич-

ними речовинами, азартними іграми тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ПРОМИСЛОВІ ЗРАЗКИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ПОЛЬЩІ

Шандра Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Порівняно із законодавством України правове регулювання права інтелектуальної власності на промисловий зразок за законодавством Республіки Польща має певні особливості. Зокрема, згідно з ч.2 ст.1 Закону Республіки Польща «Про авторське право і суміжні права» (*Ustawa RP „O prawie autorskim i prawach pokrewnych”*), промисловий зразок може отримати правову охорону як об’єкт авторського права. Умовою для цього є його відповідність основним ознакам твору, що охороняється авторським правом (тобто він повинен бути проявом творчої діяльності автора та мати індивідуальний характер).

Окрім цього, промислові зразки у відповідності до вимог Закону Республіки Польща «Право промислової власності» (*Ustawa RP „Prawo własności przemysłowej”*) охороняються також як об’єкти права промислової власності. Для цього вони повинні відповідати таким умовам як новизна та індивідуальний характер (індивідуальність). При цьому, під промисловим зразком розуміється зовнішній вигляд виробу, котрий може проявлятися у визначених властивостях ліній, контурів, форм. Зовнішній вигляд виробу можуть також визначати його колір чи розфарбування, структура, матеріал, орнаменти та інші зовнішні риси. Промисловим зразком може бути як окремий виріб, так і частина виробу. Він може бути тривимірним (наприклад, зовнішній вигляд столу, телефону чи іншого виробу) або двовимірним (наприклад, сторінка в мережі Інтернет).

Промисловий зразок вважається новим, якщо раніше не були загальнодоступними ідентичні зразки, або якщо до дати подання заявки на нього чи пріоритету він не був продемонстрований публічно. Індивідуальний характер має той промисловий зразок, котрий викликає інше загальне враження, ніж інші загальнодоступні зразки.

Не підлягають правовій охороні промислові зразки: котрі суперечать публічному порядку чи добрим звичаям; містять позначення, які не можуть бути (без відповідного дозволу) предметом виключних прав, наприклад, назви польських воєводств, міст чи місцевостей; містять елементи, котрі є символами релігійного, патріотичного, культурного характеру у вигляді, що ображає релігійні, патріотичні почуття чи народні традиції.

З метою отримання правової охорони на промисловий зразок на території Польщі можна здійснити державну реєстрацію права на нього у Патентному відомстві Республіки Польща у Варшаві. Зареєструвати право на нього можна також у відомстві Гармонізації внутрішнього ринку в м. Аліканте (Іспанія). В першому випадку правова охорона здійснюється лише в межах Польщі, а у другому – на усій території Європейського Союзу.

Особа, яка зареєструвала свої права на промисловий зразок отримує можливість заборонити іншим особам його використовувати, зокрема шляхом його виготовлення, впровадження в цивільний оборот, експорт, імпорт, створення та продажу продукту, що містить промисловий зразок тощо. Разом з цим зазначене право не поширюється на випадки використання промислового зразку в особистих цілях, без мети торгівлі та отримання прибутку.

Права отримані автором промислового зразку внаслідок його реєстрації мають обмежений характер та можуть тривати максимально 25 років, що обчислюються від дати подання заявки на патент. Цей період поділяється на п’ятирічні терміни. Для підтримки чинності патенту на кожні наступні п’ять років його володілець повинен сплатити визначену суму, яка кожного разу зростає. Їх можна відчужувати та передавати у спадок. Вони можуть бути предметом договору купівлі-продажу, дарування тощо.

Промислові зразки у Польщі також охороняються згідно з законодавством про боротьбу з недобросовісною конкуренцією. Відповідно до його положень забороняється використання за зразок виробів інших підприємств, якщо це може призвести до помилки споживача щодо

тотожності виробника чи виробу. Однак, законодавство дозволяє копіювати продукти в частині їхніх функціональних рис (наприклад, технічних). Здійснюючи право на копіювання, виробник повинен переконатись чи не може це ввести в оману споживача щодо тотожності продукту чи його походження.

ПОНЯТТЯ КОНЦЕНТРАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Юркевич Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З метою запобігання монополізації товарних ринків, зловживання монополієм (домінуючим) становищем, обмеження конкуренції органи Антимонопольного комітету України здійснюють державний контроль за концентрацією суб'єктів господарювання (далі - концентрація).

Концентрацією визнають: (1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого; (2) набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання, зокрема, шляхом: (а) безпосереднього або опосередкованого придбання, набуття у власність іншим способом активів у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, одержання в управління, оренду, лізинг, концесію чи набуття в інший спосіб права користування активами у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, в тому числі придбання активів суб'єкта господарювання, що ліквідується; (б) призначення або обрання на посаду керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька з перелічених посад в інших суб'єктах господарювання, або створення ситуації, при якій більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймають одні й ті самі особи; (3) створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання; (4) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

Згідно з Положенням про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання, затвердженим Розпорядженням Антимонопольного комітету України № 33-р від 19.02.2002 якщо частка на певному ринку товару будь-якого учасника концентрації або сукупна частка учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує 35 відсотків та концентрація відбувається на цьому чи суміжному з ним ринку товару та/або при перевищенні вартісними показниками учасників концентрації порогових значень, учасники концентрації, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю, які в межах своїх повноважень приймають рішення про концентрацію або які здійснюють концентрацію, повинні звернутися із заявою про надання дозволу Антимонопольного комітету України на концентрацію, у тому числі оренду, лізинг, концесію.

Антимонопольний комітет України чи адміністративна колегія Антимонопольного комітету України надають дозвіл на концентрацію у разі, якщо вона не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині. Кабінет Міністрів України може дозволити концентрацію, на здійснення якої Антимонопольний комітет України не надав дозволу як на таку, що не відповідає умовам частини першої цієї статті, якщо позитивний ефект для суспільних інтересів зазначеної концентрації переважає негативні наслідки обмеження конкуренції. Дозвіл Кабінетом Міністрів України не може бути наданий, якщо обмеження конкуренції, зумовлені концентрацією: не є необхідними для досягнення мети концентрації; становлять загрозу системі ринкової економіки.

Отже, статтею 24 Закону України «Про захист економічної конкуренції» встановлено випадки, у яких концентрація суб'єктів господарювання можлива лише за умови попереднього отримання дозволу Антимонопольного комітету України чи адміністративної колегії названого Комітету. Недотримання цієї умови може бути підставою як для застосування штрафу, так і для визнання недійсними правочинів, за якими відбулася така концентрація, – за позовами учасників правочинів та згідно із ст. 114, 204, 215 ЦК України і відповідних норм названого Закону. Водночас, як випливає з п. 18 Постанови Пленуму Вищого Господарського Суду України № 15 від 26.12.2011 «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства», укладення в порядку ст. 182 ГК України попереднього договору до отримання дозволу на конкуренцію, якщо цей дозвіл є необхідним, не вважають порушенням конкурентного законодавства, а перерахування коштів за таким договором не свідчить про набуття контролю одним суб'єктом господарювання над іншим, а підтверджує укладення основного договору в майбутньому. Однак зі змісту укладеного договору в такому разі має вбачатися, що він є саме попереднім, зокрема, що основний договір укладатимуть тільки за умови отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання.

На підставі вищенаведеного доходимо до висновку, згідно з яким концентрацією є регламентована нормами законодавства про захист економічної конкуренції діяльність, яка передбачає об'єднання ринкових активів суб'єктів господарювання, у тому числі шляхом злиття, приєднання, створення нових суб'єктів господарювання, призначення підконтрольних керівників тощо, в результаті чого зростає їх ринкова влада.

НАБУВАЛЬНА ДАВНІСТЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Яворська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Набувальна давність – порівняно нове поняття для цивільного права України, що з'явилося із введенням у дію Цивільного кодексу. Набувальна давність відома цивільному праву ФРН, Франції, Швейцарії, англо-американській правовій системі. Так, за французьким законодавством набуття права власності за давністю володіння застосовується тільки щодо нерухомого майна. Строк давності установлений у 30 років з початку володіння. З перебігом цього строку володілець, навіть недобросовісний, не зобов'язаний вказувати підстави набуття майна і стає його власником. Добросовісність володіння презюмується і особа, яка посилається на недобросовісність, повинна це довести. У ФРН, Швейцарії набуті за давністю володіння можна лише рухоме майно. Необхідна давність володіння установлена у 10 років, з перебігом яких добросовісний володілець визнається власником. Завдяки системі поземельного запису набуття за давністю володіння на нерухомість виключається: її власником визнається у даний момент той, хто записаний у поземельну книгу. У Англії набуття права власності за давністю володіння застосовується тільки щодо нерухомого майна за умови 20-ти річного добросовісного володіння.

Потреба у застосуванні набувальної давності виникає насамперед для упорядкування правового режиму так званого задавненого майна. Законодавець відмовився від імперативних правил про застосування позовної давності, яка відповідно до норми ч. 3 ст. 267 ЦКУ застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення ним рішення. А відповідно до норми ч. 4 цієї ж статті вплив позовної давності, про застосування якої заявлено строною у спорі, є підставою для відмови у позові. Таким чином, створюється ситуація, за якої власник майна втратив право на витребування свого майна з чужого володіння через пропуск позовної давності, а фактичний володілець може набути таке майно у власність з дотриманням умов набувальної давності, викладених у нормах ст. 344 ЦКУ.

Відтак науковий аналіз та практика застосування набувальної давності породжують низку запитань: 1) зокрема щодо сфери застосування набувальної давності – чи може застосовуватися набувальна давність щодо усіх випадків фактичного володіння чужим майном (наприклад, до випадків фактичного володіння зі згоди власника без укладення договору найму (оренди), у тому числі комерційного найму житла); 2) щодо суб'єкта, на користь якого застосовується набувальна давність як підстава набуття права власності; 3) щодо початку перебігу давності володіння з урахуванням підстав заволодіння; 4) щодо перебігу давнісних строків та впливу на них різних обставин, що спричиняють її зупинення, перерву тощо. Аналіз норм ст. 344 ЦКУ не дає змоги установити сферу застосування набувальної давності як підстави набуття права власності. У них йдеться лише про необхідність дотримання певних умов, за яких може виникнути право власності у фактичного володільца. Вказівка у нормі ч. 1 ст. 344 на добросовісне заволодіння чужим майном має тлумачитися таким чином, що фактичний володілець сприймає майно як чуже, не своє, оскільки власник майна не може бути установлений, невідомий, помер тощо. Якщо за конкретних обставин можливо установити власника і причини з яких майно вибуло від нього, то не може йтися про добросовісність заволодіння. Презумпція правомірності фактичного володіння (ст. 397 ЦКУ) у жодному разі не може спрацьовувати проти власника. Відтак, набувальна давність може слугувати підставою набуття права власності за методом виключення усіх інших правових підстав, що не заборонені законом. А, відтак, неправомірно ставити питання про можливість набуття права власності за давністю володіння фактичним володільцем, що заволодів чужим майном без належного правового оформлення, хоч і з дозволу власника. Тому на випадки фактичного володіння майном без оформлення договору найму (оренди), комерційного найму житла набувальна давність поширюватися не може.

Суб'єктом набуття права власності за набувальною давністю є особа, а не будь-які учасники цивільних відносин. Відповідно до норми ч. 1 ст. 2 ЦКУ особами як учасники цивільних відносин є фізичні та юридичні особи. Відтак, інші учасники цивільних відносин: держава, територіальні громади, Автономна Республіка Крим, іноземні держави, суб'єкти публічного права не можуть набувати майно за давністю володіння. Більше того, держава, територіальні громади, Автономна Республіка Крим зобов'язані вчиняти відповідні законодавчо прописані дії щодо усунення невизначеності у правовому режимі майна (наприклад, прописані у нормах ст.ст. 338, 340, 1277 ЦКУ тощо).

На підставі аналізу норм ст. 344 ЦКУ можливо виокремити такі умови застосування набувальної давності: 1) добросовісність заволодіння; 2) відкритість володіння; 3) безперервність володіння; 4) тривалість володіння. Добросовісність заволодіння слід розглядати аналогічно як це поняття тлумачиться при віндикації. Добросовісність і правомірність заволодіння не тотожні поняття. Неправомірність заволодіння – це завжди недобросовісність. Добросовісність має і соціальний відтінок, тому у разі сумнівів щодо добросовісності заволодіння її оцінку може дати тільки суд з урахуванням конкретних обставин справи. Добросовісність поведінки має стимулюватися законодавцем, а не спрощуватися формальними процедурами. Відкритість володіння слід розглядати як таке, за якого фактичний володілець не приховує свого становища невласника і не тільки. Фактичний володілець має довести, що уживав усіх заходів щодо виявлення власника, але безрезультатно і саме тому покликається на застосування набувальної давності для упорядкування правового режиму майна. Безперервність володіння буквально мала б означати відсутність будь-якої перерви в означених строках володіння. Оскільки строки володіння є доволі тривалими, то у разі виникнення спору може виникнути запитання саме щодо безперервності та впливу різних об'єктивних обставин на перебіг строків, як це має місце у перебігу позовної давності. У ЦКУ варто передбачити перелік обставин, які можуть впливати на перебіг давнісних строків (зупиняти чи переривати їх). Єдиною чітко визначеною умовою набуття права власності за давністю володіння є строки володіння. За відсутності чітких правил про початок перебігу набувальної давності, окрім випадку заволодіння майном на підставі договору (ч. 3 ст. 344 ЦКУ), упродовж установлених строків володіння правовий режим майна усе ж залишається невизначеним. Тому необхідно чітко встановити правила щодо визначення початку перебігу давнісних строків.

Оскільки право власності на рухоме майно, його перехід не підлягають публічній фіксації, то застосування набувальної давності як підстави набуття права власності на рухоме майно труднощів не викликатиме. У разі набуття права власності на нерухоме майно тільки суд вправі дати належну, ґрунтовну оцінку дотримання фактичним володільцем усіх умов набуття права власності за давністю володіння. А, відтак, суди повинні мати чіткі законодавчі приписи щодо правильного застосування усіх умов набуття права власності за давністю володіння.

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Якубівський І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зараз в літературі, присвяченій питанням захисту права інтелектуальної власності, в законодавстві а також в судовій практиці має місце вживання терміну «контрафакція» та похідних від нього («контрафакт», «контрафактність», «контрафактний примірник», «контрафактний товар» тощо). Даний термін походить від французького *contrefaçon* – підробка, підроблена річ. Водночас, поряд із цим вживається термін «піратство» та похідні від нього (наприклад, «піратська копія», «піратське видання» тощо), що походить від англійського *piracy* – порушення авторського права. Слід зазначити, що дані категорії залишаються недостатньо дослідженими у вітчизняній юридичній науці, хоча окремі напрацювання у цьому напрямку існують. Проте застосування цих термінів на рівні законодавства та в актах судових органів потребує більш серйозної уваги до них з боку науковців.

Слід зазначити, що в національному законодавстві України та в міжнародних договорах вживаються різні терміни, які є похідними від терміну «контрафакт».

Найчастіше використовується термін «контрафактний примірник» (ст.16 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Паризький Акт від 24 липня 1971 р., змінений 2 жовтня 1979 р.), ст.ст.1, 50, 52, 53 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. в редакції закону від 11 липня 2001 р., ст.22 Закону України «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» від 21 вересня 1999 р.).

Відповідно до ст.1 Закону України «Про авторське право і суміжні права», контрафактний примірник твору, фонограми, відеограми – примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися.

У Митному кодексі України, прийнятому 13 березня 2012 р. вживається термін «контрафактні товари». Відповідно до ст.4 зазначеного кодексу, контрафактні товари – товари, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, ввезення яких на митну територію України або вивезення з цієї території є порушенням прав інтелектуальної власності, що охороняються відповідно до закону;

В свою чергу, Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності», затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 3 жовтня 2007 р. № 1185 закріплює поняття «контрафактна продукція» – продукція або примірник, які випускаються, відтворюються, публікуються, розповсюджуються, реалізуються тощо з порушенням майнових прав інтелектуальної власності.

Водночас, у ст.50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» до порушень авторського права та (або) суміжних прав, що дає підстави для судового захисту, віднесено, зокрема, піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав – опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення.

Тобто законодавство України у сфері авторського права та суміжних прав паралельно вживає терміни «контрафактний примірник» і «піратство». Причому в основу закріпленого у законі визначення поняття «піратство», власне, покладено поняття «контрафактний примірник». Тобто законодавець пов'язує цих дві категорії між собою: піратство – це опублікування <...> контрафактних примірників <...>.

Варто зазначити, що в окремих джерелах поняття «піратство» і «контрафакція» (похідні від нього) розмежовуються за сферою застосування.

Так, у книзі «Основи інтелектуальної власності», виданій в Україні за матеріалами Всесвітньої організації інтелектуальної власності, піратство розглядається, як одна із форм порушення авторського права, що полягає у виготовленні примірників охоронюваних матеріалів з комерційною метою, а також комерційні операції з ними без передбаченого законом дозволу на це, а про контрафакцію йдеться в контексті порушення права на товарний знак.

В іншому джерелі (Доріс Лонг, Патриція Рей, Жаров В.О., Шевелева Т.М., Василенко І.В., Дроб'язко В.С. «Захист прав інтелектуальної власності: норми міжнародного і національного законодавства та їх правозастосування») сказано, що терміни «контрафакція» і «піратство» не мають чітко окресленого значення і здебільшого використовуються разом для позначення неправомірного використання як об'єктів авторського права і суміжних прав, так і торговельних марок. Терміни «контрафакція» і «піратство», - писав Генеральний директор ВОІВ Каміл Ідріс, - визначаються та використовуються різним чином у різних контекстах. Як правило, «контрафакція» асоціюється з умисним порушенням прав на торговельні марки, а «піратство» - з умисним порушенням авторських і суміжних прав. Однак кожний із цих термінів може бути визначений так, щоб охоплювати інші об'єкти права інтелектуальної власності.

Тобто, все-таки навряд чи можна провести чітку демаркаційну лінію між контрафакцією і піратством, беручи за основу сферу їх застосування, оскільки обидва ці терміни позначають одне і те ж саме правове явище. Одночасне їх вживання у законодавстві є невиправданим, оскільки може призводити до виникнення проблем у правозастосувальній діяльності.

Доцільність закріплення поняття «піратство» у Законі України «Про авторське право і суміжні права», як на мене, викликає сумніви. Адже даний термін вжито в законі всього-лише один раз (ст.50) і жодних спеціальних правових наслідків порушення майнових авторських та суміжних прав саме у формі піратства закон не передбачає.

Водночас, визнання примірника твору, фонограми, відеограми чи програми мовлення контрафактним тягне за собою можливість застосування спеціальних правових наслідків. Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права», щодо контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм чи програм мовлення можуть бути застосовані такі заходи, як вилучення (конфіскація) (п. «д» ч.2 ст.52), призупинення митних процедур (п. «д» ч.1 ст.52) та ін. Тому цілком закономірно, що у постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 19 жовтня 2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» наведено відповідні роз'яснення щодо контрафактних примірників (див. п.п.26, 27, 40, 42, 46, 50, 53). Причому, як зазначено у вказаній постанові, поняття контрафактності примірників творів та/або відеограм, фонограм є юридичним, тому питання про контрафактність не можуть ставитись перед експертом (п.27).

Сказане дозволяє дійти висновку про доцільність існування терміна «контрафактний примірник» в Законі України «Про авторське право і суміжні права», тим більше, що про він закріплений у Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів. Однак, оскільки поняття «примірник» вживається лише у контексті авторського права і суміжних прав, термін «контрафактний примірник» не може стосуватися інших інститутів права інтелектуальної власності, зокрема, промислової власності. Власне, тому, як вже зазначалось вище, в окремих нормативно-правових актах вживаються більш широкі поняття – «контрафактний товар» або «контрафактна продукція».

Українська дослідниця І.Ф.Коваль у монографії, присвяченій, власне, проблемам захисту майнових прав у сфері промислової власності формулює наступне визначення: контрафактний товар – неправомірно введений до господарського обороту товар, що містить об'єкт промислової власності. При цьому пропонується на законодавчому рівні закріплення визначення контрафактності, що містить спеціальні ознаки щодо кожного конкретного об'єкта промислової власності.

По суті, про контрафактні товари йдеться у п.3 ч.2 ст.432 Цивільного кодексу України, прийнятого 16 січня 2003 р., відповідно до якого, суд у випадках і в порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених в цивільний оборот з порушенням прав

інтелектуальної власності. Однак сам термін «контрафактні товари» у Цивільному кодексі України не вживається.

Думається, що термін «контрафактні товари» доцільно передбачити у Цивільному кодексі України в якості загальної категорії права інтелектуальної власності. У цьому аспекті слід зазначити, що у Цивільному кодексі Російській Федерації міститься положення яким передбачено, що у випадку, коли виготовлення, розповсюдження чи інше використання, а також імпорту, перевезення чи зберігання матеріальних носіїв, в яких виражені результат інтелектуальної діяльності чи засіб індивідуалізації, призводять до порушення виключного права на такий результат чи на такий засіб, такі матеріальні носії вважаються контрафактними і за рішенням суду підлягають вилученню з обороту і знищенню без будь-якої компенсації, якщо інші наслідки не передбачені цим кодексом (п.4 ст.1252). Тобто хоча російський законодавець не закріплює поняття «контрафактний товар», але у ньому передбачено визнання контрафактними відповідних матеріальних носіїв.

Враховуючи наведене вище, п.3 ч.2 ст.432 Цивільного кодексу України слід викласти наступним чином: «3) вилучення з цивільного обороту контрафактних товарів, тобто товарів, виготовлених або введених в цивільний оборот з порушенням майнових прав інтелектуальної власності». З метою уніфікації законодавчої термінології вжитий у термін «контрафактні товари» потрібно закріпити і в Національному стандарті № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» замість існуючого «контрафактна продукція».

**ДЕРЖАВНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНВЕТОРІВ
ВІД ПРИМУСОВИХ ВИЛУЧЕНЬ ТА НЕЗАКОННИХ ДІЙ
ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ ТА ЇХ ПОСАДОВИХ ОСІБ**

Яримович У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Створення привабливого інвестиційного клімату та розвиток інфраструктури інвестиційної діяльності для забезпечення сталого економічного зростання та підвищення життєвого рівня населення в Україні вимагає стимулювання інвестування. Позитивне стимулювання інвестиційної діяльності знаходить свій прояв, зокрема, у гарантіях реалізації та захисту прав і законних інтересів інвестора. За умов підвищеного ризику при здійсненні інвестиційної діяльності державне гарантування захисту прав та інтересів її суб'єктів є невід'ємною частиною регулювання відповідних відносин.

Передбачені в ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» та в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування», гарантії від примусових вилучень та незаконних дій державних органів та їх посадових осіб займають у системі державних гарантій захисту прав та інтересів інвесторів значну нішу. У зв'язку з цим, на наш погляд, доцільно зверну увагу на недосконалість закріплених у вказаних статтях норм. Так, згідно з ч. 2 ст. 19 Закону «Про інвестиційну діяльність» інвестиції не можуть бути безоплатно націоналізовані, реквізовані, до них також не можуть застосовуватися заходи, тотожні за наслідками; такі заходи можуть застосовуватися лише на основі законодавчих актів України з відшкодуванням інвестору в повному обсязі збитків, заподіяних у зв'язку з припиненням інвестиційної діяльності.

З положень ч. 1 ст. 353 ЦК України випливає, що реквізицією є примусове відчуження майна у власника у разі стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин, з метою суспільної необхідності на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього і повного відшкодування його вартості. Відповідно до ч. 2 цієї статті в умовах воєнного або надзвичайного стану майно може бути примусово відчужене у власника з наступним повним відшкодуванням його вартості. Отже, реквізиція може бути застосована за таких умов: 1) настання стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії, інших надзвичайних обставин, зокрема, введення воєнного або надзвичайного стану; 2) виключно з метою суспільної необхідності (така мета, виходячи з положень ч. 1 ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування», може бути зумовлена здійсненням рятувних заходів при настанні зазначених вище обставин); 3) за умови повного відшкодування вартості реквізованого майна; 4) на підставі та в порядку, встановлених законом. Підстава застосування реквізиції визначається, зокрема Законом «Про режим іноземного інвестування», ч. 1 ст. 9 якого такою підставою називає рішення органів, уповноважених на це Кабінетом Міністрів України.

Серед підстав припинення права власності ст. 346 ЦК України прямо не передбачає націоналізацію, однак допускає можливість припинення права власності з інших підстав, встановлених законом. Таким законом є, зокрема, Закон України «Про інвестиційну діяльність», який дозволяє застосування націоналізації інвестицій.

Якщо відповідно до визначення, закріпленого в ЦК України, реквізиція завжди передбачає відшкодування вартості реквізованого майна, то націоналізацією вважається як платне, так і безоплатне вилучення майна і передання його у власність держави. Частина 1 ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування» забороняє будь-яку націоналізацію іноземних інвестицій. Водночас в ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» йдеться про заборону саме безоплатної націоналізації. Ця ж норма дозволяє вжиття таких заходів, як націоналізація та реквізиція, у виняткових випадках лише на основі законодавчих актів України. При цьому Закон не містить вказівки на те, який саме, оплатний чи безоплатний, вид націоналізації дозволяється в таких виняткових випадках, а збитки, які відповідно до її положень підлягають відшкодуванню, як видається, не слід ототожнювати з вартістю вилученого майна.

На наш погляд, дана норма потребує уточнення, оскільки ч. 5 ст. 41 Конституції України забороняє будь-яке примусове відчуження об'єктів права приватної власності без повного відшкодування їх вартості. У зв'язку з цим в ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність», на наш погляд, доцільно вказати саме на оплатність усіх допустимих примусових вилучень, в тому числі і націоналізації, шляхом зазначення про те, що відшкодуванню підлягають не лише збитки, заподіяні у зв'язку з припиненням інвестиційної діяльності, але й вартість вилученого майна.

Як уже зазначалось, Закон «Про режим іноземного інвестування» не допускає націоналізації іноземних інвестицій в Україні. На нашу думку, незважаючи на те, що міжнародне право передбачає можливість суверенної держави націоналізувати іноземну власність, яка перебуває на території цієї держави, станом на сьогоднішній день Україна цілком обгрунтовано відмовилась від націоналізації іноземних інвестицій, оскільки така відмова сприяє становленню привабливого інвестиційного клімату в державі.

Із змісту ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування» випливає висновок, що під незаконними діями державних органів та їх посадових осіб цей Закон розуміє власне примусові вилучення, застосовані без дотримання встановлених умов та порядку їх здійснення, оскільки про жодні інші незаконні дії, які зазначені у назві статті, у її нормі не йдеться. Водночас, як видається, незаконні дії можуть полягати не лише у примусових вилученнях. Так, наприклад, до гарантій від незаконних дій державних органів та посадових осіб, на наш погляд, доцільно відносити встановлену в ч. 2 ст. 18 Закону України «Про інвестиційну діяльність» заборону поза межами їх компетенції втручатись в інвестиційну діяльність. Тому вважаємо за доцільне ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування» доповнити частиною такого змісту: «Державні органи та їх посадові особи не мають права втручатись в діяльність суб'єктів інвестиційної діяльності, крім випадків, коли таке втручання допускається чинним законодавством і здійснюється в межах компетенції цих органів та посадових осіб».

З гарантіями від примусових вилучень тісно пов'язані гарантії щодо компенсації і відшкодування збитків інвесторам, оскільки частково з них випливають. Адже у разі застосування примусових вилучень держава гарантує інвестору відшкодування повної вартості вилученого майна. Це і є компенсацією. Окрім того, Закон «Про інвестиційну діяльність» в абз. 1 ч. 2 ст. 19 передбачає, що усі зазначені в цій статті види примусових вилучень супроводжуються відшкодуванням інвестору в повному обсязі збитків, заподіяних у зв'язку з припиненням інвестиційної діяльності. Отже, держава зобов'язується не лише компенсувати повну вартість вилученого майна, але й відшкодувати завдані таким вилученням інші втрати майнового характеру. Дана норма як загальна уточнена в ч. 2 ст. 10 Закону України «Про режим іноземного інвестування», яка передбачає, що усі понесені витрати та збитки іноземних інвесторів, завдані їм внаслідок дій, зазначених у статті 9 Закону (тобто примусових вилучень), повинні бути відшкодовані.

Варто звернути увагу на положення статті 10 Закону «Про режим іноземного інвестування», які ототожнюють поняття «компенсація» і «відшкодування збитків». Так, в ч. 1 ст. 10 Закону йдеться про право іноземних інвесторів на відшкодування збитків, завданих їм внаслідок дій, бездіяльності або неналежного виконання державними органами України чи їх посадовими особами передбачених законодавством обов'язків. Водночас ч. 4 вказаної статті містить наступне положення: «Компенсація, що виплачується іноземному інвестору внаслідок дій, зазначених у частині першій цієї статті, визначається на час фактичного здійснення рішення про відшкодування збитків». Як слушно зазначається в науковій літературі, підстави для відшкодування збитків і для компенсації є різними. Якщо реквізиція здійснюється на основі й у випадках, передбачених законом, то однією з підстав відшкодування збитків є завжди неправомірне поведінка, тобто вчинення правопорушення.

Крім наведених вище неточностей, необхідно також звернути увагу на те, що ч. 1 ст. 10 Закону України «Про режим іноземного інвестування» до категорії збитків відносить також і моральну шкоду. На сьогодні питання відшкодування збитків та моральної шкоди регулюються, зокрема, ст. 22 і ст. 23 ЦК України. Вже з назви статті 22 «Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди», яка відшкодування збитків фактично називає одним із таких способів, випливає висновок про те, що збитками є виключно майнова, але не мора-

льна, шкода. У зв'язку з цим пропонуємо право на відшкодування моральної шкоди виключити з переліку правомочностей, що складають зміст права на відшкодування збитків, у ч. 1 ст. 10 Закону України «Про режим іноземного інвестування».

Що стосується власне збитків, то аналіз положень ст. 22 ЦК України, обумовлює висновок, що збитки можуть бути завдані лише в результаті порушення цивільного права особи, тобто внаслідок протиправної поведінки щодо неї. Примусові вилучення інвестицій застосовуються виключно на основі законодавчих актів України, а отже не можуть вважатись протиправною поведінкою. У зв'язку з цим, як видається, в ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» термін «відшкодування збитків, заподіяних у зв'язку з припиненням інвестиційної діяльності» доцільно замінити терміном «компенсація втрат майнового характеру», а ч. 2 ст. 10 Закону України «Про режим іноземного інвестування» – викласти в наступній редакції: «Усі витрати іноземних інвесторів, понесені ними внаслідок реквізиції інвестицій, повинні бути компенсовані, а збитки, завдані їм внаслідок дій, передбачених у частині першій цієї статті, – відшкодовані на основі поточних ринкових цін та/або обґрунтованої оцінки, підтверджених аудитором чи аудиторською фірмою». З тих самих міркувань, а також враховуючи вищезазначену думку про необхідність уточнення допустимого для застосування виду націоналізації (оплатної), пропонуємо абз. 1 ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» викласти в такій редакції: «Інвестиції не можуть бути безоплатно націоналізовані, реквізовані або до них не можуть бути застосовані заходи, тотожні за наслідками. Такі заходи можуть застосовуватись лише на основі законодавчих актів України з компенсацією інвестору в повному обсязі вартості примусово відчуженого майна, а також майнових втрат, яких він зазнав у зв'язку з припиненням інвестиційної діяльності».

Серед гарантій захисту прав інвесторів в науковій літературі виділяють також гарантію права інвестора вільного вибору об'єктів інвестування.

Гарантія права інвестора вільного вибору об'єктів інвестування зафіксована в абз. 2 ч. 2 ст. 18 Закону України «Про інвестиційну діяльність» і передбачає правило, відповідно до якого ніхто не має права обмежувати права інвесторів у виборі об'єктів інвестування, за винятком випадків, передбачених цим Законом. Видається, що, перш за все, в наведеній нормі йдеться про заборону саме державним органам і їх посадовим особам обмежувати передбачене в абз. 2 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про інвестиційну діяльність» право інвесторів. Такий висновок впливає в результаті аналізу структури ч. 2 ст. 18 Закону. Так, абзац 2, який передбачає вказану заборону, розташований між абзацами про захист від незаконних дій державних органів і їх посадових осіб. На нашу думку, обмеження права на вільний вибір об'єкта інвестування є одним із проявів незаконного втручання в інвестиційну діяльність. У зв'язку з цим немає необхідності виділяти заборону такого обмеження як окрему гарантію. Доцільно, на наш погляд, розглядати її в межах гарантій від незаконних дій державних органів та посадових осіб.

Що стосується випадків обмеження права інвестора на вибір об'єкта інвестування іншими особами, то, на наш погляд, до них повинна застосовуватись гарантія судового захисту прав та законних інтересів інвестора у разі їх порушення будь-якою особою. Дана гарантія встановлена в ч. 3 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність», а також в ст. 26 Закону України «Про режим іноземного інвестування».

Підсумовуючи наведене, пропонуємо:

- ч. 2 ст. 10 Закону України «Про режим іноземного інвестування» викласти в наступній редакції: «Усі витрати іноземних інвесторів, понесені ними внаслідок реквізиції, повинні бути компенсовані, а збитки, завдані їм внаслідок дій, передбачених у частині першій цієї статті, – відшкодовані на основі поточних ринкових цін та/або обґрунтованої оцінки, підтверджених аудитором чи аудиторською фірмою»;

- абз. 1 ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність» викласти в такій редакції: «Інвестиції не можуть бути безоплатно націоналізовані, реквізовані або до них не можуть бути застосовані заходи, тотожні за наслідками. Такі заходи можуть застосовуватись лише на основі законодавчих актів України з компенсацією інвестору в повному обсязі вартості примусово відчуженого майна, а також майнових втрат, яких він зазнав у зв'язку з припиненням інвестиційної діяльності».

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ПРАВО КОРИСТУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ РОЗВІДУВАЛЬНИХ РОБІТ: ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ

Барабаш Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відносини, пов'язані з використанням земельних ділянок для проведення розвідувальних робіт, у наш час урегульовані ст. 97 Земельного кодексу України (далі – ЗКУ). Правовими приписами цієї статті визначено підстави та порядок використання земельних ділянок для розвідувальних робіт, а також обов'язки підприємств, установ та організацій, що проводять зазначені роботи.

Геологознімальні, пошукові, геодезичні та інші розвідувальні роботи, які за своєю природою відносяться до геологічного вивчення надр, можуть здійснюватися на земельній ділянці, що належить власнику, або на земельній ділянці, яку використовує землекористувач. Використання земельної ділянки для проведення таких робіт можливе на підставі угоди з власником землі або за погодженням із землекористувачем.

Аналіз наукової літератури та судової практики дозволяє зробити висновок, що положення ст. 97 ЗКУ застосовуються неоднозначно. Принаймні можна виділити наступні підходи: 1) від підприємств, установ та організацій, що проводять розвідувальні роботи, деякі органи земельних ресурсів вимагають укладення договорів оренди земельних ділянок; 2) при здійсненні зазначених робіт пропонується використовувати земельні ділянки на праві земельного сервітуту; 3) земельні права суб'єкта, який виконує розвідувальні роботи, взагалі не оформлені, так як тимчасове зайняття земельної ділянки для виконання зазначених робіт не породжує ні права власності на земельну ділянку, ні відносини оренди цієї ділянки; 4) підприємства, установи та організації, що проводять розвідувальні роботи, використовують земельні ділянки на праві землекористування, яке виникає на підставі договору про використання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт.

Однією із причин такої неоднорідності є відсутність у земельному законодавстві визначення права користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт.

Деякі підходи в частині обґрунтування цього виду права землекористування викладені в теорії земельного права Т. М. Лебедевою, А. М. Мірошниченком, Р. І. Марусенком, В. К. Філатовою. При цьому потребують наукового доопрацювання питання щодо визначення відповідного права.

Актуальність запропонованої проблеми та необхідність її дослідження сприятиме формуванню теоретичних положень щодо використання земельних ділянок для проведення розвідувальних робіт, правильного розуміння цього виду права землекористування, удосконалення правового регулювання земельних відносин у сфері надрокористування.

Право користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт, як і право землекористування в цілому, можна розглядати в різних аспектах: як правовий інститут – сукупність норм, що регулюють права та обов'язки землекористувачів та інших осіб, як правовідносини, в яких реалізується суб'єктивне право і як суб'єктивне право, що належить конкретній особі.

В об'єктивному значенні право користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт є системою однорідних правових норм, які регулюють підстави, умови та порядок виникнення, здійснення, зміни та припинення права на використання земельної ділянки для здійснення розвідувальних робіт. Ця система норм складає інститут права на користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт.

Сутність зазначеного права як правовідносин, які виникають у процесі використання земельних ресурсів, полягає в тому, що вони включають сукупність прав та обов'язків, пов'язаних із здійсненням права землекористування для розвідувальних робіт.

У межах цього дослідження детально зупинимося на аналізі суб'єктивного права користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт, до змісту якого входить право володіння та користування земельною ділянкою, наданого конкретному суб'єкту в порядку, на умовах та підставах, визначених законодавством.

Визначити поняття суб'єктивного права користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт можливо за умови виявлення особливостей цього виду землекористування.

Аналіз законодавчих положень, а також теоретичних досліджень дає підстави виділити наступні характерні особливості зазначеного права.

1. Суб'єкти відносин використання земельних ділянок для проведення розвідувальних робіт за обсягом правосуб'єктності можна поділити на дві категорії: 1) власники та користувачі земельних ділянок, які надають земельні ділянки для здійснення розвідувальних робіт; 2) суб'єкти, що проводять розвідувальні роботи. Відповідно до аналізу положень ЗКУ землевласниками та землекористувачами можуть бути громадяни та юридичні особи України, іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, територіальні громади, держава.

Суб'єкти, які проводять розвідувальні роботи, відповідно до ст. 97 ЗКУ є підприємства, установи та організації. Такі підприємства, установи та організації повинні відповідати вимогам, встановленим законодавством України про надра.

На відміну від земельного законодавства, законодавством про надра передбачена можливість проведення геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт фізичними особами. При цьому громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства не можуть виконувати такі роботи через проблему з оформлення права на земельну ділянку. Дія ст. 97 ЗКУ не поширюється на цих осіб. Правовий механізм реалізації права на проведення розвідувальних робіт фізичними особами не визначений і в окремій нормі законодавства.

З метою вирішення окресленої проблеми вважаю за необхідне внести зміни до ст. 97 ЗКУ, передбачивши можливість використання земельної ділянки для здійснення розвідувальних робіт фізичними особами за умови відповідності їх вимогам, встановленим законодавством про надра.

2. Для проведення розвідувальних робіт можуть використовуватися земельні ділянки різних категорій земель без їх вилучення (викупу).

Чинне законодавство передбачає, що геологічне вивчення надр за своїм характером є тимчасовим. Більше того, проведення геологознімальних, пошукових, геодезичних та інших розвідувальних робіт може бути безрезультатним: в результаті таких робіт можуть не підтвердитися припущення про наявність корисних копалин чи можливість використання визначеної ділянки надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин. А тому зміна цільового призначення земель при використанні їх для проведення розвідувальних робіт, що зумовлюватиме в свою чергу значні організаційні і матеріальні затрати, не відповідатиме в даному випадку інтересам користувачів надр.

Вирішення проблеми використання земельних ділянок для здійснення розвідувальних робіт без порушення принципу їх цільового призначення можливе шляхом законодавчого закріплення наступного положення: „Зміна цільового призначення земель не проводиться у випадку використання їх для проведення геологорозвідувальних робіт”. Цим положенням необхідно доповнити ст. 20 ЗКУ.

3. Підставою виникнення відносин використання земельної ділянки для проведення розвідувальних робіт є угода, під якою необхідно розуміти договір, укладений між власником земельної ділянки та особою зі спеціальною правосуб'єктністю, що здійснює зазначені роботи. У випадку проведення цих робіт на земельній ділянці, яка використовується землекористувачем, для виникнення права користування нею недостатньо одного юридичного факту, а повинен бути юридичний склад, який включає: 1) погодження із землекористувачем, тобто одер-

жання його згоди на використання земельної ділянки для зазначених цілей; 2) укладення договору з власником земельної ділянки. Аргументуючи викладену позицію, варто зауважити, що договір про використання земельної ділянки для здійснення розвідувальних робіт не може укладатися із землекористувачем, так як відповідно до ст. 95 ЗКУ користувач земельної ділянки не має права на розпорядження нею.

4. Особливості щодо припинення права користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт чинним законодавством України не передбачені. Однак, визначаючи правовий режим земель, наданих для геологічного вивчення надр, необхідно звернути увагу на наступну обставину. Одним із проявів правового зв'язку, який існує між правом користування земельною ділянкою та правом користування ділянкою надр є те, що виникнення права користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт, залежить від оформлення прав користування надрами (отримання спеціального дозволу на користування надрами). Втрата права на спеціальний дозвіл зумовлює відповідно припинення права користування надрами, а отже, земельну ділянку, надану для цих цілей, не можна буде використувати за призначенням. У використанні такої земельної ділянки не буде потреби. Звідси, правовий зв'язок між зазначеними правами повинен виражатися також і в тому, що з припиненням права користування надрами припиняється право на користування відповідною земельною ділянкою. У зв'язку з наведеним, необхідно запропонувати доповнити перелік підстав припинення права користування земельною ділянкою, наведений у ст. 141 ЗКУ, додатковою підставою – „припинення права користування надрами”.

Наведені особливості права користування земельною ділянкою для проведення розвідувальних робіт дозволяють сформулювати його поняття як *право особи зі спеціальною правосуб'єктністю на володіння та користування чужою земельною ділянкою без зміни її цільового призначення у межах встановлених договором із землевласником.*

ІНДИВІДУАЛЬНИЙ САМОЗАХИСТ ПРАЦІВНИКАМИ СВОЇХ ПОРУШЕНИХ ПРАВ У ПРОЕКТІ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ

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 прожиття заходів для самозахисту. Видається, що таке повідомлення працівник повинен здійснити у письмовій формі, по аналогії як це передбачено Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

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.

Самозахист характеризується наступними ознаками:

а) правом на самозахист наділений працівник чи працівники, права чи законні інтереси яких порушені з боку роботодавця, або коли роботодавець чинить перешкоди в реалізації прав та інтересів;

б) самозахист передбачає вчинення односторонніх, самостійних особистих дій працівником, або відмову працівника від виконання трудових обов'язків з метою захисту своїх прав та інтересів без звернення до органів в компетенції яких є захист трудових прав працівників;

в) самозахист це правомірне діяння у випадках, не заборонених законом.

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.

Серед видів самозахисту дуже важлива роль належить індивідуальним видам.

Чинний КЗпП України, а також проект Трудового кодексу не містять поняття самозахисту працівниками 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 самозахисту віднесемо його переговори з роботодавцем про припинення порушення його трудових прав.

До пасивних дій віднесемо відмову працівника від виконання незаконних розпоряджень роботодавця, а також відмову від виконання трудових обов'язків, передбачених трудовим договором і трудовим законодавством.

Аналіз окремих положень проекту Трудового кодексу (в редакції від 02.04.2012р.) дає можливість зробити висновок про наявність у проекті достатньо широкого кола випадків самозахисту працівниками своїх порушених прав.

Серед них необхідно відзначити право працівника відмовитися виконувати незаконні розпорядження роботодавця. Таке право випливає із конституційного положення про те, що ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази, яке передбачено ст. 60 Конституції України. На жаль у проекті Трудового кодексу відсутні норми які б надавали право працівнику відмовитися від виконання незаконних розпоряджень роботодавця. Тому пропонується доповнити статтю 13 проекту відповідними нормами, які б передбачали право працівника на самозахист.

Також проект Трудового кодексу у спеціально визначених випадках надає право працівнику відмовитися від виконання трудових обов'язків.

В першу чергу це стосується права працівника відмовитися від виконання трудових обов'язків при переведенні на іншу роботу без його згоди, а також відмовитися від виконання роботи, яка виходить за межі трудового договору, яке передбачено ст. 76 проекту Трудового кодексу. Ряд норм проекту Трудового кодексу надають право працівнику відмовитися від виконання трудових обов'язків, якщо робота протипоказана йому за станом здоров'я. Це стосується права працівника відмовитися від виконання роботи, яка протипоказана йому за станом здоров'я, що підтверджується медичним висновком. Працівник має право відмовитися від виконання роботи в умовах, що не відповідають вимогам охорони праці, а також коли створилася виробнича ситуація, небезпечна для його життя, здоров'я або людей, які його оточують, для виробничого середовища або довкілля.

Проект кодексу передбачає також право працівника відмовитися від виконання роботи у випадках незаконного залучення до роботи у вихідні і святкові дні, а також у випадках порушення законодавства про робочий час та час відпочинку.

З метою гарантування права працівника на самозахист у проекті Трудового кодексу необхідно встановити правило про те, що роботодавець не може застосовувати до такого працівника заходи дисциплінарного впливу до того часу поки в судовому порядку дії працівника не будуть визнані незаконними. Така норма як гарантія можливості на самозахист міститься в Законі «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» і є гарантією для працівників, які беруть участь у страйку. Таку норму доцільно передбачити у проекті Трудового кодексу з метою гарантування права працівників на індивідуальний самозахист.

Оскільки дії по самозахисту є правомірними то роботодавець не може перешкоджати працівнику у їх здійсненні. Правомірна відмова працівника від виконання своїх трудових обов'язків повинна розглядатися як простий не з вини працівника. Тому у проект Трудового кодексу необхідно включити норму про збереження 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.

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬ ОПТОВИХ РИНКІВ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В УКРАЇНІ

Ващишин М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Основоположним інституційним принципом земельного права є принцип пріоритетності земель сільськогосподарського призначення, зміст якого визначений у ст. 23 Земельного кодексу України. Згідно з ним землі, що є придатними для потреб сільського господарства, повинні надаватися насамперед для сільськогосподарського використання. Натомість для потреб, не пов'язаних із веденням сільськогосподарського виробництва, надаються переважно несільськогосподарські угіддя або сільськогосподарські угіддя гіршої якості. Цей принцип має важливе практичне значення, оскільки забезпечує збереження загальної кількості сільськогосподарських угідь в нашій державі й запобігає зміні цільового призначення найціннішої категорії земельного фонду України. Однак сам законодавець не завжди дотримується цього принципу.

Проявом грубого ігнорування принципу пріоритетності земель сільськогосподарського призначення стало внесення змін до законодавчого переліку суб'єктів сільськогосподарського землевикористання, визначеного у ст. 22 Земельного кодексу України, шляхом доповнення його новим суб'єктом - оптовими ринками сільськогосподарської продукції відповідно до Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції», який набрав чинності з 1 січня 2010 року.

За загальним правилом, суб'єктами сільськогосподарського землевикористання є: громадяни (для ведення особистого селянського господарства, садівництва, городництва, сінокошіння та випасання худоби, ведення товарного сільськогосподарського виробництва), сільськогосподарські підприємства для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, сільськогосподарські науково-дослідні установи та навчальні заклади, сільські професійно-технічні училища та загальноосвітні школи (для дослідних і навчальних цілей, пропаганди передового досвіду ведення сільського господарства), а також несільськогосподарські підприємства, установи та організації, релігійні організації та об'єднання громадян – для ведення підсобного сільського господарства. У кожному з вищезазначених випадків сільськогосподарські землі використовуються як основний засіб сільськогосподарського виробництва. Натомість оптовим ринкам сільськогосподарської продукції земельні ділянки сільськогосподарського призначення надаються для розміщення власної інфраструктури, тобто ці землі використовуються як просторово-операційний базис і є територіальною основою несільськогосподарської діяльності.

Оптовий ринок сільськогосподарської продукції – це юридична особа, предметом діяльності якої є надання послуг, що забезпечують здійснення оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією, і який в установленому законом порядку надано статус оптового ринку сільськогосподарської продукції. Оптовий ринок сільськогосподарської продукції надає різноманітні послуги: торгівельні, посередницькі, транспортні, охоронні, інформаційні, рекламні, здійснює передпродажну підготовку та зберігання сільськогосподарської продукції, контролює її якість тощо.

Територія оптового ринку сільськогосподарської продукції – це спеціально відведене та облаштоване місце для надання послуг оптовим ринком сільськогосподарської продукції. При визначенні цього поняття законодавець оперує термінами (територія, місце), не притаманними правовому режиму земель сільськогосподарського призначення, і не вживає терміну «земельна ділянка».

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» місця розміщення інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції визначаються центральним органом виконавчої влади з питань аграрної політики, тобто Міністерством аграрної політики та продовольства України на підставі поданих юридичними особами, які мають набути статус оптового ринку сільськогосподарської продукції, документів виходя-

чи з економічної доцільності створення оптових ринків сільськогосподарської продукції на відповідній території. Дане положення не узгоджується із загальною процедурою надання земельних ділянок органами державної виконавчої влади та органами місцевого самоврядування у власність чи в користування, визначену ст. 122 Земельного кодексу України, оскільки передбачає повноваження у цій сфері окремого міністерства, а серед центральних органів державної виконавчої влади окремими повноваженнями наділені лише Кабінет Міністрів України і Рада міністрів Автономної Республіки Крим.

Водночас спеціальна норма ст. 149 Земельного кодексу України передбачає, що для будівництва об'єктів інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції земельні ділянки державної власності, які перебувають у постійному користуванні за межами населених пунктів, вилучають районні державні адміністрації на їх території. Існуючу земельно-правову колізію варто вирішити на користь Земельного кодексу України, а профільному міністерству залишити повноваження стосовно вирішення питання про надання юридичній особі статусу оптового ринку сільськогосподарської продукції і визначення орієнтовного місця розташування території оптового ринку сільськогосподарської продукції, а не питання відведення земельної ділянки для цих потреб.

Для забезпечення основних напрямів господарської діяльності оптовий ринок сільськогосподарської продукції формує відповідну інфраструктуру: систему обслуговуючих структур, споруд, будівель, систем, мереж, ліній, служб, складських приміщень, сховищ, залів, площадок, павільйонів, обладнання, транспорту, під'їзних та внутрішніх шляхів, засобів зв'язку, що включені до проекту (бізнес-плану) організації діяльності юридичної особи у статусі оптового ринку сільськогосподарської продукції. Цей перелік визначений у ст.1 Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції». Подібний перелік міститься у ст. 66 Земельного кодексу України, якою передбачено, що до земель промисловості належать землі, надані для розміщення та експлуатації основних, підсобних і допоміжних будівель та споруд промислових, гірничо-добувних, транспортних та інших підприємств, їх під'їзних шляхів, інженерних мереж, адміністративно-побутових будівель, інших споруд. За характером використання земельних ділянок і типом об'єктів, що на них розташовуються, оптові ринки сільськогосподарської продукції подібні до промислових, транспортних та інших підприємств. Тому видається необгрунтованим віднесення оптових ринків сільськогосподарської продукції до переліку суб'єктів сільськогосподарського землекористання.

Дивує також і те, що для оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні створено особливо сприятливий земельно-правовий режим. Так, відповідно до ст. 134 Земельного кодексу України не підлягають продажу на конкурентних засадах (земельних торгах) земельні ділянки державної чи комунальної власності або права на них у разі розміщення інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції, що є винятком із загального правила. Крім того, юридичні особи у разі використання земельних ділянок для розміщення інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції звільняються від відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва (ст. 208 Земельного кодексу України). Хоча тим самим законодавець визнав, що розташування інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції є видом несільськогосподарського землекористання.

Підсумовуючи проведені дослідження, вважаю недоцільним і необгрунтованим доповнення законодавчого переліку суб'єктів сільськогосподарського землекористання оптовими ринками сільськогосподарської продукції. Необхідно віднести території оптових ринків сільськогосподарської продукції до земельних ділянок іншої категорії – промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики та іншого призначення і уніфікувати процедуру надання земельних ділянок для цих потреб.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИВАТНИХ АГЕНТСТВ ЗАЙНЯТОСТІ В УКРАЇНІ

Вісьтак М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах становлення нашої держави як соціальної, демократичної та правової виникає необхідність в удосконаленні правового регулювання тих суспільних відносин, що суттєво впливають на процес соціально-економічних перетворень та розвиток ринкової економіки в Україні.

До таких суспільних відносин, що потребують особливої уваги з боку нашого законодавця можна віднести і відносини з приводу працевлаштування, зокрема ті відносини, які виникають у процесі діяльності суб'єктів господарювання, які надають послуги посередництва у працевлаштуванні.

Із прийняттям Закону України «Про зайнятість населення» від 05 липня 2012 року, вперше на рівні закону здійснена спроба врегулювати діяльність суб'єктів господарювання, що надають послуги з посередництва у працевлаштуванні. Так, у зазначеному Законі визначено, що до послуг посередництва у працевлаштуванні належать пошук та сприяння у працевлаштуванні осіб, добір працівників до замовлень роботодавців (у тому числі іноземних) у межах укладених з роботодавцями договорів(контрактів). Також, визначено, що крім послуг посередництва, суб'єкти господарювання здійснюють наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні у іншого роботодавця. Таким чином, можна дійти висновку, що вперше на законодавчому рівні визнається можливість використання так званої «запозиченої» праці, однак лише в межах України.

Законом України «Про зайнятість населення» від 05 липня 2012 року розмежовується діяльність суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва в Україні, за кордоном а також діяльність пов'язана з найманням працівників для подальшого виконання ними роботи у іншого роботодавця в Україні. Із змісту положень цього Закону, вбачається, що спеціального дозволу для здійснення діяльності із наданням послуг посередництва в Україні не потрібно. Водночас у згаданому Законі зазначається, що необхідною умовою для здійснення такої діяльності, що передбачає працевлаштування за кордоном є наявність ліцензії. Ліцензування такої діяльності регулюється цим законом, законами України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», «Про зовнішньоекономічну діяльність» та іншими законодавчими актами України. Видається, що під іншими законодавчими актами варто розуміти Наказ Міністерства праці та соціальної політики «Про затвердження ліцензійних умов провадження господарської діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном і Порядку контролю за додержанням Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном» від 06 вересня 2010 року. По-суті до прийняття Закону України «Про зайнятість населення» у 2012 році, зазначений Наказ Міністерства праці та соціальної політики був чи не єдиним законодавчим актом в сфері регулювання діяльності приватних агентств зайнятості. Щодо діяльності суб'єктів господарювання, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні у іншого роботодавця, то зазначена діяльність відповідно до вимог нового Закону має здійснюватись на підставі дозволу, виданого центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції.

До новел чинного трудового законодавства у цій сфері, можна віднести і норму згаданого Закону про заборону отримувати від громадян, яким надаються послуги з посередництва у працевлаштуванні, гонорари, комісійні та інші винагороди на користь приватних агентств зайнятості. Однак, така заборона стосується лише послуг посередництва з працевлаштування в Україні. Щодо надання послуг посередництва з працевлаштування за кордоном положення закону передбачають лише заборону попередньої оплати наданих послуг. Так само це питання

врегульовано і у чинному Наказі Міністерства праці та соціальної політики, який визначає ліцензійні умови для провадження такої діяльності.

Отже, аналізуючи положення Закону України «Про зайнятість населення» від 05 липня 2012 року, можна дійти висновку, що після набрання ним чинності, діяльність суб'єктів господарювання, що надають послуги посередництва з працевлаштування в Україні, за кордоном, а також діяльність агентств, що найматимуть працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні у іншого роботодавця, врегульовуватиметься у різний спосіб.

Правове регулювання діяльності приватних агентств зайнятості здійснюється також Конвенцією МОП № 181 «Про приватні агентства зайнятості», а також Рекомендацією МОП № 188 «Щодо приватних агентств зайнятості». Відзначимо проте, що вказані міжнародно-правові акти не ратифіковані Україною і відповідно не можуть становити частину національного трудового законодавства України, а тому розглядаються лише як орієнтир для удосконалення чинних та прийняття нових нормативно-правових актів.

Згідно положень зазначеної Конвенції, «приватне» агентство зайнятості означає будь-яку фізичну або юридичну особу, приватної форми власності, яка надає одну чи більше послуг з ринку праці, а саме: послуги у сфері підбору пропозицій та заяв зайнятості, послуги, що становлять найм працівників з наміром надання їх у розпорядження третій стороні, а також інші послуги, пов'язані з пошуком роботи, але які не мають своєю метою підбір конкретних пропозицій робочих місць та заявок на них.

Також, положеннями Конвенції передбачено, що приватні агентства зайнятості здійснюють свою діяльність на підставі дозволу, а також те, що такі агентства не стягують з працівників жодних гонорарів чи комісійних винагород прямо чи опосередковано, повністю або частково. Тут, доцільно звернути увагу на те, що зазначені положення стосуються всіх агентств зайнятості, безвідносно до виду послуг з працевлаштування, які вони надають. Однак, в інтересах зацікавлених працівників та після консультацій з найбільш представницькими організаціями роботодавців і працівників, компетентний орган влади може дозволити встановлення плати з фізичних осіб, щодо певних категорій працівників, а також щодо встановленого переліку послуг, які надаються такими агентствами.

Варто відзначити, що ратифікація конвенції МОП № 181 «Про приватні агентства зайнятості» сприятиме удосконаленню чинного правового регулювання в цій сфері, особливо зважаючи на збільшення кількості таких агентств на сучасному ринку праці, а також на ту обставину що спеціального закону, який би здійснював правове регулювання діяльності таких агентств, до сих пір не прийнято.

ВСЕЗАГАЛЬНІСТЬ ПРАВА НА СОЦІАЛЬНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ*Гірник О.**Львівський національний Університет імені Івана Франка*

Одним із основних загальноправових принципів, визнаних міжнародним співтовариством є принцип всезагальності прав людини. Зміст цього принципу полягає у тому, що кожна людина повинна мати всі права і свободи незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища (ст.2 Загальної Декларації прав людини і громадянина).

Дія відповідного принципу поширюється на право соціального забезпечення, так як воно є складовою системи найголовніших прав людини. А тому, відповідно до міжнародних стандартів, соціальне забезпечення надається кожній людині, яка його потребує. Тобто, тій, у котрої з об'єктивних причин відсутні засоби для існування чи можливості їх отримати.

Незважаючи на наявність зазначених вимог, Конституція України у статті 46 проголосила суб'єктом права на соціальний захист, що включає право на забезпечення у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках передбачених законом не людину, а громадянина. Однак, як справедливо зауважує Т.З. Гарасимів, термін «громадянин», що використовується в Основному законі для позначення суб'єкта права на соціальне забезпечення відображає не правовий зв'язок особи з державою, а інше поняття – кожен. Адже ми можемо спостерігати майже повну ідентичність підстав і механізмів соціального забезпечення громадян України, іноземних громадян та осіб без громадянства, які постійно проживають на території України.

Власне такий зміст принципу всезагальності розкрито в окремих нормативних актах, що належать до сфери соціального забезпечення. До них зокрема належить Закон України «Про соціальні послуги», де суб'єктами права на отримання соціальних послуг проголошено громадян України, а також іноземців та осіб без громадянства, у тому числі біженців, які проживають в Україні на законних підставах та перебувають у складних життєвих обставинах.

Як бачимо, суб'єктом права на соціальне обслуговування може бути особа, незалежно від її правового зв'язку з державою. Підтвердження цьому зустрічаємо також при формулюванні понять «соціальна послуга», «соціальне обслуговування», а також в інших положеннях, де законодавець використовує власне термін «особа», а не громадянин. За таких обставин, цілком виправданою є теорія М.О. Буянової, що право на соціальне обслуговування є позатериторіальним та позанаціональним, існує незалежно від закріплення в законодавчих актах держави, є об'єктом міжнародно-правового регулювання і захисту, тобто є правом людини.

Іншими словами, право на соціальне обслуговування в Україні визнано природним; правом людини, а не громадянина. В цей же час, О. Чутчева зауважує, що в умовах складної економічної ситуації ми не можемо собі дозволити соціальне обслуговування, цілком побудоване на концепції природного походження права на соціальне обслуговування. Адже низький рівень економічного розвитку не дає змоги належним чином отримувати нормативно задекларовані у чинному законодавстві соціальні послуги: або існують великі черги (санаторно-курортні путівки), або взагалі немає фактичної можливості для їх отримання (немає необхідних технічних засобів для реабілітації інвалідів, відсутнє будівництво соціального житла тощо).

Як наслідок, Україна взяла на себе зобов'язання надати соціальне обслуговування достатньо широкому колу суб'єктів, не маючи при цьому необхідної економічної бази. За словами М.В. Лушнікової та А.М. Лушнікова така ситуація є неправильною, оскільки реалізація права на соціальне забезпечення має залежати від стану економіки та ресурсів держави.

Сьогодні Україна справді немає достатніх засобів для забезпечення права на соціальне обслуговування усіх людей на рівні міжнародних стандартів. Проте, можливість виникнення такої ситуації було передбачено міжнародною спільнотою. Так, у статті 2 Міжнародного пак-

ту про економічні, соціальні та культурні права закріплено можливість поступового забезпечення в максимальних межах наявних ресурсів. Тому, з врахуванням фінансових реалій української держави, необхідно визначити низку умов отримання соціального обслуговування іноземними громадянами та особами без громадянства.

Однією з таких умов є нормативна вимога про перебування у складних життєвих обставинах. Відповідно до законодавства, складні життєві обставини – це обставини, спричинені інвалідністю, віком, станом здоров'я, соціальним становищем, життєвими звичками і способом життя, внаслідок яких особа частково або повністю не має (не набула або втратила) здатності чи можливості самостійно піклуватися про особисте (сімейне) життя та брати участь у суспільному житті. Однак, відповідна вимога є передумовою реалізації права на соціальне обслуговування як для іноземців та осіб без громадянства, так і для громадян України.

Ще однією умовою є законність підстав проживання на території України. Така вимога стосується вже безпосередньо іноземців та осіб без громадянства, у тому числі біженців. Відповідно до Закону України «Про громадянство», проживання на законних підставах – проживання в Україні іноземця чи особи без громадянства, які мають у паспорті громадянина колишнього СРСР зразка 1974 року відмітку про постійну чи тимчасову прописку на території України, або зареєстрували на території України свій національний паспорт, або мають посвідку на постійне чи тимчасове проживання на території України, або їм надано статус біженця чи притулок в Україні (ч.9 ст.1).

Однак, наявність таких умови реалізації права на соціальне обслуговування не є достатніми для забезпечення ефективності цього виду соціального забезпечення. По-перше, вимога про перебування у складній життєвій обставині поширюється як на громадян України, так і на іноземців та осіб без громадянства. Крім цього, за відсутності відповідної обставини не виникне і потреби у соціальному обслуговуванні. По-друге, законність підстав проживання вимагається при реалізації будь-якого права, наданого іноземному громадянину чи особі без громадянства за українським законодавством.

Тому, пропонуємо надати соціальне обслуговування в обсязі однаковому з громадянами України іноземцям та особам без громадянства, які не просто на законних підставах проживають на території України, а лише тим, котрі безперервно. До фізичних осіб, що безперервно проживають на території України, належать особи, разовий виїзд котрих за кордон у приватних справах не перевищував 90 днів, а в сумі за рік – 180 днів (ст.1 Закону України «Про громадянство»). Урівняти обсяги соціального обслуговування громадян та інших осіб, які на законних підставах проживають на території України можна також, встановивши вимогу про участь останніх у системі загальнообов'язкового державного соціального страхування (це може бути як періодична сплата внесків у відповідний фонд, так і одноразова). Така вимога могла б застосовуватися при зверненні іноземця чи особи без громадянства для отримання соціального обслуговування, яке фінансується за рахунок коштів фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування.

З врахуванням розроблених нами рекомендацій, пропонуємо статтю 6 Закону України «Про соціальні послуги» викласти наступним чином: «Право на соціальне обслуговування мають громадяни України, а також іноземці та особи без громадянства, які безперервно на законних підставах проживають на території України або які взяли участь у системі загальнообов'язкового державного соціального страхування та перебувають у складних життєвих обставинах».

ТРУДОВИЙ ДОГОВІР – УНІВЕРСАЛЬНА МОДЕЛЬ НАЙМУ НА РОБОТУ

Жолнович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сучасному етапі розвитку українського суспільства більшість громадян нашої держави заробляють собі на життя наймаючись на роботу. Попри солідну нормативну базу, яка дає можливість регламентувати порядок, умови та гарантії найму працівників, на практиці виникає чимало проблем із ефективною реалізацією права на працю громадян та захистом їх трудових прав. Однією з причин, є те, що незалежно від суті фактичних відносин, які виникають, трудовими вони можуть вважатися лише тоді, коли оформлені трудовим договором. Лише за наявності трудового договору, гарантії та пільги визначені трудовим законодавством поширюються на працівника. Однак, небажання роботодавців забезпечувати закріплені законами високі стандарти найму, зумовлює появу різноманітних угод про працю, які не належать до сфери впливу норм трудового права, хоча регламентують фактичні трудові відносини.

Останнім часом знову зростає частка укладення, так званих, трудових угод, які суттєво обмежують трудові права працівників, оскільки гарантії про максимальний робочий час, обов'язковість надання оплачуваного часу відпочинку, мінімальну зарплату, обмеження розірвання договору з ініціативи роботодавця до них не застосовуються.

Відмінність характерних ознак трудового договору та трудової угоди можна проілюструвати у вигляді порівняльної таблиці:

Ознаки трудового договору	Ознаки трудової угоди
<ul style="list-style-type: none"> - Робота виконується особисто працівником - Працівник підлягає внутрішньому трудовому розпорядку підприємства і чітко контролюється роботодавцем - Працівник повинен дотримуватися режиму роботи визначеного роботодавцем, однак його робочий час не може перевищувати 40 год. на тиждень. - На працівників, що працюють на умовах трудового договору поширюються всі гарантії та пільги, передбачені трудовим законодавством - Заробіток не може бути меншою за мінімальну за повний робочий час - За загальним правилом працівники несуть обмежену матеріальну відповідальність і у всіх випадках відшкодовують лише пряму дійсну шкоду. 	<ul style="list-style-type: none"> - Не закріплено особистий характер виконання роботи законодавством, проте це можна зробити в угоді - Робота виконується на власний розсуд працівником без чітких часових рамок з боку замовника - Працівник лише зобов'язаний виконати обумовлене замовлення в строки визначені угодою, яке приймається за актом прийому-здачі робіт - Не поширюються гарантії трудового законодавства, окрім законодавства про охорону праці - Розмір грошової винагороди погоджується сторонами і законодавчо не обмежений - Відшкодовуються збитки у повному обсязі, в тому числі неотримані доходи і упущена вигода.

Аналізуючи цю таблицю, можна зробити висновок, що укладення трудової угоди невідгідне для працівника і значно звужує обсяг його трудових прав. Однак, зважаючи на невпинний ріст безробіття в країні та тотальну бідність населення, більшість погоджується на такі ка-

бальні умови заради заробітку. На жаль, чинне трудове законодавство не передбачає механізму захисту для таких працівників.

Натомість у сусідніх державах, зокрема в Росії та Польщі, успішно застосовують механізми легалізації прихованих трудових відносин, шляхом зобов'язання роботодавця укласти трудовий договір. Саме цей договір можна вважати найбільш вдалою формою найму, який забезпечує працівникові максимальний набір гарантій і пільг під час роботи за наймом.

Так, до прикладу, ст. 15 Трудового кодексу Російської Федерації подає визначення трудових відносин, за яким це угода між працівником та роботодавцем про особисте виконання за плату трудової функції та підпорядкування працівника правилам внутрішнього розпорядку, з одночасним забезпеченням роботодавцем умов праці, передбачених трудовим законодавством, колективним чи трудовим договором. Підставою для виникнення таких відносин може бути і рішення суду про укладення трудового договору (ст. 16 Кодексу).

Безперечно можливість у суді довести існування трудових відносин і вимагати укладення трудового договору сприяє повнішому захисту прав працівників. Однак, у російському кодексі не закріплено процедури та особливостей такого звернення. Також нічого не сказано чи можна зобов'язати роботодавця укласти трудовий договір, коли на практиці вже укладено цивільно-правовий договір, що приховує трудові відносини.

Більш чітко це питання регламентує Кодекс праці Польщі. Зокрема, ст. 22 Кодексу закріплює, що трудовими є відносини, за яким працівник зобов'язується виконувати певну роботу для роботодавця і під його керівництвом, у місці та в строки визначені роботодавцем, а роботодавець зобов'язується працевлаштувати працівника за винагороду. Будь-яка робота на цих умовах вважається трудовими відносинами. Параграф 2 цієї статті забороняє замінити трудовий договір цивільно-правовим і використовувати його, якщо умови праці підпадають під визначення трудових відносин.

Таким чином, якщо буде встановлено, що робота працівника відповідає умовам найманої праці, визначеним у кодексі праці, то вони мають регулюватися трудовим законодавством, незалежно від того яку назву матиме договір, що опосередковує ці відносини.

Саме такий шлях легалізації прихованих трудових договорів варто передбачити і в українському законодавстві. Якщо в проекті Трудового кодексу закріпити ознаки трудових відносин, за наявності яких, будь-який договір вважатиметься трудовим, тоді це унеможливить спекуляції з трудовими угодами і звуженням трудових прав працівників.

На жаль, проект Трудового договору, який на сьогодні зареєстрований у Верховній Раді України, не містить визначення трудових відносин. Стаття 2 цього Проекту, окреслюючи коло відносин, що регулюються Трудовим кодексом подає надто узагальнений перелік відносин, який не містить характеристики трудових відносин найманої праці. Так само не чітко окреслює трудові відносини і стаття 6 вказаного Проекту. Розглядаючи випадки обмеженого застосування Трудового кодексу, ця стаття передбачає, що якщо органами державного нагляду і контролю за додержанням трудового законодавства або в судовому порядку буде встановлено, що відносини за цивільно-правовим договором фактично є трудовими відносинами, до таких відносин застосовуються норми цього Кодексу.

Однак, без чіткого визначення поняття та ознак трудових відносин у Трудовому кодексі, ні суд, ні інші уповноважені органи не зможуть розмежувати цивільні відносини та відносини найманої праці.

Тому, пропонується закріпити у трудовому законодавстві поняття та ознаки трудових відносин, а також норму про те, що якщо будь-які фактичні суспільні відносини відповідають таким ознакам, то між сторонами укладено трудовий договір і ці відносини підпадають під сферу впливу норм трудового права.

СУДОВИЙ НОРМОКОНТРОЛЬ У СФЕРІ ТРУДОВОГО ПРАВА

Kim O.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З прийняттям Конституції України та Закону України «Про Конституційний Суд України» в нашій державі активно почала реалізовуватися ідея так званого конституційного нормоконтролю. Він, зазвичай, здійснюється на предмет конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Однак, питання щодо відповідності інших правових актів законам та звісно ж Конституції України є також важливим для забезпечення гарантій трудових та інших соціально-економічних прав громадян.

Нагадаємо, що розгляд публічно-правових спорів як фізичних так і юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (в тому числі й нормативно-правових актів) належить до юрисдикції адміністративних судів України, та здійснюється в порядку, передбаченому Кодексом адміністративного судочинства України. Завданням нормоконтролю, що здійснюється в порядку адміністративного судочинства з особливостями статті 171 цього кодексу є контроль за законністю постанов Верховної Ради України, указів та розпоряджень Президента України, постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим, а також нормативно-правових актів міністерств, інших суб'єктів владних повноважень. Зазначені нормативно-правові акти повинні відповідати законам України, які, в свою чергу, не можуть суперечити Конституції України. Така ієрархічна система «від конституційності – до законності» усіх правових актів в державі є відображенням ідей Г.Кельзена щодо обмеженості конституційного контролю. Адже на предмет відповідності Конституції перевіряються тільки закони чи інші правові акти, перелік яких є вичерпним. Інші ж правові акти повинні відповідати законам, які, у свою чергу, відповідають Конституції. Таким чином здійснення адміністративного судового контролю за законністю не тільки індивідуальних, але й нормативно-правових актів державної влади та місцевого самоврядування є обов'язковою складовою правової держави.

Як різні прояви одного явища конституційний та адміністративний судовий нормоконтроль мають спільні ознаки. Адміністративні суди здійснюють судочинство за аналогією з Конституційним Судом України, і тому можуть виступити у ролі „негативного” законодавця. Адже відповідно до частини 8 статті 171 Кодексу адміністративного судочинства України суд може визнати нормативно-правовий акт незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, повністю або в окремії його частині. Постанова суду про втрату чинності нормативно-правовим актом Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, міністерств та інших суб'єктів владних повноважень поширюється на всю територію України і носить обов'язковий характер. Правом на оскарження нормативно-правового акту до суду наділені виключно ті особи, щодо яких його застосовано чи які є суб'єктом правовідносин, у яких буде застосовано цей акт. Постанова адміністративного суду про визнання нормативно-правового акта нечинним підлягає негайному опублікуванню у виданні, в якому цей нормативно-правовий акт було офіційно оприлюднено. Спеціально визначений суб'єкт права на звернення, порядок розгляду та опублікування, юридичні наслідки ухвалені постанови свідчать про особливий характер цієї процедури судочинства, який підкреслює значимість актів нормоконтролю в порівнянні з іншими рішеннями судів загальної юрисдикції.

Однак, не зважаючи на чималу кількість спільних рис, можливість визнання актів судового адміністративного нормоконтролю як джерел трудового права знаходить поодинокі підтримку науковців. Так, А.М. Лушніков вважає, що постанови судів, якими нормативні акти чи окремі їх положення визнаються нечинними та втрачають юридичну силу володіють основними ознаками джерел права. Суд, визнавши нормативний акт нечинним та фактично відмінивши його застосування, зобов'язує органи влади, що прийняли цей нормативний акт, приве-

сти його у відповідність діючому законодавству. Таке судове рішення поширюється на всіх суб'єктів права і публікується в тому ж офіційному друкованому виданні, що й оскаржуваний нормативний акт. Науковець переконаний, що нормоконтрольні постанови судів необхідно визнати одним з джерел трудового права. Адже вони, як і, до прикладу, нормативні акти, характеризуються рядом спільних ознак. Як то:

- створені однією з гілок державної влади (судової);
- містять нормативну новизну, яка полягає у заповненні пробілів у праві чи фактичному припиненні дії нормативного акта (його частини);
- мають обов'язковий, імперативний характер;
- поширюються на невизначене коло осіб;
- розраховані на багаторазове використання.

Ці влучні твердження А.М. Лушнікова додатково підтверджують наші висновки про те, що акти судового нормоконтролю належать до джерел трудового права. Адже їм властиві усі характерні ознаки. Зокрема:

- рішення суду про визнання правових актів нечинними ухвалюються з метою приведення у відповідність нормативно-правового акту до законодавства і у зв'язку з його невідповідністю законодавству;
- акти суду про оцінку законності нормативно-правових актів тягнуть за собою юридичні наслідки не лише для сторін справи, але й для широкого кола наперед невизначених осіб, трудові відносини яких врегульовані оскарженим актом. З урахуванням цього, акти судового нормоконтролю не можна вважати виключно правозастосовчими;
- судова юридична оцінка акту полягає у встановленні його незаконності, а також підтвердженні факту порушення прав невизначеного кола осіб;
- зміст судового акту полягає у відміні правового регулювання;
- акт судового нормоконтролю ухвалюється повноважним державним органом – судом, є загальновідомим та обов'язковим до виконання.

Нормативний характер акту суду не суперечить правозастосовчому призначенню судової влади. Адже нормоконтроль здійснюється в порядку судочинства. Справа про оскарження нормативно-правового акту стає не лише судовим, але й правотворчим процесом. Специфіка полягає у тому, що правотворча діяльність суду є вимушеною і похідною від основного виду діяльності, адже нове правове регулювання виникає не з власної волі правотворчого органу – суду, а з ініціативи позивача.

Акт, ухвалений за результатами такого розгляду, має подвійний статус: як правозастосовчий так і нормативний акт. Суд, насамперед, зобов'язаний здійснювати захист прав та свобод особи. Однак, часто єдиним способом такого захисту є визнання нормативно-правових актів суб'єкта владних повноважень нечинними. Такий акт суду набуває ознак нормативного характеру і стає джерелом права з правозастосовчою сутністю. А оспорюваний нормативно-правовий акт піддається специфічному контролю, який полягає у застосуванні акта вищої юридичної сили для визнання оспореного акта нечинним.

Можна погодитись, що безпосередньо акт нормоконтролю не містить норми права, яка описує правила поведінки суб'єктів трудових відносин. В мотивувальній частині наводиться оцінка нормативно-правового акту, а резолютивна встановлює факт незаконності та нечинності цього акту. Суд, при здійсненні нормоконтролю, не вправі встановлювати нове правило поведінки, створювати нову норму, а лише викреслює незаконну. Судова правотворчість тут реалізується через застосування права. Наведене ще раз підтверджує, що правотворчість характеризується не лише встановленням чи зміною існуючого правового регулювання, але й скасуванням норм права. А це породжує нові чи змінює існуючі правила поведінки суб'єктів трудових відносин.

Враховуючи наведені ознаки, можна стверджувати, що до джерел трудового права належать акти судової влади, які ухвалені в результаті нормоконтролю і встановлюють нечинність правового акту з мотивів його невідповідності нормам вищої юридичної сили, що тягне за собою зміну правового регулювання трудових відносин.

МІНІМАЛЬНА ПЕНСІЯ ЗА ВІКОМ ЯК ДЕРЖАВНА СОЦІАЛЬНА ГАРАНТІЯ

Кульчицька О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ч. 2 ст. 17 Закону України «Про державні соціальні стандарти і державні соціальні гарантії» від 5 жовтня 2000 року № 2017-III до числа основних державних соціальних гарантій належить мінімальний розмір пенсії за віком.

В історії правового регулювання мінімального розміру пенсії за віком можна виділити кілька періодів. Перший період розпочався з ухваленням Закону України «Про пенсійне забезпечення» від 05.11.1991 року і тривав до ухвалення Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 09.07.2003 року. У цей період правове регулювання мінімального розміру пенсії за віком передбачало наступні положення:

1) право на пенсію за віком у мінімальному розмірі мали усі особи, у яких виникло право на пенсію;

2) мінімальний розмір пенсії за віком встановлювався в розмірі мінімального споживчого бюджету, який визначався Кабінетом Міністрів України. Нагадаємо, що відповідно до Закону України «Про мінімальний споживчий бюджет» від 03.07.1991 р. мінімальний споживчий бюджет – це набір продовольчих і непродовольчих товарів та послуг у натуральному і вартісному вираженні, що забезпечує задоволення основних фізіологічних і соціально-культурних потреб людини. Відтак до ухвалення Закону України «Про прожитковий мінімум» від 15.07.1999 року мінімальний споживчий бюджет відіграв роль основного державного соціального стандарту.

У 1997 році цей правовий припис було доповнено положенням про те, що в умовах кризового стану економіки та спаду виробництва мінімальний розмір пенсії за віком встановлюється у розмірі не нижче межі малозабезпеченості. Отже, в цей період в правовому регулюванні мінімального розміру пенсії за віком з'явився ще один, додатковий, державний соціальний стандарт. І це відбулося незважаючи на те, що в ухваленій 28.06.1996 року Конституції України було закріплено у принцип встановлення розміру пенсій, інших видів соціальних виплат та допомог, що є основним джерелом існування, на рівні, не нижче від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Правове значення мінімального розміру пенсії за віком на першому етапі не обмежувалося лише встановленням мінімальної межі пенсійного забезпечення. Мінімальна пенсія за віком була критерієм, що використовувався для встановлення максимального розміру пенсії за віком, а також розмірів пенсії для окремих категорій працівників відповідно до спеціальних законів. Так, відповідно до ст. 15 Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» (у редакції від 25.03.1996 року) передбачалося підвищення розміру пенсії за вислугу особам офіцерського складу, прапорщикам, мічманам, військовослужбовцям надстрокової служби та військової служби за контрактом, особам, які мають право на пенсію за цим Законом, які є ветеранами війни, та особам, на яких поширюється чинність Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», що встановлювалося в процентному відношенні до мінімального розміру пенсії за віком. А в Законі України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» залежність розміру додаткової пенсії за шкоду, заподіяну здоров'ю, зберігалася аж до 01.01.2008 року, коли Закон України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» встановив залежність розміру такої пенсії від розміру прожиткового мінімуму, встановленого законом для осіб, які втратили працездатність.

На другому етапі правового регулювання мінімального розміру пенсії за віком, який розпочався з ухваленням Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» і тривав до внесення змін до статті 28 цього закону Законом України «Про внесення

змін до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 23.12.2004 року, таке правове регулювання характеризувалося наступними ознаками:

1) Законодавчо встановлювалися умови набуття права на пенсію за віком у мінімальному розмірі;

2) Для визначення мінімального розміру пенсії за віком використовувався новий критерій – розмір середньої заробітної плати працівників, зайнятих у галузях економіки України, за попередній рік, яка визначалася спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у галузі статистики.

Третій етап розпочався із набуттям чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 23.12.2004 року № 2291-IV і триває до сьогодні. В цей період у сфері пенсійного страхування фактично було реалізовано положення ч. 3 ст. 46 Конституції України і прожитковий мінімум став базовим державним соціальним стандартом для визначення мінімального розміру пенсії за віком. Крім того, ст. 28 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» було доповнено положенням, яким застосування мінімального розміру пенсії за віком допускається виключно у випадку призначення пенсій відповідно до цього закону. Більше того, з 01.10.2011 року було підвищено умови набуття права на пенсію за віком у мінімальному розмірі.

Правове регулювання мінімального розміру пенсії за віком на сьогодні часто стає об'єктом обґрунтованої критики у науковій літературі. Вчені-економісти переконують, що формульні параметри в солідарній системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування потребують врегулювання. Право на мінімальну пенсію повинні мати особи, якими набуто передбачений законом страховий стаж і забезпечена сплата страхових внесків не менше мінімального розміру. В разі перевищення вищевказаними складовими мінімально встановленого рівня, пенсія також повинна перевищувати мінімальний розмір у встановленій пропорції. Ми поділяємо таку думку з огляду на те, що право на призначення пенсії за віком у мінімальному розмірі повинно виникати за умови виконання визначених законодавством мінімальних умов участі у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. Іншими словами, підвищені вимоги щодо тривалості страхового стажу для виникнення права на пенсію за віком у мінімальному розмірі є несправедливими та економічно необґрунтованими.

На цій підставі ми пропонуємо закріпити у Законі України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» положення, відповідно до якого право на пенсію за віком у мінімальному розмірі повинно виникати у разі сплати протягом не менше 15 років страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування у мінімальному розмірі.

КОНТРОЛЬ І НАГЛЯД ЗА ДОТРИМАННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОХОРОНУ ПРАЦІ

Лещух Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Концепція Загальнодержавної цільової програми поліпшення стану безпеки, гігієни праці та виробничого середовища на 2012-2016 роки, яку схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 31 серпня 2011 р. № 889-р відзначає стійку тенденцію до зниження рівня виробничого травматизму, що спостерігається в Україні протягом останніх десяти років. Однак, незважаючи на певні позитивні зрушення в економіці, становище у сфері охорони праці залишається нестабільним. Існуючий в Україні рівень виробничого травматизму ще досить високий порівняно з більшістю розвинутих країн світу.

За даними Міжнародної організації праці, рівень смертельного травматизму в Україні залишається одним з найвищих порівняно з європейськими країнами та США: з розрахунку на 100 тис. працівників порівняно з Німеччиною вищий у 2,5 рази, США - у 2 рази, Італією - в 1,3 рази, але нижчий, ніж у Росії в 1,5 рази.

Таким чином, сучасний стан охорони праці потребує вжиття заходів загальнодержавного рівня, оскільки стосується практично усіх видів економічної діяльності та охоплює весь виробничий потенціал країни. Проблеми у сфері охорони праці передбачається розв'язати шляхом:

- підвищення ефективності державного управління охороною праці, зокрема шляхом приведення нормативно-правової бази у сфері охорони праці у відповідність із сучасними вимогами та законодавством ЄС;
- удосконалення системи державного нагляду і громадського контролю за додержанням вимог законодавства з охорони праці, оптимізації діяльності структурних підрозділів з охорони праці у центральних та місцевих органах виконавчої влади, органах місцевого самоврядування;
- удосконалення державного управління охороною праці через реформування державних органів управління охороною праці;

Для реалізації згаданих положень Концепції Верховна Рада України прийняла ряд законів, які були покликані оптимізувати діяльність органів державного нагляду за охороною праці. Аналіз чинного Закону України "Про охорону праці" дозволяє навести таку загальну структуру системи державного нагляду за додержанням вимог законодавства з охорони праці. Так, міністерства та інші центральні органи виконавчої влади: здійснюють відомчий контроль за станом охорони праці на підприємствах галузі.

Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцеві державні адміністрації у межах відповідних територій здійснюють контроль за додержанням суб'єктами підприємницької діяльності нормативно-правових актів про охорону праці.

Державний нагляд за додержанням законів та інших нормативно-правових актів про охорону праці здійснюють:

- центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони праці;
- центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері ядерної та радіаційної безпеки;
- центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства у сферах пожежної і техногенної безпеки;
- центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері санітарного та епідемічного благополуччя населення.

Як бачимо, Закон України "Про охорону праці" комплексно вирішує питання щодо державного управління охороною праці лише в частині позначення відповідних центральних органів виконавчої влади, однак чітко, відповідно до чинних організації та порядку діяльності

органів виконавчої влади розмежування у згаданому Законі повноважень між центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони праці, та центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони праці відсутнє.

Аналіз тексту Закону свідчить, що зміни до Закону України "Про охорону праці" не містять положень, які б визначали чітку і прозору процедуру здійснення перевірок та інших заходів нагляду та контролю за додержанням законодавства про охорону праці відповідним центральним органом виконавчої влади, його посадовими особами (зокрема, не врегульовано питання щодо періодичності та строків проведення перевірок, підстав для здійснення позапланових перевірок, не визначено посадову особу, яка направляє на перевірку, порядок затвердження переліку питань для перевірки, порядок ознайомлення суб'єктів господарювання, що підлягатимуть перевірці, з таким переліком тощо), не визначено в Законі і прав та обов'язків суб'єктів господарювання під час здійснення таких нагляду та контролю.

Такий підхід нівелює концепцію правового регулювання, запроваджену Законом України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" – базовим законодавчим актом, що встановив загальні підходи до визначення правових та організаційних засад, основних принципів і порядку здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, повноважень органів державного нагляду (контролю), їх посадових осіб, права, обов'язки та відповідальність суб'єктів господарювання під час здійснення державного нагляду (контролю).

Зокрема, за названим Законом виключно законами встановлюються: органи, уповноважені здійснювати державний нагляд (контроль) у сфері господарської діяльності; види господарської діяльності, які є предметом державного нагляду (контролю); повноваження органів державного нагляду (контролю) щодо зупинення виробництва (виготовлення) або реалізації продукції, виконання робіт, надання послуг; вичерпний перелік підстав для зупинення господарської діяльності; спосіб здійснення державного нагляду (контролю); санкції за порушення вимог законодавства і перелік порушень, які є підставою для видачі органом державного нагляду (контролю) припису, розпорядження або іншого розпорядчого документа (частина четверта статті 4).

Саме тому вважаємо дещо передчасним прийнятий Верховною Радою України 5 липня 2012 року Закон України "Про внесення змін до деяких законів України щодо впорядкування здійснення державного нагляду та контролю за додержанням законодавства про охорону праці". Згаданим Законом передбачається вивести зі сфери дії Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" відносини, що виникають під час здійснення заходів державного нагляду та контролю за додержанням законодавства про охорону праці та промислову безпеку, охорону надр, здійснення державного гірничого нагляду. При цьому Закон України "Про охорону праці" пропонується доповнити статтею 39¹, частиною третьою якої передбачено, що посадові особи центрального органу виконавчої влади з нагляду за охороною праці можуть повідомляти про проведення інспекційної перевірки, якщо вони не мають підстав вважати, що таке повідомлення може перешкодити виконанню їхніх обов'язків.

Натомість, з метою належного адаптування норм чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та зважаючи на вимоги статті 19 Конституції України, на нашу думку, на законодавчому рівні слід було б передбачити види діяльності, щодо яких здійснюються заходи державного нагляду (контроль) без письмового повідомлення суб'єкта господарювання про проведення такого заходу (наприклад, за аналогічним механізмом, встановленим частиною четвертою статті 4 Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності»).

Отже, пропонується стаття знову таки не містить чітких норм, які б визначали порядок проведення заходів державного нагляду (контролю) за додержанням законодавства про охорону праці. А це, на думку Президента України, створить передумови для різного застосування на практиці одних і тих же правових норм, для зловживань під час проведення перевірок посадовими особами центрального органу виконавчої влади з питань реалізації державної по-

літики з охорони праці, спричинить збільшення корупційних правопорушень. Саме з цих міркувань зазначений Закон не було підписано главою держави.

Як свідчить аналіз пропонованих змін стосовно удосконалення системи державного нагляду і громадського контролю за додержанням вимог законодавства з охорони праці та оптимізації їхньої діяльності, ці зміни мають фрагментарний характер і не забезпечують послідовного вирішення порушеного питання.

ПЕНСІЙНИЙ ФОНД ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВОВІДНОСИН ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ВІКОМ

Нискогуз Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституцією України закріплено право громадян на соціальний захист, що включає право на матеріальне забезпечення їх, зокрема, у старості.

Одним із видів матеріального забезпечення у старості є пенсійне забезпечення за віком. Останнє реально функціонує у формі однойменних правовідносин. Правовідносини пенсійного забезпечення за віком мають визначену структуру елементів – суб'єкти, котрі реалізують юридичні права та обов'язки, що, в свою чергу, становлять зміст правовідносин, з приводу певного соціального блага (об'єкта правовідносин).

Серед зазначених елементів структури правовідносин пенсійного забезпечення за віком важлива роль належить їх суб'єктам.

Суб'єктами правовідносин пенсійного забезпечення за віком є конкретні учасники, які з огляду на наявність галузевого правового статусу та пенсійної право- та дієздатності можуть самостійно здійснювати визначені законом права та обов'язки, повноваження у сфері пенсійного забезпечення за віком.

Суб'єктів правовідносин пенсійного забезпечення за віком залежно від рівня пенсійної системи умовно можна поділити на: суб'єктів правовідносин пенсійного забезпечення у солідарній пенсійній системі, в накопичувальній пенсійній системі та у системі недержавного пенсійного забезпечення. Наприклад, у солідарній пенсійній системі такими суб'єктами є пенсіонер (фізична особа) та Пенсійний фонд.

Вважаємо за необхідне підкреслити особливість правового статусу Пенсійного фонду, оскільки останній може одночасно виступати суб'єктом кількох правовідносин.

По-перше, не будучи неприбутковою самоврядною організацією, як це передбачено соціально-страховим законодавством, Пенсійний фонд України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовує і координує Кабінет Міністрів України через Віцепрем'єр-міністра України - Міністра соціальної політики України. Управління Пенсійним фондом України здійснює правління, чисельність і персональний склад якого затверджує Кабінет Міністрів України. Крім того, Пенсійний фонд наділений правом нормотворчості: нормативно-правові акти зазначеного органу підлягають державній реєстрації і є обов'язковими до виконання всіма страхувальниками та застрахованими особами на всій території України. У сфері управління Пенсійний фонд також організовує, координує та контролює роботу органів та управлінь Пенсійного фонду; організовує розгляд звернень громадян з питань, пов'язаних із діяльністю Пенсійного фонду України. З вищенаведеного можна зробити висновок, що Пенсійний фонд є суб'єктом адміністративних правовідносин.

По-друге, Пенсійний фонд здійснює функції по формуванню, перерозподілу та використанню фінансових ресурсів для пенсійного забезпечення; з фінансового контролю за використанням цих коштів забезпечує проведення щорічних актуарних розрахунків фінансового стану системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування; застосовує фінансові санкції, передбачені законом тощо. Отож, Пенсійний фонд виступає також суб'єктом фінансових правовідносин.

Поряд з тим Пенсійний фонд у соціально-страхових правовідносинах виступає страховиком, зобов'язаннями якого є здійснення збору страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, контроль за повнотою і своєчасністю сплати єдиного внеску, а також надання застрахованим особам матеріального забезпечення і соціальних послуг у разі настання страхових випадків.

Найбільш повно Пенсійний фонд реалізовує повноваження у правовідносинах пенсійного забезпечення за віком. У зазначених правовідносинах Пенсійний фонд: вивчає та аналізує ситуацію у сфері пенсійного забезпечення; забезпечує додержання підприємствами, установа-

ми, організаціями та громадянами законодавства про пенсійне забезпечення; здійснює призначення (перерахунок) і виплату пенсій, підготовку документів для їх виплати, а також контроль за цим; забезпечує своєчасне і в повному обсязі фінансування та виплату пенсій. Крім того, повноваження Пенсійного фонду у правовідносинах пенсійного забезпечення за віком можна згрупувати залежно від виду самих відносин (матеріальні чи процедурні). У матеріальних правовідносинах пенсійного забезпечення за віком повноваження Пенсійного фонду полягатимуть у наданні (виплаті) пенсіонеру пенсійних виплат за віком. Змістом повноважень зазначеного органу у процедурних правовідносинах є перевірка обставин, що мають юридичне значення, і прийняття рішення про задоволення суб'єктивного права особи на пенсію за віком або про відмову в цьому, обчислення, перерахунок пенсії тощо.

Пенсійний фонд здійснює керівництво та управління солідарною пенсійною системою. А в разі запровадження накопичувальної пенсійної системи, де акумулюванням пенсійних коштів буде займатись Накопичувальний фонд, Пенсійний фонд здійснюватиме його адміністрування. Проте зазначимо, що запровадження цієї системи безпосередньо залежить від Пенсійного фонду, а саме від бездефіцитного показника його бюджету. Досягнення такого показника є непростим завданням, особливо, якщо врахувати, що у 2011 р. дефіцит фонду становив приблизно 18 млрд. грн, а пенсійні виплати досягли 18% ВВП, що є найвищим показником у світі. А це свідчить про неможливість як стабільного фінансування Пенсійного фонду України, так і гарантування людям гідних виплат на старості літ.

Для вирішення цієї ситуації доцільно, зокрема, звільнити Пенсійний фонд від виплат за пільговим пенсійним забезпеченням, що позитивно вплине на рівень забезпечення всіх пенсіонерів, та дозволить економічно обґрунтувати тарифи страхових внесків окремо для кожної професійної пенсійної системи. Однак, у такому разі необхідно посилити регулювання третього рівня (зокрема, розробити і прийняти Закон про професійні та корпоративні фонди), забезпечити його ефективне та надійне функціонування.

Діяльність Пенсійного фонду зокрема та успіх і результативність пенсійної системи загалом залежить від багатьох чинників (фінансово-економічної ситуації в країні, демографічного показника, рівня тінізації зайнятості та доходів, від чого прямо залежить обсяг сплати страхових внесків, нормативно-правове забезпечення тощо). А тому сьогодні пенсійна система держави, в тому числі і Пенсійний фонд України, перебувають в процесі реформування задля нормального функціонування пенсійного забезпечення, що є основною складовою системи соціального захисту населення та гарантією стабільного розвитку суспільства.

ГНУЧКИЙ РЕЖИМ РОБОЧОГО ЧАСУ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РИНКОВИХ ВІДНОСИН

Парпан Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Тенденцією сучасного ринку праці є застосування таких форм організації трудової діяльності, які б дозволили підвищити ефективність праці, що мало би призвести до збільшення прибутку роботодавця та водночас задовольнити життєві потреби працівника. Встановлення гнучкого режиму роботи можна назвати однією з таких форм.

1. Гнучкий режим робочого часу - це така форма організації праці, за якою для деяких категорій працівників, для працівників окремих підприємств або їх структурних підрозділів, встановлюється режим праці з саморегулюванням часу початку, закінчення та тривалості робочого часу впродовж робочого дня.

2. Кодекс законів про працю України (надалі – КЗпП) не регламентує порядок встановлення гнучкого режиму роботи як і, загалом такого поняття. Разом з тим, підстави для його застосування кодексом все ж передбачені. Це норми, якими визначено порядок запровадження режиму робочого часу та його елементів для підприємства, установи, організації та працівників (ст.ст 13, 57, 60, 66 КЗпП України). Більш детальна правова регламентація здійснюється на підставі: Положення про порядок та умови застосування ковзкого (гнучкого) графіку роботи для жінок, які мають дітей, затвердженого постановою Держкомпраці СРСР, ВЦРПС від 6 червня 1984 р. №170/10-101 (надалі – Положення про гнучкий графік роботи) та Наказу Міністерства праці та соціальної політики № 359 від 4 жовтня 2006 р. «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо встановлення гнучкого режиму робочого часу» (надалі – Методичні рекомендації).

На основі аналізу зазначених нормативних актів можна виділити такі підстави встановлення гнучкого режиму робочого часу: 1) колективна заява працівників підприємства або його структурного підрозділу; 2) угода між працівником та роботодавцем (як при прийнятті на роботу, так і згодом); 3) ініціатива виборного органу первинної профспілкової організації.

Остаточне рішення щодо можливості запровадження гнучкого робочого часу приймає роботодавець, за погодженням із виборним органом первинної профспілкової організації. Крім того, це питання може бути обумовлено колективним договором, а отже, остаточне рішення про запровадження такого режиму, в такому випадку, має бути схвалено загальними зборами (конференцією) трудового колективу. Отже, питання встановлення гнучкого режиму робочого часу є предметом як колективно-договірного, так і індивідуально-договірного регулювання.

3. У вітчизняній практиці найбільш популярними є дві форми організації роботи на умовах гнучкого режиму робочого часу: 1) поденний облік робочого часу, при якому працівник зобов'язаний додержуватися встановленої правилами внутрішнього трудового розпорядку тривалості робочого дня незалежно від його початку, закінчення та тривалості перерви на обід; 2) підсумований облік робочого часу, який передбачає відпрацювання працівником встановленої у відповідності до законодавства кількості робочих годин за певний обліковий період, який прийнято для підсумованого обліку робочого часу (тиждень, місяць, квартал, рік тощо).

Нині, світовій практиці відомо понад п'ятнадцять різновидів застосування гнучкого режиму робочого часу, серед яких, зокрема: розподіл виконання трудових обов'язків, «стиснутий» робочий час, «обмін змінами», «гнучкі перерви», дистанційна робота. В основі того чи іншого різновиду лежить один з таких критеріїв, як: розподіл норми робочого часу; зміна (чергування) режиму робочого часу; зміна місця виконання роботи.

4. Метою запровадження гнучкого режиму робочого часу є поліпшення організації праці, підвищення її ефективності та оптимальне поєднання економічних, соціальних та приватних інтересів працівника і роботодавця, у саме:

а) більш ефективного використання робочого часу, поліпшення соціально-психологічного мікроклімату в колективі;

б) використання як альтернатива ненормованого робочого дня для працівників, рівень завантаження яких роботою впродовж робочого дня дозволяє надати їм вільний від роботи час для відпочинку з відсутністю їх у цей час на робочому місці і забезпечити їм нормальну, передбачену законодавством тривалість робочого дня;

в) можливість його встановлення як при прийнятті на роботу, так і згодом, у разі, коли з будь-яких причин застосування звичайних графіків роботи малоефективне, а також, протягом невизначеного терміну або ж будь-якого зручного строку (наприклад, на період навчання, досягнення дитиною працівника відповідного віку тощо);

г) оптимальне поєднання працюючими жінками функцій материнства з професійною діяльністю та участю у суспільному житті;

д) можливість працівників, які мають дітей, брати особисту участь у визначенні тривалості роботи, зважаючи на свої щоденні соціально-побутові та інші особисті потреби, в поєднанні з інтересами роботодавця.

Зважаючи на зазначену мету, гнучкий режим робочого часу, вважають найбільш вдалим та «здоровим» способом організації робочого часу, за умови, що особа здатна до самоорганізації.

5. Як підсумок, варто зазначити, що застосування гнучкого режиму робочого часу в умовах сьогодення стає найбільш перспективним і бажаним напрямком у розвитку відносин застосування найманої праці на умовах трудового договору. У зв'язку з чим, потребують законодавчого оновлення та переосмислення окремі інститути трудового права, наприклад: робочого часу, часу відпочинку, оплати праці.

Разом з тим, погоджуючись на законодавче закріплення тих чи інших різновидів гнучкого режиму робочого необхідно зважати на публічні межі трудового права, його принципи та правові гарантії.

ЩОДО ПОНЯТТЯ ЗАЙНЯТОСТІ ЗА НОВИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО ЗАЙНЯТІСТЬ НАСЕЛЕННЯ»

Пилипенко П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закон України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 року, що набрав чинності з 1 січня 2013 на відміну від свого попередника – аналогічного закону від 2 березня 1991 року у ст.1-й містить норму де йдеться про визначення термінів, які вживаються у цьому законі. Безперечно, що такий сучасний варіант викладу нормативного акту є зручнішим для його використання, адже від того, наскільки чітко і виважено буде визначено основні поняття, що ними оперує законодавець залежатиме зрештою і ефективність реалізації його основних положень на практиці.

Інша річ, що деякі визначення термінів вписаних у нормативному акті викликають зауваження і як видається не зовсім адекватно відображають реальний стан суспільних відносин у сфері зайнятості.

Для прикладу юридичне визначення терміну «зайнятість» у новому законі подається, як «не заборонена законодавством діяльність осіб, пов'язана із задоволенням їх особистих та суспільних потреб з метою одержання доходу (заробітної плати) у грошовій або іншій формі, а також діяльність членів однієї сім'ї, які здійснюють господарську діяльність або працюють у суб'єктів господарювання, заснованих на їх власності, у тому числі безоплатно».

У цьому визначенні не важко виокремити два не рівноцінні за своєю сутністю та суспільною значимістю види зайнятості. Один з них – не заборонена законом діяльність осіб, пов'язана із задоволенням їх особистих та суспільних потреб з метою одержання доходу (заробітної плати) у грошовій або іншій формі, може вважатися основним, у якому сформульоване загальне правило, а інший, де йдеться про діяльність членів однієї сім'ї, які здійснюють господарську діяльність або працюють у суб'єкті господарювання, заснованих на їх власності, у тому числі безоплатно, стосується фактично лише конкретного випадку і як виняток може бути використаним тільки для визнання зайнятими певної, доволі незначної групи осіб.

Навряд чи такий варіант тлумачення одного з найважливіших термінів – «зайнятість» у законі «Про зайнятість населення» може вважатися прийнятним і доволі сумнівно, що таке формулювання сприятиме однозначному розумінню і застосуванню його відповідними учасниками суспільних відносин у сфері зайнятості населення.

Зазначимо, що перша частина визначення «зайнятості», де закладене загальне правило, фактично відображає аналогічне визначення поняття зайнятості яке містилося у ст. 1 чинного раніше Закону України «Про зайнятість населення» від 2 березня 1991 року. Тобто, це загальноприйняте у світовій практиці трактування зайнятості яким оперують і міжнародні документи, і переважна більшість національних правових систем.

Стосовно другої частини визначення зайнятості можна відзначити, що не зважаючи на не зовсім виважені формулювання якими оперує законодавець видно, що він намагався надати юридичного значення одному з видів діяльності, а саме – діяльності членів особистих селянських господарств зрівнявши їх суспільну значимість із діяльністю осіб, які працюють, за трудовим договором, зайняті у підприємницькій діяльності тощо.

Насправді законодавець не став тут особливо оригінальним. Він просто долучив до класичного визначення зайнятості відповідне положення раніше чинного Закону «Про зайнятість населення» яке з'явилося у ньому після ухвалення у 2008 році Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення впливу світової фінансової кризи на сферу зайнятості населення». Там, як відомо, певну частину сільського населення, а саме, тих що підпадали під дію Закону України «Про особисте селянське господарство» віднести до категорії зайнятого населення. Тобто замість того, щоб запровадити конкретні механізми сприяння у виході на відкритий ринок праці і взяти під державну опіку цю категорію осіб відбулося фактичне маніпулювання показниками зайнятості, перемістивши у такий спосіб значну частину

сільського населення до категорії зайнятих. Рівень безробіття в Україні вдалося трохи знизити. І новий закон, цю не зовсім «соціально спрямовану» політику вирішив продовжити. Та чи посилить це показники його ефективності у забезпеченні відносин сприяння зайнятості населення сподіватися мабуть не варто.

Крім визначення терміну «зайнятість» новий Закон Про зайнятість населення робить спробу подати тлумачення деяких різновидів цього юридичного поняття і як видається теж не зовсім вдало. Зокрема, у п.5 ст. 1 визначається термін « вільно обрана зайнятість». Такою за висловом законодавця є : «реалізація права громадянина вільно обирати вид діяльності, не заборонений законом (зокрема такий, що не пов'язаний з виконанням оплачуваної роботи), а також професію та місце роботи відповідно до своїх здібностей і потреб».

Якщо розглядати «зайнятість» загалом, як поняття визначальне, а воно власне так і виглядає, то «вільно обрана зайнятість» мала б спиратися як один з видів зайнятості. І за логікою речей повинна визначатися теж через «діяльність». Натомість, автори закону спробувати подати її як « реалізацію права вільно обирати вид діяльності». Більше того, «реалізація права вільно обирати професію та місце роботи» стосується лише тих видів діяльності які базуються на найманій праці. Підприємницька діяльність чи так звана «само зайнятість» не пов'язані зазвичай із професією особи та не потребують визначення місця роботи.

Зрештою усіх цих недоліків формулювання терміну «вільно обрана зайнятість» можна було уникнути якщо б взагалі не подавати його визначення у ст.1 Закону «Про зайнятість населення» хоча б з огляду на те, що у самому тексті закону він не вживається.

І, нарешті, ще одна спроба законодавця доповнити визначення поняття «зайнятість» черговим видом останньої, подавши легальне тлумачення терміну «неповна зайнятість». За текстом п.11 Закону «Про зайнятість населення» такою вважається: «зайнятість працівника на умовах робочого часу , що менший від норми часу, передбаченої законодавством, і може встановлюватися за договором між працівником і роботодавцем з оплатою праці пропорційно відпрацьованому часу або залежно від виробітку».

Як бачимо, «неповна зайнятість» пов'язана із застосуванням у сфері трудових правовідносин так званого «неповного робочого часу». А він як відомо встановлюється за погодженням сторін трудового договору і не може розглядатися як обмеження права працівника на повну зайнятість. Кодекс законів про працю (ст. 56) навіть передбачає обов'язок роботодавця у деяких випадках погоджуватись на встановлення такого виду робочого часу на прохання працівника. Тому напевно добровільна не зайнятість особи не повинна потребувати якихось додаткових гарантій соціального захисту і встановлення спеціальних правил регулювання такої «неповної зайнятості».

Характерно, що чинний раніше закон «Про зайнятість населення» подаючи перелік категорій зайнятого населення цілком слушно, як видається, зараховував осіб, які працювали на умовах неповного робочого часу до зайнятого населення. А щодо «неповної зайнятості» як такої, то відкидати цей термін з тексту нового закону очевидно теж не варто. Інша річ, що до змісту його повинні бути включені зовсім інші об'єктивні обставини. Неповна зайнятість мала б служити підставою для настання часткового безробіття.

Нагадаємо, що часткове безробіття пов'язане з недостатньою зайнятістю працюючих громадян через вимушене тимчасове скорочення передбаченої законодавством тривалості робочого часу у зв'язку із зупиненням (скороченням) виробництва продукції з причин економічного, технологічного і структурного характеру без припинення трудових відносин.

Тобто у визначення поняття « неповна зайнятість» необхідно внести суттєві коригування переорієнтувавши зміст останнього з добровільного встановлення неповного робочого часу на вимушене, всупереч волі працюючої особи скорочення робочого часу та втрату у зв'язку з цим нею заробітку при бажанні такої особи працювати повний робочий час.

Як бачимо, новий закон «Про зайнятість населення», який за логікою речей мав би бути кращим і досконалішим від попереднього вже навіть з огляду на визначення у ньому основного фактично терміну « зайнятість» яскраво ілюструє невідповідність деяких його положень об'єктивному стану розвитку суспільних відносин у сфері зайнятості на сучасному стані.

СПВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ШКОДА» ТА «ЗБИТКИ», ЗАПОДІЯНІ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ»

Рушинець Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В юридичній літературі, в національному законодавстві, а також в судовій практиці часто використовуються такі поняття як «школа» і «збитки». При чому не рідко ці терміни отожднюються і вживаються як синоніми, хоч за своїм змістовим наповненням вони є різними.

Заподіяння майнової чи моральної шкоди розглядається цивільно-правовою доктриною як спричинення негативного впливу певному індивідуалізованому суб'єкту майнових та особистих немайнових прав.

Натомість у земельно-правовій сфері поняття шкоди зазвичай передбачає ширше коло відносин та залучення значно більшої кількості суб'єктів. Це зумовлено рядом земельних правопорушень, якими окрім шкоди окремому власнику земельної ділянки (землекористувачу), заподіюється шкода усьому суспільству. Зокрема, йдеться про земельні правопорушення, пов'язані із знищенням, пошкодженням або будь-яким іншим негативним впливом на земельні ресурси.

Досліджуючи питання шкоди, що спричиняється у таких випадках, необхідно виділити такі її структурні елементи:

1) екологічна шкода. Загалом, можна виділити два види екологічної шкоди: а) екологічна шкода, що спричиняється усьому суспільству; б) екологічна шкода, що спричиняється відповідному власнику земельної ділянки та землекористувачу.

Водночас екологічна шкода, яка заподіюється кожній людині зокрема внаслідок порушення її конституційного права на безпечне довкілля (наприклад, у разі забруднення земель) не може бути адекватно і належно визначена. На жаль, індивідуалізація екологічної шкоди є вкрай оціночною процедурою, яка передбачає відносні результати її здійснення. Це зумовлено особливістю такого блага (об'єкта прав) як природне середовище та його невід'ємної частини – безпечного стану природних ресурсів.

2) економічна шкода полягає у зниженні потенційних можливостей економічного розвитку та одержання вигоди населенням (суспільством) певної держави внаслідок зменшення кількісних показників земельних ресурсів у межах її території або погіршення їх якості. Об'єктом заподіяння економічної шкоди є земельні ділянки як виробничий ресурс та територіальна основа здійснення будь-якої діяльності людини.

3) майнова та, у більшості випадків, моральна шкода окремих суб'єктів прав на земельні ділянки. Як зазначають окремі вчені, майновою вважається шкода, яка має певну економічну цінність і виражається у грошах.

Право власності на земельну ділянку і право користування безперечно відносяться до майнових прав власників землі і землекористувачів. Тому шкода, яка завдається суб'єкту права власності (користування) на землю передусім носить майновий характер.

Заподіяння майнової шкоди власнику земельної ділянки чи землекористувачу не у всіх випадках поєднується із екологічною шкодою. Наприклад, при самовільному зайнятті земельної ділянки без зміни її цільового використання переважно екологічний елемент шкоди відсутній.

Більшість науковців стверджують, що термін «збитки» означає грошове вираження майнової шкоди.

В науці цивільного права також висловлюється подібна думка, що поняття «збитки» за своїм юридичним значенням вужче поняття «школа», оскільки включає тільки реальні збитки і упущену вигоду, а відшкодовуються вони, як правило, за наявності майнових відносин і в грошовій формі. Шкоду можна відшкодувати в натурі, шляхом надання речі того ж роду і якості, виправлення пошкоджень, спростування відомостей (якщо шкода заподіяна порушенням особистих немайнових прав),..., шляхом компенсації моральної шкоди, а також шляхом відш-

кодування збитків. Такий висновок відображений у ст. 22 ЦК України, в якій визначається відшкодування збитків як один із способів відшкодування майнової шкоди.

«Шкода» – це термін, який вживається для об'єктивного вираження несприятливих наслідків окремих діянь особи чи подій. Натомість «збитки» - це категорія непозбавлена суб'єктивного фактора, яка у залежності від різноманітних обставин відображає у грошовій формі майнову шкоду, та розмір якої не завжди еквівалентний обсягу цієї шкоди.

В окремих випадках, пов'язаних із погіршенням стану природних ресурсів, до збитків необхідно включати і грошову суму, що відповідає розміру екологічної шкоди, заподіяної власнику земельної ділянки чи землекористувачу. Однак, як вже згадувалося, встановлення обсягу такої шкоди може бути здійснено лише шляхом застосування оціночних норм та затвердження стандартів її визначення.

Отже, поняття «збитків власникам землі та землекористувачам» означає грошовий вираз майнової та, в окремих випадках, еколого-майнової шкоди, спричиненої власнику земельної ділянки чи землекористувачу внаслідок здійснення негативного впливу на належну йому земельну ділянку та/або порушення, оспорення, невизнання, інше незабезпечення його прав на земельну ділянку.

КОМПЕНСАЦІЙНИЙ ХАРАКТЕР СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Синчук С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Соціально-забезпечувальне надання як джерело, засіб безпосереднього задоволення потреб суб'єкта права на соціальне забезпечення покликане компенсувати, мінімізувати наслідки соціальних ризиків.

Здебільшого, у фаховій літературі соціальний ризик трактують як обставину, наслідки якої не можуть бути усунені особою, самостійно або за допомогою членів сім'ї, через зовнішні об'єктивні чинники, а не з будь-яких суб'єктивних причин. Такі обставини обмежують (чи порушують) життєдіяльність людини та зумовлюють її соціальну та (або) матеріальну незабезпеченість. Це, в свою чергу, пояснює цільове призначення заходів соціально-забезпечувальної природи – компенсувати соціальні наслідки в обсязі, необхідному для стабілізації, урівноваження життєдіяльності особи.

Україномовне роз'яснення слова компенсація відображає і зміст компенсаційного характеру соціально-забезпечувального надання. Зокрема, під компенсацією розуміють: відшкодування, зрівноваження, винагороду за що-небудь, а також суму, яку сплачують як відшкодування, винагороду; покриття витрат, утрат; вирівнювання порушених функцій в організмі, заміна пошкоджених або загиблих клітин тощо.

Соціальна потреба особи у конкретному виді соціально-забезпечувального надання визначається видом та змістом соціальної шкоди, завданої соціальним ризиком: обмеження (чи порушення) життєдіяльності людини зумовлюють її соціальну та (або) матеріальну незабезпеченість.

Соціальними наслідками відповідно до вітчизняного законодавства є: втрата заробітку, втрата доходу (матеріальна незабезпеченість); обмеження життєдіяльності шляхом втрати здоров'я чи працездатності (повна чи часткова втрата здатності до трудової діяльності); втрата батьків (чи осіб, що їх заміняли); втрата годувальника; безробіття (часткове безробіття); відсутність місця для проживання; соціальна деінтеграція (відчуження), втрата соціального статусу; необхідність додаткових витрат, пов'язаних із соціальними подіями в житті сім'ї; бідність (нужденність) та малозабезпеченість тощо.

Будь-який із перелічених вище станів чи проявів соціальної потреби породжує для суб'єктів соціально-забезпечувальних відносин різні наслідки, які проявляються у їх правоможностях. Іншими словами, у зв'язку з викладеними вище обставинами право диференціює свій підхід до характеру, рівня чи форми забезпечення: в одних випадках держава бере на себе зобов'язання лише надати допомогу нужденним у грошовій чи натуральній формі, в інших – вона покладає на себе зобов'язання щодо його утримання, тобто надає особі, що опинилась у складній життєвій ситуації, кошти необхідні та достатні для нормального природно-фізіологічного та соціального існування.

Системний аналіз галузевого законодавства дає можливість привести у відповідність потреби громадян та зміст компенсаційного характеру кожного із видів соціально-забезпечувального надання.

Відсутність у особи грошового джерела забезпечення потреб (працюючі громадяни його забезпечують за рахунок оплати праці) заповнюється наданням права на блага соціального забезпечення. Передусім, засоби соціального забезпечення покликані забезпечити чи доповнити основне джерело життєдіяльності особи - оплату праці. Потреба у ньому задовольняється шляхом надання пенсій та допомог, які компенсують повністю чи частково втрачений трудовий дохід особи. Метою пенсійного забезпечення є матеріальне утримання особи, а соціальної допомоги – матеріальна підтримка.

Компенсаційний характер пенсії чи допомоги проявляється через механізм їх призначення: обсяг соціальної виплати є пропорційним обсягу попередньої винагороди, яку особа отримувала за трудову діяльність.

Із соціальними коштами пов'язана також потреба у соціально-забезпечувальній матеріальній підтримці. Вона спричиняється несприятливими життєвими умовами в сім'ї (співвідношення в сім'ї працездатних чи непрацездатних не на користь перших) чи додатковими підвищеними витратами (потреба в одноразових чи довготермінових компенсаціях: народження, поховання або малозабезпеченість тощо).

Соціальні виплати незмінно продовжують залишатись основними видами соціально-забезпечувального надання з моменту їх запровадження і до сьогодні. Передусім це зумовлено тим, що вони як джерела забезпечення потреб особи аналогічні доходам, які особа отримує в період трудової діяльності. Співпадіння структури потреб, які забезпечуються за рахунок грошових виплат працездатних і непрацездатних, дає підстави для встановлення постійних пропорцій між цими виплатами. (вітчизняне законодавство прив'язує призначення, перерахунок та індексацію соціально-забезпечувальних виплат до зміни розміру середньомісячних зарплат).

В окремих випадках держава не в змозі адекватно компенсувати вплив соціального ризику на особу, а відтак запроваджує додаткові види соціально-забезпечувального надання, які хоч і є самостійним видом, все ж зумовлені потребами урівноважити недостатній матеріальний рівень (відхилення від нормального) особи. Таким видом є соціальні пільги. Одним із цільових призначень соціальної пільги є зменшення обсягу обов'язкових, пов'язаних із щоденними турботами, матеріальних витрат сім'ї як члена суспільства. Матеріальними соціальними пільгами вважатимемо заходи, які полегшують матеріальне становище окремих категорій осіб, як результат того, що частину обов'язкових грошових витрат суспільство бере на себе (соціальна податкова пільга; пільга на житлово-комунальні послуги; право на безоплатне або пільгове придбання ліків тощо).

Ще одним видом соціально-забезпечувального надання, з яким пов'язане зобов'язання держави забезпечити гідний рівень життя особи є соціальні субсидії. Цільове призначення отримання субсидії визначене законодавством: на оплату користування житлом; утримання житла; житлово-комунальних послуг, придбання скрапленого газу, твердого та рідкого пічного побутового палива. В сучасних умовах можна розширити сферу застосування соціальних субсидій (на навчання, лікування тощо). Тому соціальними субсидіями вважаємо безготівкові соціальні допомоги, які надаються малозабезпеченим сім'ям з метою реалізації ними права на послуги, що визначають вартісну величину прожиткового мінімуму.

Не завжди потреби особи можуть бути задоволені соціальними коштами; полягають у необхідності збереження та відновлення соціальних зв'язків особи, її медичну, соціально-побутову, професійну реабілітацію. Діяльність, результати якої реалізуються та споживаються отримувачами в процесі здійснення такої діяльності (медичні, реабілітаційні послуги, послуги працевлаштування тощо) називають соціальними послугами. Особливе місце відводиться соціальним послугам, які можуть мати одиничний характер або надаватись в комплексі спеціальними соціальними службами. Другий вид соціально-забезпечувального надання, у галузевій літературі та законодавстві прийнято позначати терміном соціальне обслуговування.

Забезпечення окремих потреб непрацездатних (в освіті, отриманні професії, у пересуванні тощо) пов'язане здебільшого з додатковими зусиллями, у зв'язку з чим вони зацікавлені в особливих умовах задоволення потреб порівняно із працездатними. Якщо особа здатна отримувати зазначені види побутових послуг в загальному порядку, держава їй надає соціальну організаційну пільгу. Це - послуга, яку особа отримала переважно перед іншими людьми, зважаючи на особливий статус, і за відсутності соціальної потреби могла такої послуги не отримати (переважне право на отримання гуртожитку, на зарахування у вуз тощо).

Особливий компенсаційний характер притаманний соціальному товару. Це – будь-яке майно, призначене для необхідного життєзабезпечення особи, що потребує соціального забезпечення (продукти харчування, предмети гігієни, протезно-ортопедичні вироби тощо). Сюди слід назвати забезпечення протезами, ортопедичним взуттям, слуховими апаратами, засобами лікувальної фізкультури, забезпечення автомобілями, засобами пересування тощо.

Звичайно, що рівень та якість життєдіяльності людини як ознака соціального благополуччя змінюється історично, об'єктивно зумовлюючи розширення сфери відносин, які ми позначаємо терміном «соціально-забезпечувальні». Відповідно змінюється розуміння стандарту соціальної потреби особи, змісту та обсягу компенсаційної функції соціально-забезпечувального надання та його видів.

ПОНЯТТЯ ОПЛАТИ ПРАЦІ ЗА КОНСТИТУЦІЄЮ УКРАЇНИ

Стасів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В результаті реалізації права на працю людина заробляє собі на життя. Цей заробіток гарантується нашою Конституцією. Адже нею встановлюється право на мінімальний розмір заробітної плати (ч. 4. ст. 43) та своєчасне одержання винагороди за працю (ч. 7 ст. 43). Ці конституційні положення у своїй сукупності виражають право працівників на оплату праці.

У зв'язку з цим, в законодавстві та науковій літературі застосовуються два терміни при визначенні грошової винагороди працівникам це «заробітна плата» та «оплата праці». Так, на думку Р.Лівшиця, Н. Болотіної, Г. Чанишевої, вони співвідносяться між собою як частина і ціле. Термін «оплата праці» є ширшим, його цільове призначення спрямоване на організацію оплати праці, регламентацію її окремих елементів та всієї системи правових засобів у даній сфері, а поняття «заробітна плата» виражає право працівника на отримання грошової винагороди.

Проте виходячи із аналізу законодавства (Закон України «Про оплату праці», КЗпП України, проекту ТК тощо) можна зробити висновок, що законодавець ці два терміни розуміє як синоніми. Так, Глава VII КЗпП «Оплата праці» починається із ст. 94 де подається визначення заробітної плати. Воно дублюється і у ст. 1 Закону України «Про оплату праці». Натомість Глава 5 проекту ТК називається «заробітна плата». При чому термін «оплата праці» також неодноразово згадується.

У низці міжнародно-правових актів вживається термін «заробітна плата». Зокрема, у Конвенції МОП № 95 «Охорона заробітної плати» 1949 р. (ратифіковано 30.06.61 р.), у Конвенції МОП № 100 «Рівна винагорода» 1951 р. (ратифіковано 09.06.56 р.) тощо. Ці акти є частиною національного законодавства, оскільки вони ратифіковані нашою державою. Тому правильніше було б вживати або тільки термін «заробітна плата», як це визначається у Конвенції МОП, або на законодавчому рівні дати визначення та розрізнити ці терміни, як це є у науці трудового права. Оскільки вживання таких термінів як синонімів призводить до плутанини у законодавстві та на практиці.

На нашу думку, оплата праці є ширшим за своїм значенням поняттям і включає у себе «заробітну плату». Заробітна плата – це плата визначена трудовим договором, яка надається працівникові за виконану ним роботу. А оплата праці, окрім заробітної плати, охоплює собою також виплату працівникові доплат, надбавок, премій, гарантійних виплат тощо.

Разом з тим, конституційні положення про право працівника на заробітну плату не нижчу від визначеної законом та своєчасне одержання винагороди за працю у своїй сукупності виражають право працівника на отримання саме оплати праці.

Визначення заробітної плати дається у ст. 1 Закону України «Про оплату праці». Законодавець характеризує її, як винагороду, обчислену, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган виплачує працівникові за виконану ним роботу.

Таке формулювання має свої недоліки. По-перше, при визначенні поняття «заробітна плата» фігурує тільки один суб'єкт, який зобов'язаний виплатити працівникові заробітну плату – власник або уповноважений ним орган, тобто юридична особа. Але, як цілком слушно стверджує П. Пилипенко, роботодавцями є і їхні структурні підрозділи (наприклад, філії), оскільки вони також можуть наймати на роботу працівників. А відповідно до ст. 21 КЗпП це право мають і фізичні особи. Тому обов'язок виплачувати працівникові зарплату виникає у всіх цих суб'єктів-роботодавців.

По-друге, ст. 2 вище згаданого Закону, визначає, структуру заробітної плати, тобто її поділ на три частини - основну, додаткову та інші заохочувальні та компенсаційні виплати. З цього приводу автори академічного курсу трудового права зазначають, що «поділ заробітної плати на три частини суперечить до певної міри природі заробітної плати. Якщо розглядати її

як винагороду за виконання працівником трудової функції, то до зарплати не повинні включатися одноразові та компенсаційні виплати». Ця категорія виплат більше стосується розділу VIII КЗпП України «Гарантії та компенсації».

Крім цього, розмір заробітної плати встановлюється трудовим договором (посадовий оклад). Всі інші виплати, які проводяться працівникові не повинні входити до неї. У своїй сукупності вони складатимуть оплату праці працівника.

Основну частину оплати праці складає заробітна плата. Остання характеризується рядом ознак, які можна визначити виходячи із аналізу законодавства.

Так, заробітна плата повинна виплачуватися працівникові систематично, не рідше двох разів на місяць, не більше як через 16 календарних днів, в робочі, конкретні дні, та в строки які повинні бути визначені в колективному договорі чи наказі роботодавця. У разі, коли день виплати заробітної плати збігається з вихідним, святковим або неробочим днем, вона виплачується напередодні. Заробітна плата працівникам за весь час щорічної відпустки виплачується не пізніше ніж за три дні до початку відпустки. (ст. 155 КЗпП України; ст. 24 Закону України «Про оплату праці»). Затримка її виплати на один і більше днів, визначених у колективному договорі чи наказі, вже є, згідно зі ст. 241-1 Кодексу законів про працю України, порушенням строків її виплати.

Згідно із Законом України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати» від 19 жовтня 2000 року, підприємствами, установами, організаціями усіх форм власності та господарювання провадиться компенсація втрати частини заробітної плати своїм працівникам у будь-якому разі затримки виплати нарахованої заробітної плати на один і більше календарних місяців, незалежно від того, чи була в цьому вина роботодавця, в разі, якщо за цей час індекс цін на споживчі товари і тарифів на послуги зріс більше ніж на один відсоток. Право працівника на компенсацію втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати передбачено також Законом України «Про оплату праці», а саме ст. 34, де вказано, що така компенсація провадиться відповідно до індексу зростання цін на споживчі товари і тарифів на послуги.

Законодавець визначає заробітну плату, як винагороду. Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає під «винагородою» 1) те, що є платою за працю, нагородою за які-небудь заслуги. 2) Те, що дається або робиться замість чого-небудь утраченого, заповідяного тощо. «Платити» згідно з Новим тлумачним словником української мови, означає відшкодувати вартість одержаного або використаного. А так як працівник за роботу, яку він виконує за трудовим договором повинен одержувати переважно грошовий еквівалент, то чи є він винагородою чи платою за виконану роботу? Як слушно зауважив І.Лаптії: «трактувати заробітну плату, як винагороду почали за радянських часів, коли праця розглядалася як обов'язок кожної людини. Саме за таких обставин доречно було б вести мову про заробітну плату як винагороду». Очевидно, що це є плата за виконану роботу, яка передбачена трудовим договором.

Існує дві форми оплати праці: грошова та натуральна. Основною є грошова, а натуральна використовується переважно як додаткова. За звичайних умов господарювання остання форма оплати праці не застосовується. Із змісту норм Конституції України можна виділити тільки одну форму оплати праці – грошову. Адже, ч. 4 ст. 43 вказує, що кожен має право на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом. Проте, ще Союзом РСР було ратифіковано Конвенцію МОП № 95 «Про охорону заробітної плати», де передбачається що заробітна плата частково виплачується натурою у тих галузях, де така виплата є звичною чи бажаною з огляду на характер галузі чи професію. При цьому необхідно забезпечити, щоб товари, які видаються, могли бути використанні для особистих потреб працівника та його сім'ї, а вартість товарів не була заниженою. Не допускається виплата заробітної плати продуктами, які обмежені в товарному обороті на території України, спиртними напоями тощо. Такі положення є частиною законодавства України. Вони не суперечать нормам Конституції України і тому можуть надалі успішно реалізовуватися в оплаті праці.

Отже, заробітна плата за Конституцією України – це плата за виконану працівником роботу визначену трудовим договором, що обчислюється, як правило у грошовому виразі, яку роботодавець зобов'язаний виплачувати систематично та своєчасно.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТТЯ ЗЕМЛІ ЯК ПРИРОДНОГО ОБ'ЄКТА І ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ЯК НЕРУХОМОГО МАЙНА

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Система правового регулювання земельних відносин ґрунтується на двох основних уявленнях про землю. З одного боку, вона є природним об'єктом, частиною довкілля. В цьому аспекті земля виконує функції засобу виробництва і просторово-операційної бази. З другого боку, земельна ділянка визнається цивільним законодавством нерухомим майном, і в такій якості виступає об'єктом права власності та інших прав. Співвідношення цих двох якостей землі відображає співвідношення публічних і приватних інтересів у сфері регулювання земельних відносин.

З початку 1990-х років в юридичній літературі триває дискусія з приводу пріоритетності того чи іншого поняття землі, співвідношення публічного і приватного в земельному праві чи норм цивільного та земельного законодавства у сфері регулювання земельних відносин.

Прийняття у 2001 році чинного сьогодні Земельного кодексу України (надалі ЗК) означало по-суті перемогу земельно-правової концепції регулювання земельних відносин: У прийнятому пізніше Цивільному кодексі України (надалі ЦК) було закріплено субсидіарний принцип застосування його норм для регулювання земельних відносин: ст.9 цього кодексу вказує, що положення ЦК не застосовується до врегулювання відносин, що виникають у сфері використання природних ресурсів та охорони довкілля. Разом з тим, із змісту інших положень ЦК можна зробити висновок, що земля виведена за межі поняття «природні ресурси». ЦК охоплює немало статей та положень, що мають причетність до регулювання земельних відносин.

Визнання земельних ділянок нерухомими речами, залучення їх до цивільно-правового обігу суттєво змінили зміст і характер земельних відносин, які значною мірою набули майнового характеру. Тому, безперечно, необхідно визнати факт, що сьогодні земельні відносини регулюються як нормами земельного, так і цивільного законодавства.

Ця проблема повинна вирішуватись з врахуванням специфіки земельних відносин, яка залежить від особливостей землі як об'єкта правового регулювання. Це дає можливість правильно визначати співвідношення норм земельного та цивільного права, а не говорити про штучне поглинання цивільним правом земельного.

У земельно-правовій літературі детально проаналізовано особливості земель, як об'єкта правового регулювання, і зроблено висновок, що специфіка земельних відносин не може бути повною мірою врахована в нормах цивільного права в силу універсальності предмета його регламентації.

Не можна не погодитися із Шульгою М.В., який зазначив, що земельне право виходить з того, що земля – передусім фактор екологічний (частина довкілля), і тому суб'єкти земельного права володіють не тільки правами, але й несуть відповідні екологічні обов'язки: охороняти землю, раціонально та ефективно її використовувати, підвищувати родючість, не допускати погіршення екологічної обстановки, використовувати землі відповідно до їх цільового призначення та ін. Саме екологічними чинниками зумовлені й певні обмеження у земельних правах.

Крім того, на думку Крассова О.І. особливості землі як об'єкта правового регулювання визначають відмінності методів і принципів правового регулювання, що застосовуються у цивільному та земельному праві. У цивільному праві домінуюче значення має свобода волевиявлення суб'єктів цивільних правовідносин, а земельне право виходить із наявності у власника земельної ділянки не тільки права, а й обов'язку використовувати землю відповідно до її цільового призначення.

Треба мати на увазі, що дискусії ведуться головно про співвідношення цивільного та земельного права у сфері земельних відносин, побудованих на засадах рівності, тобто передусім у сфері власності та інших речових прав на землю та обігу земельних ділянок

Однією з основних проблем і напрямом вдосконалення земельного права України є узгодження майнової та екологічної характеристики землі, норм Земельного кодексу з нормами ЦК України.

Поширеною в цьому аспекті є думка, що норми цивільного права мають загальний характер стосовно регулювання земельних відносин, а земельно-правові норми – спеціальний.

У ЗК України загальні норми ЦК реалізуються різними способами:

1. Специфіка землі як майна зумовила формулювання для обігу земельних ділянок низки специфічних правил, які сьогодні складають основний зміст багатьох інститутів земельного права.
2. Деякі особливості обігу земельних ділянок привели до необхідності вказати їх у ЗК, відсилаючи при цьому до відповідних норм ЦК, що регулюють аналогічні майнові відносини. Наприклад, ст.131 ЗК вказує, що набуття права власності на земельні ділянки на підставі договорів міни, ренти, дарування та інших здійснюється відповідно до ЦК України.
3. При відсутності специфіки земельних майнових відносин і у ЗК України взагалі не встановлюється нових правил, а робляться тільки відсилання до ЦК України. Якщо у ЗК щодо якогось аспекту обігу земельних ділянок відсутнє спеціальне регулювання, то необхідно вважати, що це регулюється нормами ЦК.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕДУРНИЙ МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Чернявська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право на соціальне забезпечення є одним із визнаних міжнародною спільнотою та українською державою соціальних прав. Воно належить до другого покоління прав людини. А відтак, передбачає наявність суб'єкта, зобов'язаного забезпечити його реальне втілення у життя. Відповідно до Конституції України таким є держава. Проголошуючи себе соціальною, вона повинна створити належні, ефективні передумови, умови та способи здійснення права на соціальне забезпечення. Тобто повинна створити механізм забезпечення досліджуваного соціального права.

Не дивлячись на можливість констатації і фіксації прав людини як таких, механізм втілення їх у життя є достатньо складний. Адже, як справедливо зазначає В.Н. Протасов, обсяг прав людини, їх реалізація залежать від стану суспільства, рівня його розвитку та характеру організованості. Ефективність реалізації прав людини залежить від їх нормативного оформлення, включення в тій чи іншій формі (в якості норм-звичаїв, норм моралі, норм права тощо) в систему нормативного регулювання суспільства.

Механізм забезпечення прав людини та його складові частини є предметом наукових досліджень як вченими-теоретиками (О.В.Белянська, К.Г. Волинка, А.С. Морд овець, Т.В. Синякова), так і представниками галузі права соціального забезпечення (Б.І. Сташків, Л.Н. Федорова).

Узагальнюючи наукові позиції вказаних вчених, механізмом забезпечення прав людини вважається сукупність взаємозв'язаних і взаємодіючих передумов, умов та засобів, необхідних для фактичного здійснення людиною своїх прав. Зважаючи на те, що соціальні права потребують активної діяльності держави щодо їх реального втілення у життя, на неї покладено обов'язок визнати та законодавчо закріпити названі складові механізму. З урахуванням наведеного, механізм забезпечення соціальних прав людини передбачає наявність передбаченої правовими нормами сукупності передумов, умов та засобів здійснення цих прав.

У фаховій науковій літературі виділяють такі елементи механізму забезпечення прав людини: 1) інституційний (система органів, до компетенції яких належить забезпечення прав людини); та 2) нормативний (сукупність правових засобів, спрямованих на реалізацію, охорону та захист прав людини).

Проаналізуємо, які елементи механізму забезпечення права на соціальне забезпечення закріплені у ст. 46 Конституції України. У ній зазначено, що «громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними. Пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом».

Зі змісту вказаного положення випливає, що Конституцією України передбачено *засадничі положення таких складових механізму забезпечення права на соціальне забезпечення*: 1) інституційного (сукупність окремих установ соціального забезпечення); 2) нормативного (види соціального забезпечення, мінімальні соціальні стандарти), в тому числі фінансового (способи фінансування соціального забезпечення).

Погоджуємося із О.В. Пушкіною, що специфічною особливістю соціальних прав є те, що для їх реалізації держава повинна досягти певного економічного рівня, який би дозволив

втілювати в життя всі соціальні гарантії та всі соціальні права. Адже значна частина видів соціального забезпечення надається за рахунок коштів державного та місцевого бюджету (державні допомоги сім'ям з дітьми, малозабезпеченим сім'ям тощо). Разом з тим, навіть за умов наявності достатніх грошових ресурсів право на соціальне забезпечення не буде реалізоване, якщо не буде доступного механізму його здійснення. З урахуванням того, що право на соціальне забезпечення належить до соціальних прав, вважаємо, що активна діяльність держави, перш за все, повинна бути спрямована на розробку та закріплення процедури його реалізації. Зважаючи на залежність можливості здійснення соціально-забезпечувального права від держави, остання повинна приділити увагу розробці процедурних правил, встановленню ефективного порядку його реалізації.

Необхідність ефективної та дієвої процедури здійснення соціальних прав людини визнає також і на міжнародному рівні. Про це, зокрема, свідчить положення ч. 1 ст. 2 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права (далі - Пакт). У ній йдеться про те, що «кожна держава зобов'язується в індивідуальному порядку і в порядку міжнародної допомоги та співтовариства, зокрема в економічній і технічній галузях, вжити в максимальних межах наявних ресурсів заходів для того, щоб забезпечити поступово повне здійснення визнаних у цьому Пакті прав всіма належними способами, включаючи, зокрема, вжиття законодавчих заходів».

Повнота реалізації соціальних прав безпосередньо залежить від гарантованої державою фактичної можливості їх здійснити, що реально тільки у випадку наявності законодавчо закріпленої процедури. З урахуванням наведеного, вважаємо, що під такими «законодавчими заходами» у Пакті розуміються також процедурні (заходи), які передбачають порядок реалізації соціальних прав, в тому числі права на соціальне забезпечення.

Будучи державою-учасницею Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, Україна, на нашу думку, також повинна гарантувати можливість фактичної реалізації соціально-забезпечувального права шляхом розробки ефективної процедури. Держава повинна посилити свою соціальну функцію не тільки шляхом закріплення основних мінімальних соціальних стандартів, мінімального рівня соціального забезпечення, а й шляхом розробки спеціального процедурного правового механізму. У зв'язку із цим, пропонуємо доповнити статтю 46 Конституції України частиною четвертою наступного змісту: «Кожному гарантується можливість реалізації права на соціальне забезпечення. Для цього держава зобов'язується розробити просту та доступну процедуру його здійснення».

З огляду на вище наведене, вважаємо, що у механізмі забезпечення права на соціальне забезпечення, окрім інституційного та фінансового, зі структури нормативного елемента необхідно виділити комплекс процедурних правових засобів та способів, спрямованих гарантувати можливість повної реалізації досліджуваного права, його практичне втілення в життя. На наш погляд, його доцільно назвати *процедурним механізмом реалізації права на соціальне забезпечення*, оскільки, по-перше, він характеризується сукупністю власних складових (про що мова йтиметься далі). По-друге, він передбачає необхідність винятково активної поведінки правоможної особи щодо перетворення законодавчої можливості отримати соціальне забезпечення у реальність.

Процедурний механізм повинен функціонувати так, щоб будь-яка галузева матеріальна могла бути реалізована у необхідній процедурній формі з допомогою відповідних способів. Його відсутність призведе до того, що частина матеріальних норм права соціального забезпечення носитиме лише декларативний характер.

Отже, першим елементом, який забезпечить існування процедурного механізму реалізації соціально-забезпечувального права, є процедурні норми, законодавчо закріплені державою.

У соціальній державі державна влада обмежена необхідністю підкорення правам людини і громадянина. А відтак, її політика повинна бути спрямована на створення таких умов, які забезпечують достойне життя і вільний розвиток особистості. Погоджуємося із Н.І. Баїєвою, що вільний розвиток людської особистості можливий, якщо права, закріплені в Конституції і в законах, базуються на визнанні достоїнства людини і якщо в державі створені умови для копіювання кожним соціальними правами. А тому, галузеві процедурні норми повинні закріплювати доступну процедуру здійснення права на соціальне забезпечення.

Проте навіть наявність вказаних вище правових засобів не забезпечує повної реалізації соціально-забезпечувального права. Для цього необхідним є волевиявлення правоможної особи (її представника) вступити у відповідні правові відносини, у яких фактично відбувається здійснення права на соціальне забезпечення.

Таким чином, підсумовуючи вище наведене, зазначимо наступне. **Процедурний механізм реалізації права на соціальне забезпечення** – це сукупність процедурно-правових засобів та способів, за допомогою яких відбувається повне здійснення соціально-забезпечувального права. До елементів процедурного механізму належать: 1) законодавчо закріплені процедурні норми; 2) процедура реалізації права на соціальне забезпечення; 3) процедурні правовідносини, в якій безпосередньо здійснюється право на соціальне забезпечення.

ПРЕВЕНТИВНА ФУНКЦІЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Чопко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В теорії держави і права в системі функцій права виділяються дві основні загально-правові функції – регулятивна та охоронна. Регулятивна функція визначається як зумовлений соціальним призначенням права напрям правового впливу, спрямований на встановлення позитивних правил поведінки, наданні суб'єктивних прав та юридичних обов'язків суб'єктам права. Охоронна функція подається, як зумовлений соціальним призначенням права напрям правового впливу, спрямований на охорону найбільш важливих суспільних відносин і викорінення негативних явищ неприйнятних для даного суспільства.

Вказані функції притаманні і екологічному праву, водночас їхня дія на конкретні екологічні відносини проявляється через цілий ряд галузевих функцій, які відображають специфіку екологічного права. Критерієм класифікації функцій екологічного права визнано предмет екологічного права, тобто суспільні відносини, що підлягають врегулюванню.

Кожен вид суспільних відносин потребує специфічних способів правового регулювання, а тому поряд з предметом екологічного права допоміжним для виділення його функцій, є на думку автора також метод правового регулювання.

Передбачені в екологічному законодавстві правила використання природних ресурсів, їх закріплення та перерозподіл, а також утворення територій та об'єктів з обмеженим природо-користуванням та сукупність нормативів і стандартів якості довкілля з метою забезпечення здорової і сприятливої життєдіяльності людини є проявом регулятивної функції екологічного права.

Еколого-правові норми покликані оберігати бажаний для суспільства стан довкілля, забезпечити його недоторканість із боку правопорушників, не допускати посягань на суб'єктивні екологічні права громадян, законні інтереси інших учасників цих відносин та забезпечувати захист у разі їх порушення є проявом охоронної функції екологічного права. Вказана функція має надзвичайно важливе значення в системі функцій екологічного права, оскільки відображає найважливіші аспекти функціонування даної галузі права.

Здійснюючи охорону суспільних відносин, право припиняє, забороняє діяння, карає суб'єктів, що порушують умови нормального розвитку, суперечать інтересам суспільства і держави. Тобто основне призначення даної функції полягає передусім у запобіганні порушень еколого-правових норм і тому в її системі виділяється самостійна функція – превентивна.

В українській мові слово превентивний означає, той який попереджає що-небудь, запобігає чомусь; профілактичний, упереджувальний. Цей термін видається найбільш повно відображає той напрям впливу екологічного права, який реалізує охоронну функцію права шляхом запобігання і попередження правопорушень. Таким чином можна зробити висновок, що **охоронну функцію права в екологічному праві реалізує превентивна функція.**

Варто зазначити, що превентивна функція з'явилася в системі функцій екологічного права зовсім недавно. Правове регулювання використання природних ресурсів полягало в елементарному користуванні природними ресурсами без будь-якої охорони останніх. Природа служила виключно засобом задоволення життєво необхідних матеріальних і, певною мірою, естетичних, оздоровчих та рекреаційних потреб людини.

Посилена експлуатація природних ресурсів зумовила виснаження корисних копалин, забруднення навколишнього природного середовища. Як результат в суспільстві розвіюється споживацька концепція про невичерпність природних ресурсів і виникає потреба у активних законодавчих розробках по запобіганню зникненню багатьох видів тварин, рослин, забрудненню довкілля. Законодавець встановлює в законодавстві цілий ряд вимог, щоб звести до мінімуму негативний вплив на природу, не завдати шкоди довкіллю, тобто запобігти їй. Як приклад, з метою запобігання зникненню природних ресурсів встановлюються нормативи використання природних ресурсів. Так, Лісовий кодекс України (ст. 71) передбачає встанов-

лення лімітів заготівлі деревини в порядку рубок головного користування. Лімітом виступає затверджена в установленому порядку розрахункова лісосіка. Заготівля деревини в порядку рубок головного користування в розмірах, що перевищують розрахункову лісосіку, забороняється

Водним кодексом України визначено ліміт забору води, ліміт використання води та ліміт скидання забруднюючих речовин (ст. 49). Закон України «Про мисливське господарство та полювання» передбачає встановлення лімітів використання мисливських тварин, ліміти на добування яких, затверджені Міністерством екології та природних ресурсів для кожної області (ст. 16) тощо.

Своєрідним способом попередження правопорушень у сфері довкілля є надання у користування окремих природних ресурсів лише після одержання відповідного дозвільного документу (ліцензії). В ліцензіях на природокористування передбачається межа використання природних ресурсів, здійснення фізичних, хімічних, біологічних впливів на природу, інших екологічно значимих умов здійснення природокористування. Як приклад для використання лісових ресурсів, зокрема для заготівлі деревини, заготівлі живиці тощо необхідно отримати лісорубний квиток (ордер).

За ліцензійним порядком здійснюється полювання на парнокопитних тварин (лосів, оленів, в кабанів, муфлонів, козуль) та ведмедів. Обласні органи лісового господарства розподіляють ліцензії серед користувачів мисливських угідь згідно з їх планами добування.

Забезпечення контролю за ефективним невиснажливим використанням об'єктів довкілля, облік всіх природних ресурсів, прогнозування змін довкілля в результаті господарської діяльності та планування заходів по запобіганню негативного впливу на довкілля покладено на державні органи загальної та спеціальної компетенції у сфері довкілля. Таким чином, превентивну функцію екологічного права реалізує держава через уповноважені нею органи, які зобов'язані виконувати весь комплекс охоронних заходів, з тим, щоб уберегти довкілля від негативного впливу і не допустити порушення основних екологічних прав людини.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

СПІВВІДНОШЕННЯ ОБМАНУ ІЗ ЗЛОВЖИВАННЯМ ДОВІРОЮ ЯК СПОСОБІВ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ

Антонюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально-правова оцінка і розуміння обману та зловживання довірою як способів вчинення злочину у науці кримінального права є неоднаковими. Це питання варто віднести до числа дискусійних хоча б з огляду на те, що частина дослідників визнають зловживання довірою самостійним способом вчинення злочину, який має низку суттєвих відмінностей від обману; інші вважають, що зловживання довірою – це різновид обману, тому виділяти його як окремий спосіб поряд із обманом немає підстав. У наукових публікаціях є міркування і про те, що зловживання довірою тотожне з привласненням чужого майна (С.А. Єлісеєв, А. Успенський). Тож доцільно зупинитися на означених підходах і запропонувати власне бачення того чи обман із зловживанням довірою співвідносяться як частина та ціле і зловживання довірою є одним із проявів обману, чи ж зловживання довірою варто розглядати як окремий спосіб вчинення злочину. Зазвичай дослідження співвідношення між зазначеними способами вчинення злочинів з'ясовують під час аналізу ознак об'єктивної сторони шахрайства (ст. 190 КК України) або ж заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (ст. 192 КК України).

Н.О. Лопашенко вказує, що обман і зловживання довірою водночас, паралельно впливають на поведінку потерпілого, однак в кожному випадку можна виділити той з двох способів, який більшою мірою вплинув на потерпілого. В.В. Векленко вважає, що виділення обману і зловживання довірою як окремих способів шахрайства сприяє більшій диференціації відповідальності; під час застосування зловживання довірою завжди відомий злочинець, вища роль волевиявлення потерпілого. Під час зловживання довірою, на думку У.У. Нурмашева, особа використовує на зло і на шкоду довірителью відносини, які склалися.

Зловживання довірою справді дуже близьке до обману. Однак цей спосіб вчинення злочину має деякі характерні ознаки, які дають підстави виділяти його як самостійний спосіб вчинення деяких злочинів. Влучно про відмінність обману і зловживання довірою зазначає М.І. Панов. Вчений вказує, що під час зловживання довірою винний протиправно використовує в своїх інтересах впевненість в його правдивості і добросовістності особи – довірителья. В.О. Навроцький стверджує, що під час зловживання довірою винний використовує довірительські відносини, які виникли перед тим, не стосовно отримання конкретного майна.

Спробуємо навести ті ознаки, які на нашу думку показують відмінність зловживання довірою й обману як окремих способів вчинення шахрайства:

- під час використання «зловживання довірою» потерпілий і винна особа знайомі певний час, який дає підстави для виникнення довірчих відносин;
- під час використання «зловживання довірою» потерпілий не з'ясовує всіх необхідних обставин для передачі майна, оскільки розраховує на правдивість і законність поведінки винної особи, яка, на думку потерпілого, не повинна його підвести;
- під час застосування обману потерпілий не сподівається на певну поведінку винного, він помиляється щодо істотних обставин вчинюваних дій;
- під час застосування обману потерпілий, приймаючи рішення, повністю обдумує всі важливі, на його думку, чинники для прийняття рішення, однак через наявність обману (в предметі, особі, подіях тощо) судження потерпілого, по суті, не збігаються з його справжнім волевиявленням;

- потерпілий, довірою якого зловживають, поверхнево з'ясовує чинники, необхідні для прийняття рішення, оскільки сподівається на поведінку винного;
- при зловживанні довірою винний не вчинює дій, що можуть ввести в оману, характерних для обману;
- обґрунтовуючи вчинення злочину шляхом зловживання довірою потерпілого, варто детально дослідити попередні відносини потерпілого із суб'єктом злочину, щоб з'ясувати факт виникнення довірливих відносин.

Найголовніша відмінна ознака між обманом і зловживання довірою – сподівання потерпілого на певну «не шкідливу» поведінку винного. Підставою для виникнення таких сподівань у потерпілого слугують відносини довіри, які виникли між потерпілим і винною особою.

Варто зупинитися й на різниці між зловживанням довірою і зловживанням довірливістю. Зловживання довірливістю є звичайним обманом, оскільки довірливість як риса людського характеру, не передбачає виникнення певних підстав для того, щоб довіряти винному. Б.С. Нікіфоров правильно зазначав, що довіра передбачає існування відносин між людьми, це завжди довіра кому – небудь, а довірливість – це одна з рис людського характеру. Якщо обман може вчинити будь – яка особа, то зловживання довірою може вчинити лише та особа, стосовно якої склалися відносини довіри.

Пропозиція визнавати зловживання довірою привласненням має низку недоліків з огляду на які вважаємо, що приєднання до неї є неможливим. Зокрема, такий підхід суттєво звузить коло потенційних суб'єктів злочину. Адже особі, яка вчинює привласнення, майно ввірене або перебуває у її віданні. Вона не лише користується довірою потерпілого, а й має певні правомочності щодо майна. Наявність правомочностей щодо майна виникає на підставі закону або договору. Фактично коло діянь, що полягають у заволодінні майном шляхом зловживання довірою і коло діянь, що полягає у привласненні суттєво відрізняються за обсягом. Вважаємо, що у привласненні, зазвичай, наявний елемент порушення відносин довіри між тим, хто ввірив майно чи передав його у відання іншій особі, і відповідним суб'єктом посягання. Однак отожднювати такі відносини із заволодінням майном шляхом зловживання довірою, вчиненим загальним суб'єктом, не варто. Реалізація запропонованого С.А. Єлісеєвим і А. Успенським підходу створить прогалину у законодавстві.

Відносини довіри можуть виникнути з юридичних підстав та з побутових (фактичних) підстав. Саме виходячи із таких підстав здебільшого пропонують здійснювати класифікацію видів зловживання довірою. Г.М. Анісімов пропонує здійснювати класифікацію видів зловживання довірою, виходячи із різних видів відносин довіри, що мають різні підстави виникнення. Зокрема, він виділяє такі види зловживання довірою, як зумовлене: а) службовим становищем повірника; б) становищем опікуна або піклувальника; в) професійним становищем повірника, його трудовою функцією; г) угодою, договором, дорученням тощо; д) фактичними відносинами довіри. Перші чотири види зловживання довірою виникають з юридичних підстав. Остання група – фактичні відносини довіри – об'єднує довірительські відносини, що виникають з родинних, дружніх, інших близьких зв'язків.

Види зловживання довірою, які виділяє Н.О. Лопашенко, навряд чи можна назвати власне видами. Це швидше конкретні форми прояву шахрайства, вчиненого шляхом зловживання довірою. До таких проявів науковець відносить відмову від оплати і привласнення товарів, одержаних в кредит; позику грошей чи майна і неповернення їх; одержання авансу за роботу, яку винний не планує виконувати тощо. Водночас треба обов'язково зазначити, що про шахрайство йтиметься лише тоді, коли винний ще до одержання відповідного майна мав намір його не повертати або повертати не в повному обсязі.

У судовій практиці інколи суди не приділяють належної уваги дослідженню і встановленню конкретних способів вчинення шахрайства. Зокрема, часто не з'ясовано, який саме спосіб вчинення злочину обман чи зловживання довірою використав винний під час вчинення шахрайства. Так, до типових можна віднести справу, яку розглянув Галицький районний суд м. Львова (справа № 1–250/2007). У вирокі зазначено, що А., маючи намір заволодіти чужим майном шляхом обману та зловживання довірою, 15 січня 2007 р. подав у газету «Ваш магазин» оголошення з неправдивою інформацією про здачу в оренду квартири, яка належить на праві власності його матері. А. отримав від потерпілої О. завдаток у сумі 50 доларів США 23

січня 2007 р., що згідно з курсом Національного банку України становить 252,50 грн, 25 січня 2007 року відповідно до поданого оголошення щодо здачі в оренду квартири А. повторно отримав від потерпілого Д. як завдаток за оренду квартири 1100 грн. Квартиру в оренду А. не планував здавати. Отримані кошти витратив на власні потреби. Із цієї фабули видно, що між А. та обома потерпілими не могло існувати відносин довіри, оскільки вони були не знайомі і сконтактували лише після публікації оголошення. Тому проблеми у визначенні способу вчинення злочину не було. Очевидно, що шахрайство вчинено шляхом обману. Конкретизація способу упущена з поля зору. У схожих випадках суди інколи вказують, що заволодіння чужим майном відбулося шляхом зловживання довірою, хоча очевидно, що жодних відносин довіри між винним і потерпілим існувати не могло.

Таким чином, із викладеного можна підсумувати, що обман і зловживання довірою варто розглядати як два окремі способи вчинення злочину. Між означеними способами є достатня кількість відмінних ознак, за допомогою яких можна чітко визначити який ж із способів використав винний під час заволодіння майном.

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ (ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ)

Бурдін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В правовій науці положення про те, що матеріальне кримінальне право є первинним по відношенню до процесуального кримінального права є по суті аксіоматичним і ніким не ставиться під сумнів. Саме нормами матеріального кримінального права визначаються основні кримінально-правові інститути та підстави їх застосування. Процесуальні норми у цьому відношенні мають так би мовити обслуговуючий характер, адже вони не впливаючи на кримінально-правову матерію, забезпечують процедурну реалізацію відповідних положень матеріального кримінального законодавства. Таке своєрідне підпорядковане значення кримінально-процесуальних норм по відношенню до норм матеріального кримінального права жодним чином не применшує значення кримінального процесуального права як самостійної галузі права зі своїми самостійними завданнями. Мова йде не про другорядність кримінального процесуального права. Водночас з огляду на безпосередню дотичність та взаємну проникність норм цих суміжних галузей права назріла потреба поставити питання про чітке розмежування завдань відповідних галузей права. Адже досить дивними виглядали би положення Кримінального кодексу України (далі КК України), в яких містилися би положення, наприклад, про процедуру проведення певної процесуальної дії, зокрема, огляду чи обшуку. Проте так само незрозумілими виглядають положення і процесуального законодавства, які встановлюють або змінюють окремі кримінально-правові поняття чи інститути.

Без перебільшення можна було би стверджувати, що і теорія, і правозастосовна практика у цьому питанні є одноставні і жодних проблем у зв'язку з цим не повинно виникати. Все, що стосується визначення поняття злочину, видів складів злочинів, поняття кримінальної відповідальності та її форм, видів звільнення від кримінальної відповідальності або від покарання, формулювання інших кримінально-правових інститутів та їх наслідків, повинно регламентуватися нормами матеріального кримінального законодавства. В той час як процедура оформлення відповідних процесуальних рішень повинна бути передбачена кримінальним процесуальним законодавством. Разом з тим, коли мова йде про перевірку дії цих положень щодо конкретних кримінально-правових інститутів, виникає ціла низка суперечливих моментів. При цьому розвиток матеріального та процесуального законодавства свідчить про те, що існує ціла низка інститутів, щодо яких згадані постулати завжди були і залишаються дещо деформованими. Більше того, новий КПК України 2012 р. саме з огляду на підняту проблему може бути об'єктом критики.

Треба відзначити, що існують окремі традиційні кримінально-правові інститути, які протягом тривалого часу залишаються деформованими саме процесуальними нормами. Але з огляду на їхню традиційність для кримінального права вони не привертають до себе належної уваги як це відбувається сьогодні щодо таких революційних нововведень як кримінальні проступки. Мова йде про інститути звільнення від кримінальної відповідальності та призначення покарання, особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх. Спробуємо проаналізувати у динаміці наскільки узгоджувалися норми матеріального та процесуального законодавства в частині, що стосується звільнення від кримінальної відповідальності, з постулатом про первинність матеріального законодавства і відповідними завданнями КК України та КПК України.

Так, зокрема, в КК України 1960 р. було передбачено не багато видів звільнення від кримінальної відповідальності. В ст. 48 було передбачено звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з закінченням строків давності. В ч. 1 ст. 50 було встановлено звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки. А в ст. 51 у випадку вчинення злочинів, що не становлять великої суспільної небезпеки, звільнення від кримінальної

відповідальності могло поєднуватися з: 1) притягненням до адміністративної відповідальності; 2) передачею матеріалів справи на розгляд товариського суду; 3) застосуванням примусових заходів виховного характеру; 4) передачею особи на поруки громадській організації або трудовому колективу. Водночас в ст. 27 КПК України 1960 р. було визначено перелік злочинів, порушення кримінальної справи щодо яких могло відбуватися виключно на підставі заяви потерпілої особи. В цій статті було передбачено виняток із загального принципу публічності, згідно якого кримінальна справа мала бути порушена в кожному випадку виявлення ознак складу злочину, незалежно від заяви потерпілої особи. В ст. 27 КПК було передбачено також можливість закриття кримінальної справи у разі примирення винного з потерпілим, якщо таке примирення мало місце до виходу суду в нарадчу кімнату для постановлення вироку. Незважаючи на те, що існування особливого порядку порушення кримінальної справи в так званих справах приватного обвинувачення має процесуальне підґрунтя, фактично положеннями цієї статті було передбачено окремий вид звільнення від кримінальної відповідальності, який не був відомий чинному на той час матеріальному кримінальному законодавству. Адже закриття кримінальної справи в даному випадку означало те, що винний фактично звільнявся від державного осуду за вчинений ним злочин, а також і від будь-яких інших заходів кримінально-правового впливу, які входять до різних форм кримінальної відповідальності.

З введенням в дію 1 вересня 2001 р. нового КК України кількість видів звільнення від кримінальної відповідальності істотно збільшилась. При цьому одним з нових видів звільнення від кримінальної відповідальності, передбачений в ст. 47 КК України, є звільнення у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. В першій своїй редакції в ст. 47 КК України звільнення допускалося лише щодо злочинів невеликої тяжкості, вчинених вперше. При цьому до підстав, за сукупності яких суд міг застосувати вказаний вид звільнення було віднесено: 1) факт примирення винного з потерпілим і 2) відшкодування завданих збитків або усунення винним заподіяної шкоди. Справедливості ради треба відмітити, що центральною і по суті єдиною принципово необхідною умовою застосування даного виду звільнення від кримінальної відповідальності є факт примирення винного з потерпілим. Відшкодування завданих збитків або усунення винним заподіяної шкоди хоч і вказується серед підстав звільнення, проте фактично має лише формальний характер.

Враховуючи те, що в новому КК України з'явився такий вид звільнення від кримінальної відповідальності як звільнення у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, законодавець мав би узгодити ці положення з відповідними положеннями ст. 27 КПК України 1960 р., в якій, як ми вже наголошували, також по суті йдеться про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням. Проте, на жаль, цього не відбулося і ми знову ж таки маємо справу з ситуацією, коли регламентація кримінально-правових інститутів по різному відбувається в матеріальному та процесуальному законодавстві.

Якщо в період дії КК 1960 р. можна було стверджувати про існування в кримінально-процесуальному законодавстві самостійного виду звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, то з часу введення в дію КК України 2001 р. можна говорити про розширення діючим на той час кримінально-процесуальним законодавством (КПК 1960 р.) сфери дії цього виду звільнення. Мова йде про те, що навіть після змін до ст. 46 КК України, внесеними Законом від 15 квітня 2008 р., вказаний вид звільнення може бути застосований лише у випадку вчинення вперше злочинів невеликої тяжкості або необережних злочинів середньої тяжкості. Натомість в ст. 27 КПК 1960 р. серед злочинів, щодо яких допускалося закриття кримінальної справи за примиренням, були передбачені умисні злочини середньої тяжкості (ч. 1, 2 ст. 203¹ «Незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва», ч. 2 ст. 229 «Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікаційного зазначення походження товару», ст. 231 «Незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю», ч. 2, 3, 4 ст. 232¹ «Незаконне використання інсайдерської інформації») і навіть умисний тяжкий злочин (ч. 3 ст. 229 «Незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікаційного зазначення походження товару»). Єдиним обмежувальним чинником щодо застосування положень ст. 27 КПК України було те, що не у всіх перелічених злочинах був потерпілий, з яким

можна було би примиритися винному, у розумінні ст. 49 КПК 1960 р. Адже відповідно до ст. 49 КПК 1960 р. потерпілим від злочину могла бути визнана лише фізична особа.

В новому КПК України 2012 р. розглядувана проблема вирішується принципово по іншому. Суттєво розширюючи в ст. 477 КПК України 2012 р. перелік злочинів, провадження щодо яких відбувається у формі приватного обвинувачення, законодавець вже не допускає можливості закриття кримінальної справи у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. У таких випадках порушена кримінальна справа розслідується у загальному порядку. В новому КПК України виділено окрему главу 35, в якій регламентується особливості кримінального провадження на підставі угод. Однією з таких відомих вже процесуальному законодавству угод є угода про примирення потерпілого з підозрюваним чи обвинуваченим. Проте в новому КПК України, на відміну від КПК 1960 р., наслідки укладення такої угоди принципово інші. Так, відповідно до ч. 1 ст. 471 КПК України 2012 р. в угоді при примирення, крім усього іншого, вказується також узгоджене покарання та згода сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням. Отже, факт примирення вже не може бути підставою для закриття кримінальної справи, а може впливати лише на процес реалізації такої форми кримінальної відповідальності як покарання.

Проте це жодним чином не означає, що звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим вже неможливе. Адже за наявності необхідних підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених в КК України, відповідно до ст.ст. 283, 285, 286 КПК України відбувається процесуальне оформлення такого звільнення. Тобто щодо злочинів, по яких провадження відбувається у формі приватного обвинувачення, діють загальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності, встановлені КК України. Тобто для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим для справ приватного обвинувачення потрібні всі підстави, передбачені в ст. 46 КК України. Таким чином, підстави різних видів звільнення від кримінальної відповідальності, як і належить, регламентуються лише в КК України.

Усунувши в новому КПК України 2012 р. положення, якими в кримінально-процесуальному законодавстві фактично встановлювали самостійний вид звільнення від кримінальної відповідальності, законодавець все ж таки розширив сферу дії звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим і зробив це саме завдяки новелам нового КПК України. Мова йде про те, що, на відміну від попереднього КПК 1960 р., відповідно до ч. 1 ст. 55 КПК України 2012 р. потерпілим може бути визнана не тільки фізична, але й юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Отже, якщо застосування ст. 46 КК України в період дії КПК 1960 р. могло мати місце лише, коли шкода від злочину була завдана фізичній особі, то відповідно до положень нового КПК України цей вид звільнення повністю поширюється і на ті злочини, шкода від яких завдана лише юридичній особі.

Аналізовані положення кримінального та кримінального процесуального законодавства, на наш погляд, переконливо свідчать про необхідність суворого дотримання законодавцем визначених завдань, які поставлені перед цими галузями права, та відповідного співвідношення між ними при формулюванні новел, а також зміні існуючих положень, які визначають сутність кримінально-правових інститутів.

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАМАХУ НА ЗЛОЧИН ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ

Вакула І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правова природа замаху на вчинення злочину в науці кримінального права України та Республіки Польщі має характерні відмінності. Поняття замаху на злочин визначено в ч. 1 ст. 15 КК України, відповідно до якої замахом на злочин є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК України, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винного.

Поняття замаху на злочин передбачено в §1 ст. 13 КК Республіки Польщі: відповідно до якого відповідальності за замах підлягає та особа, яка з наміром вчинити заборонене діяння скеровує свої дії безпосередньо на його виконання, яке, однак, не доводиться до кінця.

Порівнюючи даний вид стадії вчинення злочину за кримінальним законодавством України та Республіки Польщі, можна визначити такі основні відмінності. В КК Республіки Польща не виділяють закінченого та незакінченого замаху на вчинення злочину, в КК України закінчений та незакінчений замах зазначено окремими частинами, зокрема 2 та 3 ст.15 КК України. Натомість в §2 ст.13 КК Республіки Польщі закріплено відповідальність за непридатний замах.

Аналізуючи формулювання поняття замаху на злочин за кримінальним законодавством обох держав, важливим залишається дослідження та порівняння даної стадії з метою пошуку шляхів удосконалення даної кримінально – правової норми, ефективності її застосування на практиці.

Для визначення замаху на злочин основним є встановлення умислу винного. Винна особа повинна в уяві відобразити вчинення злочину, мотивувати його і лише тоді почати його виконання. Але слід пам'ятати, що це буде завжди умисел на вчинення конкретного злочину. Виникає питання, чи за замах настає кримінальна відповідальність тільки тоді, коли винний діє з прямим умислом, чи також повинна наставати в ситуації, коли винний діє з умислом непрямым?

З метою дослідження даної проблематики слід, перш за все, визначити поняття умислу за кримінальним законодавством Республіки Польща.

В КК Республіки Польщі поняття умислу визначено в §1 статті 9, відповідно до якого заборонене діяння вчиняється умисно, якщо особа має намір його вчинити, тобто бажає його вчинити або передбачає можливість його вчинення і допускає його. Дане визначення умовно можна поділити на два аспекти: 1) коли винний бажає вчинити злочин і 2) коли винний передбачає можливість його вчинення і допускає його. Перший аспект – це умисел безпосередній (*dolus directus*), а другий – це умисел непрямий (*dolus eventualis*).

А. Цоль зазначає, що немає жодних підстав визначати, що відповідно до §1 ст. 13 КК Республіки Польщі поняття умислу слід розглядати інакше, ніж це передбачено в §1 ст. 9 КК Республіки Польщі. Ознакою замаху на злочин визнається як прямий умисел, так і непрямий. Однак треба пам'ятати, що замах не є категорією самостійною, а завжди перебуває у зв'язку із ознаками конкретного злочину, передбаченого Особливою частиною КК Республіки Польщі. Якщо злочин з огляду на ознаки суб'єктивної сторони може бути вчинений тільки з прямим умислом, то і замах на вчинення такого злочину повинен бути вчинений з прямим умислом.

Сьогодні допустимість замаху на злочин з непрямим умислом не викликає сумніву ні в доктрині кримінального права Польщі, ні в судовій практиці. Замах на злочин відрізняється від закінченого злочину не формою умислу, а відсутністю реалізації винним всіх ознак складу злочину, зокрема, ненастанням наслідків [А.Марек].

Отже, відповідно до КК Польщі замах на злочин може бути вчинено як з прямим, так і з непрямим умислом.

На відміну від законодавства Республіки Польщі, в КК України чітко передбачено суб'єктивну ознаку замаху – вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності). В теорії кримінального права України більшість авторів висловлює свою підтримку до визначення замаху лише з прямим умислом.

Так, Тихий В.П. зазначає, що замах на злочин можливий лише з прямим умислом. Якщо особа не бажала вчинення злочину, вона не може і здійснити замах на нього, тобто зробити спробу його вчинити.

Коржанський М.Й. вважає, що цілеспрямованість, за наявності якої можна встановити між задуманим злочином і реальним втіленням його в життя, притаманна діянням, в яких особа бажає настання передбачуваних нею суспільно небезпечних наслідків. Непрямий умисел та необережність неможливі через те, що всі стадії разом взяті і кожна з них окремо, являють собою цілеспрямовану злочинну діяльність, під час якої винний свідомо готує можливість злочинного посягання, починає вчиняти злочин і якщо йому це вдається доводить злочин до кінця.

Про те, що замах на злочин може бути вчинено лише з прямим умислом підтверджується і судовою практикою. Так, в постанові Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 року № 2 « Про судову практику у справах про злочини проти життя та здоров'я особи », зокрема в п. 4, передбачено, що замах на умисне вбивство може бути вчинено лише з прямим умислом, коли винна особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає його суспільно небезпечні наслідки і бажає їх настання.

Отже, відповідно до цієї постанови судді повинні кваліфікувати замах на злочин лише за умови наявності прямого умислу винної особи. Проте з аналізу судової практики вбачається, що суди першої та апеляційної інстанцій досить часто кваліфікують замах на злочин і з непрямим умислом. При цьому практика Верховного Суду України є однозначною. Верховний Суд України, будучи касаційною інстанцією до відповідних змін у законодавстві, скасовував процесуальні рішення судів нижчих інстанцій, в яких мала місце кваліфікація вчинення замаху на злочин із непрямим умислом.

Виходячи з вищевказаних позицій українських та польських вчених криміналістів, а також судової практики, виникає питання, чи дійсно можливий замах на злочин з непрямим умислом, чи він є достатньо обґрунтованим для того, щоб припускати або заперечувати його.

Інтелектуальні ознаки умислу збігаються і лише вольова ознака відрізняє прямий та непрямий умисел – ставлення до наслідків. Так, наприклад під час сварки винний з метою помсти заподіює декілька ножових поранень в область грудної клітки іншому учаснику сварки і не реагує на втрату ним свідомості та допускає настання смерті. Однак смерть не настає через своєчасно надану медичну допомогу лікарів. Як кваліфікувати дії винного? За фактично спричиненими наслідками, оскільки винний діяв з непрямим умислом, чи за замах на вбивство з непрямыми умислом? Варто відзначити, що Кримінальний кодекс України 1960 року, визнаючи поняття замаху на злочин, передбачав вчинення його умисно.

Вчені, які заперечують конструкцію замаху на злочин з непрямим умислом, виходять з того, що, оскільки, замах є початком виконання злочинного наміру, то такого наміру немає у злочинах з непрямим умислом, або ж вчиняти замах можна лише на те чого бажаєш. А також вказують, що при непрямому умислі винний допускає можливість настання декількох наслідків і нема необхідності вибирати найбільш тяжчі і ставити їх йому у вину. Винний, який передбачив можливість настання декількох наслідків (в тому числі тяжких), і хоча не бажав ні одного з них, але все ж таки діяв, усвідомлюючи конкретну можливість їх настання, є особою не менш суспільно небезпечною, ніж той, хто передбачав і бажав конкретного наслідку [І. Горелік].

Проте, на нашу думку, мова йде не про суспільну небезпечність винного, який вчиняє злочин з прямим чи непрямим умислом, важливим є встановлення умислу на заподіяння конкретного наслідку. Так, суб'єктивна сторона умисного вбивства характеризується виною у формі умислу, а замах на вбивство може бути вчинено лише з прямим умислом. Таким чином, особа, яка має намір спричинити смерть іншій особі, може діяти тільки з прямим умислом.

Наприклад, потерпілому нанесені ножові поранення, і він лежить без свідомості, при цьому винний вважає, що жертва вже мертва, проте у зв'язку наданою медичною допомогою потерпілим залишається живим. В даному випадку дії винного слід кваліфікувати як замах на вбивство, оскільки відрізок часу між задуманим наслідком та настанням реального наслідку дозволяє нам розмежувати та кваліфікувати дії винного за спрямованістю умислу, тобто відповідно до бажаного наслідку, а наслідок не настав з причин, що не залежали від волі винного.

Підсумовуючи вищенаведене, варто відзначити основну відмінність замаху на злочин за кримінальним законодавством України та Республіки Польщі: згідно з КК України замах на злочин може бути вчинено лише з прямим умислом, відповідно ж до КК Республіки Польщі замах на злочин може бути вчинено як з прямим, так і з непрямим умислом.

Спільною ознакою замаху на злочин за кримінальним законодавством обох держав є діяння, яке безпосередньо спрямоване на вчинення злочину. При встановленні критерію безпосередності можна зіткнутися з труднощами – безпосередність спрямовану на вчинення діяння можна встановити лише у зв'язку з конкретним забороненим діянням, оскільки та сама поведінка до одного злочину може бути готуванням, а до іншого замахом.

Поведінка, яка спрямована на вчинення забороненого діяння, як ознака замаху на злочин, законодавчо закріплена в кримінальному законодавстві України: «...діяння безпосередньо спрямоване на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК України...», а також і в КК Республіки Польщі «...особа, яка з наміром вчинити заборонене діяння скеровує свої дії безпосередньо на його виконання...».

Таким чином, це спільна ознака, яка визначає поняття замаху на злочин, відрізняє його від інших стадій вчинення злочину, а також є визначальною при визначенні форми та виду вини замаху на злочин. Аналізуючи вказану ознаку, яка в кримінальному праві України та Польщі є визначальною, спільним на наш погляд, є те, що діяння, яке безпосередньо спрямоване на вчинення злочину, в першу чергу, відмежовує стадію замаху на злочин від готування до злочину. Стадія готування завжди створює умови до безпосереднього вчинення злочину. Стадія замаху вже є тим безпосереднім вчиненням злочину. Вчинення діяння безпосередньо спрямованого на вчинення злочину підтверджує вчинення суспільно небезпечного діяння винним лише з прямим умислом. В науці кримінального права Республіки Польщі дана ознака визначається лише з об'єктивної сторони і тому не потрібно ототожнювати «безпосереднє вчинення злочину» з безпосереднім (прямим) умислом.

Порівнюючи поняття та ознаки замаху на злочин за кримінальним законодавством України та Республіки Польщі, можна визначити основні ознаки замаху на злочин, які є спільними в теорії кримінального права обох країн. До об'єктивних ознак слід віднести: діяння, яке безпосередньо спрямоване на вчинення злочину, та недоведення злочину до кінця. Підходи щодо визначення замаху на злочин за цими ознаками в теорії кримінального права України та Республіки Польщі є однаковими, відмінним лише є те, що в законодавстві України обов'язковим є встановлення причин недоведення злочину до кінця, які не залежать від волі винного.

Концептуально різні підходи визначення замаху на злочин стосуються суб'єктивних ознак, а саме визначення виду умислу замаху на злочин лише з прямим умислом за КК України, і з прямим та непрямим умислом замаху на злочин за КК Республіки Польща. На нашу думку, в КК України визначення замаху на злочин виключно з прямим умислом видається більш правильним, на відміну від визначеного в КК Республіки Польща поняття замаху на злочин, яке включає і непрямий умисел на стадії замаху. Вчиняти замах можна лише на те, чого бажаєш, тобто вчинення діяння безпосередньо спрямованого на вчинення конкретного злочину. У випадку вчинення діяння з непрямим умислом винний не спрямовує свої дії на досягнення конкретного наслідку, він не бажає, але свідомо допускає настання одного або декількох альтернативних наслідків.

МЕЖІ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

Васи́лаш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 65 Кримінального кодексу України (далі КК України), суд призначає покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Беручи до уваги положення, зазначеної загальної засади призначення покарання, ряд вчених-криміналістів вважають, що суд, призначаючи покарання, зобов'язаний призначити його у межах між мінімумом і максимумом покарання, яке зазначене у санкції статті Особливої частини КК. Так, Л.А. Прохоров вважає, що чітко установлений законом мінімум і максимум покарання є гарантією дотримання законності і зобов'язує суд, за наявності різних обставин вчинення того чи іншого злочину, призначити покарання в межах, визначених законодавцем і чітко зазначених у статті Особливої частини КК. Призначення судом додаткового покарання, не передбаченого в санкції статті, прихильники цієї точки зору не вважають виходом за її межі. Цієї ж позиції дотримується М.А. Скрябін, М.Н. Становський. Однак, більшість науковців вважають, що зводити межі призначення покарання до меж санкцій не відповідає положенням чинного КК. Зокрема, А.В. Іщенко зазначає, що зводити межі призначення покарання тільки до меж санкції, означало б суттєво обмежити арсенал кримінально-правових засобів впливу на особу, винну у вчиненні конкретного злочину. Орієнтування суду тільки на санкцію статті, як зазначає далі автор, не дає правильної і вичерпної уяви про призначення покарання.

Безперечно, що у більшості випадках санкція статті Особливої частини, не може дати повне уявлення про можливі кримінально-правові засоби, які суд може застосувати до особи, яка вчинила злочин. Так, аналізуючи санкції статей Особливої частини КК України, можна замітити, що у жодній із них законодавець не зазначив такого додаткового покарання, як позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, передбаченого ст. ст. 51, 54 КК України. Дане покарання, як зазначається у абз. 3 п.15 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 7 із змінами, внесеними від 10 грудня 2004 р., 12 червня 2009 р., 6 листопада 2009 р., "Про практику призначення судами кримінального покарання", як додаткове покарання у санкціях норм Особливої частини КК не зазначається, однак відповідно до ч.2 ст.52 і ст.54 КК це покарання може бути призначене судом лише щодо осіб, які засуджені за тяжкі чи особливо тяжкі злочини. Крім цього, як зазначається в абз. 2 п. 17 вказаної постанови Пленуму Верховного Суду України, суд може призначити, посилаючись на ст.55 КК України і таке додаткове покарання, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, навіть якщо воно і не зазначене у санкції статті Особливої частини КК. Як бачимо, у зазначених випадках, передбачені санкцією статті Особливої частини кримінально-правові засоби є вужчими, ніж можливість їх застосування судом, з урахування положень Загальної частини КК України.

Слід відмітити, що межі призначення покарання стосовно деяких категорій засуджених є вужчими у порівнянні із межами санкцій. Так, відповідно до положення деяких статей Розділу X Загальної частини КК України, що визначають умови застосування окремих видів покарань, суд може бути обмежений у виборі тих чи інших видів покарань, установлених у санкції статті Особливої частини КК. Так, відповідно до ч.3 ст.56 КК України громадські роботи не призначаються особам, визнаним інвалідами першої або другої групи, вагітним жінкам, особам, які досягли пенсійного віку, а також військовослужбовцям строкової служби. Відповідно до ч.2 ст. 57 КК України виправні роботи не застосовуються до вагітних жінок та жінок, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, до непрацездатних, до осіб, що не досягли шістнадцяти років, та тих, що досягли пенсійного віку, а також до військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, працівників правоохоронних органів, нотаріусів, суддів, прокурорів, адвокатів, державних службовців, посадових осіб органів місцевого самоврядування. Арешт, відповідно до

ч.3 ст.60 КК України, не застосовується до осіб віком до шістнадцяти років, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до семи років. Обмеження волі не застосовується до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до чотирнадцяти років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та до інвалідів першої і другої групи (ч.1 ст.61 КК). Довічне позбавлення волі, відповідно до ч.2 ст.64 КК України, не застосовується до осіб, що вчинили злочини у віці 18 років і до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були у стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку. Межі призначення покарання до зазначених вище категорій осіб без сумніву є вужчими, ніж межі покарання, які зазначаються законодавцем у санкціях статей Особливої частини КК. Тому, призначаючи покарання зазначеним особам, суд визначатиме межі покарання із врахуванням вимог не тільки п.1 ч.1 ст.65 КК, але й з урахуванням положень зазначених вище статей Загальної частини КК України. Саме у такий спосіб, відповідно до п.2 ч.1 ст. 65 КК України, і повинен призначати покарання суд. Подібна ситуація має місце і у випадку застосування судом при призначенні покарання неповнолітнім особам, положень статей 99-100 КК України, які визначають особливості призначення неповнолітнім таких видів покарань як штраф, громадські роботи, виправні роботи, арешт та позбавлення волі на певний строк. Ці норми встановлюють менші розміри покарань, ніж ті, які передбачені у розділі Х “Покарання і його види”. Так, у ст.101 КК України передбачено, що арешт як міра кримінального покарання призначається неповнолітнім, яким на момент постановлення вироку вже виповнилося 16 років, строком від 15 до 45 діб. Як бачимо, тривалість арешту для неповнолітніх, порівняно із дорослими засудженими, істотно зменшена. Межі призначення покарання у зазначеному випадку, як бачимо, також не співпадатимуть з межами санкції статті Особливої частини КК.

Разом з тим, аналіз санкцій статей Особливої частини КК дає підставу для висновку, що суд у окремих випадках при призначенні покарання позбавлений можливості не тільки визначити межі призначення покарання, але й призначити будь-яке покарання, що зазначено у санкції статті Особливої частини КК. Так санкції ч.1 ст.259 та ч.1 ст.296 КК України передбачають покарання у виді штрафу від п'ятисот до тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян або арешту на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років. За вчинення цих злочинів неповнолітнім віком від 14 до 16 років, який не має самостійного доходу, власних коштів чи майна, суд не може призначити покарання в межах санкції зазначених статей. Адже відповідно до ч.1 ст.99 КК України штраф застосовується лише до неповнолітніх, які мають самостійний дохід, власні кошти або майно, на яке може бути звернене стягнення. Арешт, як зазначається у ст. 101 КК України, застосовується до неповнолітнього, який досяг 16 років, а обмеження волі, відповідно до переліку покарань, що закріплені у ст.98 КК України, до таких осіб не застосовується.

Вихід із подібних ситуацій, які мають місце у судовій практиці, запропоновано у постанові Пленуму Верховного Суду України № 5 від 16 квітня 2004 року “Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх”. У п.18 вказаної постанови Пленуму Верховного Суду України зазначається, що якщо санкцією закон, за яким засуджується неповнолітній, передбачено лише такі види покарань, які з огляду на вік підсудного чи його стан не можуть до нього застосовуватися, суд звільняє його від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру, або відповідно до ст.7 КПК закриває справу і звільняє його від кримінальної відповідальності, або постановляє вирок і звільняє засудженого від покарання. Аналогічна рекомендація запропонована Пленумом Верховного Суду України і абз.7 п.8 постанови № 7 від 24 жовтня 2003 року із змінами, внесеними від 10 грудня 2004 р., 12 червня 2009 р., 6 листопада 2009 р., “Про практику призначення судами кримінального покарання”.

Погодитися із таким рекомендаціями Пленуму Верховного Суду України важко з огляду на наступне.

По-перше, закриття справи у вказаному випадку на підставі ст. 7 КПК України і звільнення особи від кримінальної відповідальності, як запропоновано у постанові Пленуму Верховного суду України є не законним, оскільки відсутні підстави для такого звільнення. Як зазначається у ч.1 ст. 7 КПК України, суд вправі звільнити підсудного від кримінальної відповідальності коли буде визнано, що на час розгляду справи у суді внаслідок зміни обста-

новки вчинене особою діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною. Однак, вважати неможливість суду призначити покарання неповнолітньому через відсутність у санкції виду покарання, який може бути йому призначений, навряд чи можна вважати саме такою обставиною.

По-друге, відповідно до ч.1 ст.97 КК України підставою звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру є можливість виправлення неповнолітнього без застосування покарання, а не відсутність можливості призначити йому покарання. А якщо з урахуванням всіх обставин справи виправлення неповнолітнього не можливе без призначення покарання, то як бути суду у такому випадку?

По-третє, у п.18 та п.8 вказаних постанов Пленуму Верховного Суду України зазначається, що суд може постановити у наведеній ситуації обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання. Однак для звільнення особи від кримінального покарання повинні бути у наявності підстави, передбачені КК, які у вказаному випадку відсутні. Крім цього, щоб звільнити особу від покарання, спочатку необхідно його призначити, вказавши про це у резолютивній частині обвинувального вироку. А саме цього у зазначеному випадку суд зробити не може.

По-іншому до вирішення даної проблеми пропонують підходити В.І. Тютюгін та О.В. Євдокимова. Так, В.І. Тютюгін пропонує доповнити ст.103 КК новим положенням, відповідно до якого надати право суду призначити неповнолітньому покарання більш м'яке, ніж передбачено санкцією, у випадку, якщо закріплені у санкції види покарання не можуть бути призначенні неповнолітньому чи може бути призначений лише один, найбільш суворий вид покарання з числа тих декількох, які альтернативно передбачені нею. На думку О.В. Євдокимової, КК України необхідно доповнити ст. 69-2, в якій передбачити, право суду призначити у таких випадках інший більш м'який вид основного покарання, не передбачений у санкції статті за цей злочин. Однак, зазначені пропозиції викликають певні зауваження. Як видається, без внесення відповідних змін до ч.1ст. 65 та ч.1 ст.69 КК України використання зазначених пропозицій є неможливим, оскільки знаходитимуться в колізії.

Відповідно до частини 3 та 4 ст. 65 КК України, суд за наявності підстав, передбачених ст. ст. 69, 70, 71 КК України, може вийти за межі санкції статті Особливої частини і призначити покарання більш м'яке або більш суворе. Однак, слід мати на увазі, що крім зазначених випадків, коли суд може призначити більш м'яке або більш суворе покарання, у Загальній частині КК України передбачені ще інші спеціальні правила призначення покарання. До таких слід віднести правила, що передбачені ч.2, 3 ст.68 та ст. 69-1 КК України. Відповідно до ч.2, 3 ст. 68 КК України за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру покарання найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, а за вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Як зазначається у ст. 69-1 КК України, суд, призначаючи покарання винній особі, за наявності підстав, зазначених у даній статті, не може призначити винній особі 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. Неважко замітити, що спеціальні правила призначення покарання, які закріплені і у ч. 2 і 3 ст. 68 КК України, так і у ст. 69-1 зазначеного кодексу, звужують межі призначення покарання, у межах яких суд повинен визначити конкретний строк (розмір) покарання, особі, яка вчинила злочин.

Встановивши формалізовані верхні межі покарання за готування до злочину чи за замах на злочин у ч. 2, 3 ст. 68 КК, законодавець не врахував конструкцій окремих санкцій статей Особливої частини КК, що призвело до того, що в окремих випадках призначення покарання за вчинення готування до злочину, половина максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією (санкцією частини статті) Особливої частини КК, чи дві третини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, є нижчими мінімальної межі зазначених покарань або рівними з нею. Наприклад, за вчинення замаху на

державну зраду у формі шпигунства суд, призначаючи покарання винній особі, з урахуванням положень ч. 3 ст. 68 КК, може призначити тільки 10 років позбавлення волі, що відповідає нижній межі, зазначеного у санкції покарання. Призначаючи покарання винній особі у даному випадку, суд, як бачимо, позбавлений можливості як індивідуалізації покарання, так і реалізації загальних засад призначення покарання, оскільки встановлені в ч. 2, 3 ст. 68 КК межі покарання привели до трансформації даної санкції із відносно-визначеної у абсолютно-визначену. Важко чимось пояснити, що, призначаючи покарання за готування до вчинення крадіжки у великих розмірах, суд повинен, враховуючи положення ч. 2 ст. 68 КК, призначити винній особі покарання не більше 4 років позбавлення волі, тоді, коли санкція ч. 4 ст. 185 КК передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від 5 до 8 років. Без сумніву, що при такому підході положення ч. 2, 3 ст. 68 КК потребують змін. Дане проблемне питання може бути вирішене або шляхом зміни розміру визначеної межі покарання, шляхом її збільшення, тобто за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, а за вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати трьох четвертих строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, або встановлення і нижньої межі покарання, нижче якої суд не може призначити покарання.

ВРАХУВАННЯ СУДОМ ФОРМ (ВИДІВ) ГОТУВАННЯ ДО ЗЛОЧИНУ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ ЗА ЙОГО ВЧИНЕННЯ

Гуменюк Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цілеспрямована діяльність людини доволі часто вимагає ретельної своєї підготовки. Не становить з цього винятку й така її частина як умисна злочинна діяльність. Створення сприятливих умов полегшує або, навіть, тільки й уможливорює вчинення того чи іншого злочину. Тому з метою запобігання досягненню бажаного для особи кінцевого злочинного результату, законодавець передбачає та формулює умови кримінальної відповідальності особи уже за сам факт безпосередньої підготовки до вчинення злочину, об'єктивно вираженої у конкретній поведінці, й тим самим, визнаючи саму таку поведінку, у випадку її перерваності, самостійним злочином – готуванням до злочину.

Відповідно до ст. 16 Кримінального кодексу України (далі – КК України), кримінальна відповідальність за готування до злочину настає за статтею 14 і за тією статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин. Тобто, незважаючи на те, що при готуванні до злочину, сам цей злочин, до якого особа готується, ще не вчиняється (і на відміну від замаху, навіть не починається виконання його об'єктивної сторони), втім, саме в «орбіті» кримінальної відповідальності закінченого злочину законодавець зобов'язує правозастосувача визначати параметри кримінальної відповідальності за вчинення готування.

Виходячи саме із вищенаведеної візії законодавчого вирішення проблеми кримінальної відповідальності за вчинення готування до злочину, вважаємо, у цьому контексті, актуальними для з'ясування питання, щодо впливу на визначення таких параметрів кримінальної відповідальності за готування – об'єктивної сторони власне самого готування, тобто тих дій чи бездіяльності, у яких конкретно знайшло своє зовнішнє вираження діяння зі створення умов для вчинення задуманого злочину. А зважаючи на те, що найбільш репресивною для особи, з одного боку, та найбільш «рельєфною» (увираженою) для правозастосувача, з другого боку, формою реалізації кримінальної відповідальності виступає покарання, тому зупинимось на проблемах врахування судом форм (видів) готування до злочину саме при призначенні покарання за його вчинення.

Формами чи видами (в залежності від того, до яких визначень, що подаються різними вченими-криміналістами, пристати) готування до злочину, згідно із ч. 1 ст. 14 КК України, є: 1) підшукування засобів для вчинення злочину; 2) підшукування знарядь для вчинення злочину; 3) пристосування засобів для вчинення злочину; 4) пристосування знарядь для вчинення злочину; 5) підшукування співучасників для вчинення злочину; 6) змова на вчинення злочину; 7) усунення перешкод для вчинення злочину. А також формами готування до злочину є зовнішнє вираження діяльності особи з умисного створення умов для вчинення злочину через будь-які інші, відмінні, але однорідні із вищепереліченими, її дії чи бездіяльність. Такі, як їх називають, непоіменовані форми готування, хоч і не складають застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією, оскільки КК України прямо передбачає відповідальність за будь-яке інше умисне створення умов для вчинення злочину, проте, все ж таки, постають доволі сумнівними з точки зору їх відповідності такій складовій принципу верховенства права як правова визначеність, головним чином, через «каучуковість» свого формулювання.

Незважаючи на усю різноманітність форм (видів) готування, законодавець проте, не вбачає у цьому достатньої підстави для встановлення диференційованого підходу у питанні караності та, зокрема, правилах призначення покарання за його вчинення. Формально-юридично, це означає, що потенційна караність безпосередньо тих діянь, які утворюють собою власне готування як таке (безвідносно до задуманого злочину) є завжди однаковою, незалежно від конкретних своїх проявів. Тобто, немає значення, наприклад, чи мало місце підшу-

кування знаряддя, а чи мала місце змова на вчинення злочину, – значення має тільки те, для вчинення якого злочину було вчинено таке підшукування знаряддя чи вчинено таку змову. А це, у свою чергу, з урахуванням того, що КК України, як вже зауважувалось, не містить окремої санкції за вчинення готування, а визначає караність готування у межах караності відповідного задуманого закінченого злочину, дозволяє умовно структурувати караність конкретно вчиненого готування до злочину на караність об'єктивної сторони власне готування як самостійного злочину (хоч величину цієї караності можна визначати теж лише умовно, однак необхідність її самостійного виокремлення вбачаємо в спільності та однорідності об'єктивної сторони для всіх готувань до якого б то не було злочину), та караність наміру (умислу) щодо вчинення відповідного закінченого злочину, передбаченого Особливою частиною КК України. І, оскільки існує диференціація кримінальної відповідальності за вчинення закінчених злочинів, то лише за караністю наміру щодо вчинення задуманого закінченого злочину відбувається реальна диференціація кримінальної відповідальності загалом, та покарання зокрема, за готування до злочину. На практиці це виглядає так, що, якщо особа придбала ніж з метою вчинення розбою (ч. 1 ст. 187 КК України), то їй загрожуватиме покарання від трьох до трьох з половиною років позбавлення волі, але якщо ж вона точно так же придбає цей же ніж з метою вчинення вбивства (ч. 1 ст. 115 КК України), то покарання у виді позбавлення волі їй загрожуватиме вже на строк від семи до семи з половиною років. І треба відзначити, що питання правильності чи неправильності вищенаведеного підходу законодавця, що передбачає надання такої ваги одному лише наміру (умислу) в структурі караності готування до злочину, потребує ще свого окремого дослідження.

Відтак, відмінності між конкретними формами вчинення готування до злочину необхідно оцінювати суду лише у площині засобів індивідуалізації покарання. Так, згідно із ч. 1 ст. 68 КК України, при призначенні покарання за незакінчений злочин суд, керуючись положеннями про загальні засади призначення покарання, обставини, які пом'якшують та обтяжують покарання, враховує ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. З-поміж перелічених критеріїв призначення покарання за готування до злочину як одного із видів незакінченого злочину, на підставі яких відбувається врахування форм готування до злочину, у науковій літературі вказують на два критерії, а саме на ступінь здійснення злочинного наміру та ступінь тяжкості злочину.

Однак, вважаємо справедливою критику тих науковців, які ставлять під сумнів позицію щодо можливості врахування форм готування через такий критерій призначення покарання як ступінь здійснення злочинного наміру. Так, зокрема, Є. В. Благов, зазначає, що те, у чому виразились підготовчі дії, яка ретельність їх підготовки і значущість подібних дій, характеризують не ступінь здійснення злочину, а шкідливість діяння, тобто ступінь суспільної небезпеки злочину, що належить не до спеціальних, а до загальних засад призначення покарання. Більше того, вважаємо, що сумнівною є не лише позиція щодо врахування форм готування до злочину при призначенні покарання за його вчинення через критерій ступеня здійснення злочинного наміру, а сумнівною, загалом, є й сама доцільність виділення як самостійного такого критерію при призначенні покарання, власне, за готування до злочину. Видається, що під ступенем реалізації злочинного наміру як окремого критерія при призначенні покарання за незакінчений злочин треба розуміти лише ті юридично значимі етапи розвитку злочинної діяльності особи із вчинення конкретного задуманого закінченого злочину, на яких цей розвиток було перервано поза волею особи. Тобто, по суті своїй, ступінь реалізації злочинного наміру особи відображає сам вид незакінченого злочину, що означає, зокрема, що при призначенні покарання за готування до злочину суд повинен враховувати, що покарання призначається власне за готування. І якщо такий підхід ще можна було виправдати в умовах, коли законодавець окремо не передбачав формалізованих правил призначення покарання за готування до злочину, то за чинної правової регламентації, ступінь реалізації злочинного наміру як критерій при призначенні покарання має своє практичне значення лише при призначенні покарання за вчинення замаху, який, як відомо, може бути закінченим або незакінченим.

Якщо ж під ступенем реалізації злочинного наміру при призначенні покарання за готування до злочину розглядати ступінь (обсяг) суб'єктивної та об'єктивної завершеності дій чи

бездіяльності, у яких виразилось конкретне готування, як це пропонує робити Н.В. Маслак, то у такому випадку, нам доведеться вести мову, щонайменше у теоретичному аспекті, і про замах на готування до злочину, і про готування до готування до злочину, але вже із усіма практичними наслідками, що з цього випливають, зокрема, й у питаннях призначення покарання за таке незавершене готування до злочину. Проте, навряд чи такий підхід був би правильним.

Отже, на наше переконання, єдиним критерієм, що передбачає собою врахування форм готування як таких при призначенні покарання за його вчинення, виступає ступінь тяжкості злочину, тобто ступінь тяжкості вчиненого готування як самостійного незакінченого злочину (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України).

Конкретна ж оцінка тієї чи іншої форми вчинення готування до злочину з точки зору її впливу на ступінь його тяжкості, а відтак й на призначуване покарання за готування, повинна відбуватися не лише за визначенням конкретної форми, але й за її якісними та кількісними параметрами, подібно до того, як Є.В. Благов пропонує це робити щодо врахування обставин (причин) через які злочин не було доведено до кінця. Окрім того, треба зауважити, що більш вищий ступінь тяжкості готування вчиненого в одній формі відносно готування, вчиненого в іншій, ще не означає, що таке готування становитиме злочин з більш вищим ступенем тяжкості у порівнянні із готуваннями, вчиненими в усіх інших можливих формах.

Так, за своїм визначенням, готування до злочину, яке виразилось у змові на вчинення конкретного закінченого злочину, є злочином більш вищого ступеня тяжкості, ніж готування до цього ж злочину, яке з об'єктивної сторони полягало у підшукуванні співучасників, і відповідно, за умови рівності усіх інших обставин, заслуговує більш суворішого покарання. Аналогічно, готування до злочину, вчинене у формі, що становить самостійний закінчений злочин (наприклад, незаконне придбання вогнепальної зброї для вчинення вбивства) є злочином більш вищого ступеня тяжкості, ніж готування до цього ж злочину, яке з об'єктивної сторони виразилось у діянні, що саме по собі не утворює складу злочину, і, як і в першому випадку, за умови рівності усіх інших обставин, заслуговує більш суворішого покарання. Таким же чином, на нашу думку, слід вирішувати співвідношення готування до злочину у формі підшукування знарядь та у формі підшукування засобів, оскільки якщо засоби лише полегшують вчинення злочину, то без знарядь, в такому випадку, вчинення злочину взагалі неможливе. А за такою ж аргументацією, готування до злочину у формі усунення перешкод, як правило, становить злочин з більш вищим ступенем тяжкості порівняно із тими готуваннями до цього ж злочину, що вчинені у формі, які за своєю суттю лише полегшують вчинення задуманого злочину. Аналогічно, готуванням до злочину більш вищого ступеня тяжкості треба визнавати готування у формі пристосування знарядь для вчинення злочину, порівняно із готуванням у формі пристосування засобів, а готування у формі пристосування, чи то знарядь, чи то засобів, – порівняно із підшукуванням тих же знарядь чи засобів.

Щодо якісних параметрів оцінки форм готування при призначенні покарання за його вчинення, то насамперед, слід вести мову про згадані види т.зв. закінченого та незакінченого готування. Так, зокрема, виходячи із того, що готування у всіх поіменованих формах, передбачених у ч. 1 ст. 14 КК України, за винятком змови на вчинення злочину, сформульовані у недоконаному виді, то відповідно злочинами з більш вищим ступенем тяжкості виступатимуть ті готування, об'єктивна сторона яких була виконана повністю, і відповідно, за вчинення яких повинно призначатися більш суворе покарання. Серед інших якісних параметрів оцінювання об'єктивної сторони власне готування до злочину, незалежно від конкретного діяння через яке воно знайшло своє зовнішнє вираження, які впливають на визначення ступеня тяжкості конкретного готування та відповідно призначення за нього покарання, за умови рівності усіх інших обставин, необхідно також виділити величину затрат матеріальних, часових та людських ресурсів, понесених особою при вчиненні готування до злочину – чим вони вищі (більші), тим більш вищим за ступенем тяжкості є готування до злочину, і тим більш суворіше покарання має бути призначене судом за його вчинення.

Значно простіше вирішувати питання щодо врахування форм готування при призначенні покарання за його вчинення, якщо йдеться про оцінювання їх кількісних параметрів. Так, у будь-якому випадку, готуванням до злочину з більш вищим ступенем суспільної небезпеки, а відповідно й таким, що тягне за собою призначення більш суворішого покарання, необхідно

визнавати таке готування, яке виразилось у вчиненні діянь, що поєднують у собі більшу кількість самостійних форм готування.

Очевидно, що розглянутими проблемами далеко не вичерпується вся складна проблематика питання врахування судом форм готування до злочину при призначенні покарання за його вчинення, і, очевидно, потребує ще свого подальшого опрацювання. Однак, зважаючи на їхнє значення для правозастосовної практики, дослідження у цьому напрямку повинні слугувати добрим початком у пошуках шляхів удосконалення не лише цієї практики, а й, безпосередньо, законодавчої регламентації правил призначення покарання за готування до злочину.

ІНСТИТУТ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У РІШЕННЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Денькович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із ключових інститутів у кримінальному праві є інститут кримінальної відповідальності. Ні КК 1960 року, ні КК 2001 року змісту поняття кримінальна відповідальність не розкривають. У доктрині кримінального права єдиного розуміння вказаного поняття поки не вироблено. Позиції науковців щодо розуміння поняття кримінальної відповідальності різняться у залежності від підтримки певної концепції (позитивної, потенційної або ретроспективної) кримінальної відповідальності. Окрім того у межах згадах концепцій розвиваються окремі напрями та підходи до пояснення суті кримінальної відповідальності.

З огляду на вказане не дивно, що питання щодо тлумачення окремих аспектів кримінальної відповідальності (зокрема, моменту настання кримінальної відповідальності та притягнення до неї) ставилися перед КС України з боку суб'єктів права на конституційне подання та звернення. Слід зауважити, що такі звернення були продиктовані не лише практичною необхідністю в офіційній інтерпретації поняття кримінальної відповідальності, але й певними політичними мотивами, оскільки питання щодо змісту кримінальної відповідальності виникали з приводу притягнення до неї народних депутатів чи встановлення меж недоторканності Президента України.

У результаті дослідження практики діяльності КС України визначено рішення, у яких орган конституційного контролю висловив правові позиції щодо поняття кримінальної відповідальності, а саме рішення від 09.02.1999 року № 1-рп/99 (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів), рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність), рішення від 19.04.2000 року № 6-рп/2000 (справа про зворотну дію кримінального закону в часі), рішення від 30.05.2001 року № 7-рп/2001 (справа про відповідальність юридичних осіб).

Не наводячи дефініції поняття «кримінальна відповідальність», у цих правових позиціях КС України називає або розкриває зміст її ознак. Більшість із цих правових позицій викладені у рішенні від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність).

Здійснивши аналіз правових позицій, які містяться у вказаних рішеннях, вважаємо, що ознаками кримінальної відповідальності КС України назвав наступні: 1) *кримінальна відповідальність передбачає офіційну оцінку відповідними державними органами поведінки особи як злочинної* (абз. 3 п. 2 мотивувальної частини рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність));

2) *підставою кримінальної відповідальності є наявність у діяннях особи складу злочину, передбаченого кримінальним законом* (абз. 3 п. 2 мотивувальної частини рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність)). Тобто КС України акцентував на наявності двох умов як підстав кримінальної відповідальності: 1) наявність діяння особи; 2) наявність у такому діянні складу злочину.

Незважаючи на те, що ця правова позиція сформульована у період дії КК 1960 року, вона повністю узгоджується з чинним кримінальним законодавством, оскільки у ч. 1 ст. 2 КК України визначено, що підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

Однак такий підхід до підстав кримінальної відповідальності використовувався органом конституційного контролю не у всіх рішеннях.

Так, у абз. 6 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 30.05.2001 року № 7-рп/2001 (справа про відповідальність юридичних осіб), КС України зазначив, що «виключно законами України мають врегульовуватись ... підстави кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності - діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями (основні ознаки правопорушень, що утворюють їх склад)...».

Із такого формулювання правової позиції, зокрема із уточнення у дужках, слідує, що у даному випадку під поняттям «діяння, яке є злочином» орган конституційного контролю розуміє не вчинене конкретною особою діяння, яке містить ознаки складу злочину, а самі ознаки, що утворюються склад злочину. КС України фактично сам це визнає, називаючи склад правопорушення підставою притягнення до кримінальної відповідальності (абз. 7 п. 2 мотивувальної частини того ж Рішення). Таким чином підставою кримінальної відповідальності у згаданому вище рішенні названо ознаки складу злочину.

Отже, у одному випадку підставою кримінальної відповідальності орган конституційного контролю називає вчинення особою діяння, яке містить ознаки складу злочину, передбаченого КК, у іншому – сам склад злочину. Видається, що така неузгодженість відображає тенденції доктрини кримінального права, у якій підтримується як одна, так і інша концепція.

Більш обґрунтованою, на нашу думку, є перша із наведених правових позицій, оскільки вона узгоджується не лише з чинним КК України, але й з іншими ознаками кримінальної відповідальності.

Перш за все, висновок про те, що підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою діяння, яке містить ознаки складу злочину, передбаченого КК, впливає із розуміння кримінальної відповідальності як такої, що має індивідуальний характер, а тому може наставати лише стосовно конкретної особи за конкретний злочин та застосовуватись на підставі винесеного щодо особи обвинувального вироку. Натомість склад злочину не містить прив'язки до обставин конкретного діяння чи особи. Визнання підставою кримінальної відповідальності складу злочину фактично означає можливість накладення на особу обов'язку нести кримінальну відповідальність не за вчинення злочину, а за факт існування складу злочину як такого.

По-друге, кримінальна відповідальність передбачає офіційну оцінку відповідними державними органами поведінки особи як злочинної. Тобто саме злочинна поведінка особи, а не сам склад злочину, зумовлює необхідність реагування державних органів шляхом притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності.

Тлумачний словник української мови визначає підставу як те головне, на чому базується, ґрунтується що-небудь; те, чим пояснюються, виправдовуються вчинки, поведінка і т. ін. кого-небудь. Саме вчинення злочину, а не наявність складу злочину, є тим фактом, на підставі якого органи державної влади отримують повноваження щодо притягнення особи до кримінальної відповідальності. До вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України, вказані органи таких повноважень не мають.

По-третє, як вказувалось вище, визнання підставою кримінальної відповідальності вчинення особою діяння, яке містить ознаки складу злочину, передбаченого кримінальним законом, узгоджується із положеннями ч. 1 ст. 2 КК України.

3) *в кінцевому підсумку, як правило, кримінальна відповідальність полягає в застосуванні до особи, що вчинила злочин, конкретних кримінально-правових заходів примусового характеру через обвинувальний вирок суду* (абз. 3 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність)). Вживання термінологічного звороту «як правило» свідчить, що на думку органу конституційної юстиції кримінальна відповідальність не у всіх випадках полягає у застосуванні кримінально-правових заходів примусового характеру, що підтверджено у іншому рішенні (абз. 4 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 09.02.1999 року № 1-рп/99). Отже, з примусом пов'язані не всі, а лише окремі форми кримінальної відповідальності. Зокрема КС України вважає, що покарання є тією формою кримінальної відповідальності, яка пов'язана з примусом (абз. 3 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність));

4) *кримінальна відповідальність може мати не лише форму покарання. За вироком суду вона може зводитись тільки до осуду особи, яка вчинила злочин, і звільнення її від покарання* (частина друга статті 50 КК України), особу може бути засуджено умовно чи з відстрочкою виконання вироку (статті 45, 46, 46-1 КК України) (статті за КК 1960 року – прим. О.Д.) (абз. 3 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність)). Отже, іншою формою кримінальної відповідальності, не пов'язаною з примусом, є осуд особи, яка вчинила злочин. З цієї правової позиції випливає також, що поняття кримінальної відповідальності та покарання не є тотожними. Застосування покарання для на-

стання кримінальної відповідальності не є обов'язковим, а тому невірним є висловлене А. Ю. Строган твердження про те, що вчинення злочину завжди пов'язане з відповідним покаранням. Кримінальна відповідальність настає і у випадках звільнення від покарання чи його відбування.

5) *кримінальна відповідальність настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду* (п. 1.1 резолютивної частини Рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність). Тому сам факт порушення кримінальної справи щодо конкретної особи, затримання, взяття під варту, пред'явлення їй обвинувачення не є кримінальною відповідальністю;

6) *кримінальна відповідальність, як і форми притягнення до юридичної відповідальності, визначаються та встановлюються законами, зокрема кримінальним та кримінально-процесуальним* (абз. 3 п. 3 мотивувальної частини Рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність). У своїх інших правових позиціях КС України неодноразово наголошував на тому, що відповідальність за вчинення злочинів встановлюється виключно законом, зокрема лише кримінальним (наприклад, абз. 3 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 09.02.1999 року № 1-рп/99 (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) та абз. 2 п. 3 мотивувальної частини Рішення від 19.04.2000 року № 6-рп/2000 (справа про зворотну дію кримінального закону в часі), та не може бути предметом регулювання підзаконними нормативно-правовими актами (п. 1.1 резолютивної частини Рішення від 30.05.2001 року № 7-рп/2001 (справа про відповідальність юридичних осіб);

7) *юридична відповідальність особи має індивідуальний характер* (абз. 6 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 30.05.2001 року № 7-рп/2001 (справа про відповідальність юридичних осіб). Це означає, що кримінальна відповідальність повинна наставати щодо конкретної особи і за конкретний злочин.

Отже, аналіз правових позицій КС України щодо інституту кримінальної відповідальності дає підстави для висновку, що кримінальна відповідальність тлумачиться ним у розумінні концепції ретроспективної кримінальної відповідальності, яка на даний момент є домінуючою в доктрині кримінального права. Згідно із висновками КС України кримінальна відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, особливим елементом у механізмі кримінально-правового реагування держави щодо особи, яка вчинила злочин, особливим правовим інститутом, у межах якого здійснюється реагування держави на вчинений злочин (абз. 1, 2 п. 2 мотивувальної частини Рішення від 27.10.1999 року № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність). Надавши загальнообов'язковості саме цій концепції, КС України ще раз довів, що у своїй діяльності єдиний орган конституційної юрисдикції у більшості випадків звертаючись до науки кримінального права використовує усталені наукові підходи, що не викликають гострої критики.

СУБ'ЄКТИВНІ ОЗНАКИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 109 КК УКРАЇНИ

Ільницька С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із обов'язкових елементів складу злочину є його суб'єктивна сторона. Вона є своєрідним внутрішнім проявом злочину і виявляється у психічному ставленні особи до вчинюваного нею злочину. На відміну від об'єктивної сторони вона не може бути безпосередньо сприйнята будь-якою людиною, оскільки відображує процеси, що відбуваються у психіці людини. Належне встановлення ознак суб'єктивної сторони складу злочину сприяє правильному визначенню характеру та ступеня суспільної небезпеки злочину та здійсненню кваліфікації вчиненого діяння, відмежування одних складів злочинів від інших, індивідуалізації кримінальної відповідальності, тощо.

У зв'язку з надзвичайною важливістю правильного встановлення суб'єктивної сторони злочину, найбільший інтерес серед науковців завжди викликало дослідження саме цього елемента складу злочину.

Найбільше дискусій в теорії кримінального права стосується співвідношення суб'єктивної сторони злочину і вини. З цього приводу існує кілька точок зору.

Ряд науковців вважає, що поняття суб'єктивної сторони злочину і поняття вини - це тожні поняття, тобто вина, за своєю суттю, є суб'єктивною стороною злочину. Найбільшим прихильником такої точки зору виступав П. С. Дагель, який стверджував, що «вина являє собою внутрішню, суб'єктивну сторону злочину, психічне ставлення суб'єкта до свого суспільно небезпечного діяння і його наслідків, виражених у злочині». Автор прямо зазначав, що вина являється суб'єктивною стороною злочину, його психологічним змістом. Під психологічним змістом автор розуміє усвідомлення особою фактичного характеру і суспільного значення вчинюваного нею діяння чи відсутність такого усвідомлення, передбачення чи не передбачення суспільно небезпечних наслідків своїх дій, вольове до них відношення, мотиви, якими керувався суб'єкт, вчиняючи злочин, мету, яку ставив перед собою, емоції, які він при цьому відчував, цим самим стверджуючи, що мотиви, мета та емоційний особи стан є складовими поняття вини (П. С. Дагель, Д. П. Котов). Такої ж точки зору притримувались А. А. Піонтковський, Г. А. Крігер та деякі інші, прямо називаючи вину суб'єктивною стороною злочину.

Однак ототожнення вини з суб'єктивною стороною злочину перш за все не відповідає законодавчому визначенню вини, адже відповідно до статті 23 КК України під виною необхідно розуміти психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої КК України, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності. А відтак бачимо, що законодавець розглядає вину як родове поняття умислу та необережності і жодних інших психологічних моментів в поняття вини не включає (О. І. Рагог), а отже і немає підстав визнавати елементами психічного ставлення особи до діяння такі ознаки як мотив, мета та емоційний стан. Як влучно з цього приводу зазначає О. І. Рагог, що оскільки мотив це обумовлене певними потребами свідоме спонукання, яке стимулює суб'єкта до вольової діяльності, то не входить ні в інтелектуальну, ні вольову частину психічного ставлення особи до діяння і його наслідків, хоч і пов'язаний з ними.

Щодо мети, то вона являє собою ідеальну мисленнєву модель майбутнього результату до досягнення якого прагне суб'єкт. Мотиви і мета становлять базу, на якій породжується вина. Вони формуються ще до початку вчинення злочину, на відміну від вини, яка не існує поза злочином, а проявляється лише в момент вчинення злочину. Виникаючи на базі уже існуючих мотивів і мети, вина не включає їх в себе як складові елементи, а лише формує таке психічне ставлення особи до діяння, в якому проявляється сутність вини (О. І. Рагог).

Деякі науковці вважають, що вина ширше поняття, ніж суб'єктивна сторона злочину, яка входить до складу вини поряд з об'єктивними обставинами вчинення злочину. Для прикладу

Ю. А. Демидов зазначав, що вина не може зводитись до якогось елемента складу злочину, хоч би умислу та необережності, чи діяння, взятого з його об'єктивної сторони, а однаково виражається як в об'єктивній, так і суб'єктивній стороні. Такої ж точки зору притримувався і В. П. Малков. Автор вважав, що вина являється основою кримінальної відповідальності та не може бути окремим елементом злочину, а включає всі його елементи і, як така, містить юридичну оцінку вчиненого, тобто з точки зору закону: суб'єкт винний, якщо вчинив злочин і не винний, якщо злочин не вчинив.

Проте в такому разі ми будемо ототожнювати поняття вини, як кримінально-правової категорії, тобто встановлення наявності в діянні особи умислу чи необережності та винності, як категорії кримінально-процесуальної, тобто доказаності самого факту вчинення злочину конкретною особою.

До третьої групи науковців входять ті, які вважають, що суб'єктивна сторона є більш змістовним поняттям, яке включає в себе як вину, так і факультативні ознаки такі як мета, мотив та емоційний стан. Ця позиція видається найбільш обґрунтованою і найбільш поширеною серед науковців.

Відповідно до неї під суб'єктивною стороною необхідно розуміти сукупність юридичних ознак, які відображають психічне ставлення особи до вчинюваного нею злочину. До таких ознак необхідно віднести вину, мету, мотив та емоційний стан.

Конструюючи диспозицію статті 109 КК України законодавець обов'язковими ознаками суб'єктивної сторони називає:

- вину;
- мету вчинення злочину.

При чому мета вчинення злочину, як обов'язкова ознака суб'єктивної сторони складу злочину названа лише у ч. 1 ст. 109 КК України. Мотиви та емоційний стан жодного кримінально-правового значення для цього злочину не мають. Отож розглянемо кожну з обов'язкових ознак складу злочину, передбаченого статтею 109 КК України.

Перш за все, виникає питання з якою формою та видом вини може вчинятися цей злочин. Тому наведемо деякі міркування з цього приводу.

В статті 109 КК України законодавець передбачив кримінальну відповідальність за дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, а також за змову на вчинення таких дій. Вказівка на мету свідчить про те, що злочин може бути вчинений лише умисно. А відтак, оскільки злочин, передбачений статтею 109 КК України може бути вчинений лише умисно, виникає питання з яким видом умислу може вчинятися даний злочин: лише з прямим чи і непрямим також.

Враховуючи велику суспільну небезпеку злочину, передбаченого статтею 109 КК України, законодавець диспозицію статті формулює таким чином, що вже вчинення особою суспільно небезпечного діяння є закінченим злочином, а відтак цей злочин необхідно визнавати злочином з формальним складом.

Як влучно зазначає Шаблистий В. В., оскільки суспільно небезпечні наслідки лежать за межами обов'язкових ознак об'єктивної сторони, а відтак і складу злочину, то особа не могла бажати їх настання. Проте ця обставина не виключає умисної форми вини. Інтелектуальна ознака умислу в таких випадках включає лише усвідомлення суспільно небезпечного характеру свого діяння, а ставлення до наслідків не виникає та й не може виникнути. А ось що стосується вольової ознаки умислу, то вона обмежується лише бажанням вчинення конкретної дії. Таким чином злочин з формальним складом може бути вчинено лише з прямим умислом (Шаблистий В.В.).

Враховуючи все вищезазначене, можна зробити висновок про те, що злочин, передбачений статтею 109 КК України може бути вчинений тільки умисно і тільки з прямим умислом.

Що ж стосується мети вчинення злочину, передбаченого статтею 109 КК України, то нею є насильницька зміна чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади.

Аналізуючи законодавче формулювання можна зробити висновок, що законодавець вживаючи прикметник «насильницька» перед словами зміна, повалення конституційного ладу, захоплення державної влади, які відокремлює розділовим сполучником «чи» та «або», від-

носить його до кожного з цих слів. Це означає, що для того щоб визнавати певне діяння злочином, передбаченим статтею 109 КК України, особа має вчинити це діяння з метою: насильницької зміни конституційного ладу чи насильницького повалення конституційного ладу або насильницького захоплення державної влади.

Отож розглянемо, що означає слово «зміна» і що необхідно розуміти під словосполученням «насильницька зміна».

Тлумачні словники української мови дають таке трактування слова «зміна»:

- перехід, перетворення чого-небудь у щось якісно інше;
- заміна чого-небудь чимось іншим.

Під насильницькою зміною розуміють перехід, перетворення чого-небудь у щось інше, заміна чого-небудь чимось іншим, що здійснюється шляхом насильства, заснована на насильстві чи здійснюється шляхом примусу (Великий тлумачний словник сучасної української мови).

Під насильством необхідно розуміти:

- застосування фізичної сили;
- застосування сили для досягнення чого-небудь; примусовий вплив на когось, щось (Бусел В. Т.);
- застосування грубої фізичної сили або морального тиску (П. М. Мовчан, В. В. Німчук, В. Й. Клічак).

Оскільки під зміною конституційного ладу необхідно розуміти будь-яку зміну чи ігнорування конституційних норм, які визначають найважливіші аспекти функціонування держави та суспільного ладу. То, очевидно, не зовсім доцільно таку зміну визнавати саме насильницькою. Насильницькими можуть бути лише дії, які створюють підґрунтя для самої зміни конституційного ладу, тобто спрямовані на досягнення злочинної мети. А сама мета зміни конституційного ладу має бути не насильницькою, а протиправною.

Метою складу злочину, передбаченого статтею 109 КК України, може бути і насильницьке повалення конституційного ладу.

Повалити означає:

- примусити впасти;
- насильно позбавити влади; припинити існування чого-небудь.

Оскільки повалення конституційного ладу означає повне чи часткове скасування чи ігнорування конституційних норм, які визначають найважливіші аспекти функціонування держави та суспільного ладу, то, як і в попереднього випадку, необхідно зазначити, що повалення конституційного ладу, як і його зміна може бути тільки неправомірне, а не насильницьке.

Ще однією метою, з якою може бути вчинено розглядуваний нами злочин є насильницьке захоплення державної влади.

Захопити означає оволодіти насильно кимось, чимось, брати силою кого-, що-небудь, затримувати кого-небудь силою, позбавляючи волі (Г. М. Гнатюк, Т. К. Черторизька).

Тобто під захопленням державної влади необхідно розуміти будь-яке оволодіння органами державної влади, яке супроводжується застосуванням фізичної сили, морального тиску чи певних засобів примусу. Тому в даному випадку також не потрібно наголошувати, що захоплення державної влади повинно бути насильницьким, оскільки саме слово «захоплення» вже передбачає застосування насильства.

Крім того, аналізуючи санкції статті 109 КК України, ми можемо побачити, що вчинення дій саме з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, законодавець вважає менш суспільно небезпечними, ніж вчинення таких злочинних дій без зазначеної мети. Для прикладу відповідно до статті 258-3 створення терористичної групи чи терористичної організації, керівництво такою групою чи організацією або участь у ній, а так само організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації карається позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років. Однак якщо такі дії будуть вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, особі може бути призначено покарання у вигляді позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

А відтак постає питання чому вказівка на мету в усіх інших випадках, передбачених статтями Особливої частини КК України, законодавець вважає більш суспільно небезпечними, а у статті 109 КК України наявність мети призвела до зменшення міри покарання. У зв'язку з цим складається враження, що мета насильницької зміни або повалення конституційного ладу або захоплення державної влади є «помякшуючою обставиною» чи навіть суспільно-корисною, оскільки законодавець встановлює нижчу санкцію за вчинення злочинних дій з такою метою.

**БЕЗПОСЕРЕДНІЙ ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ
ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ»****Кондра О.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Одним з концептуальних положень класичної школи кримінального права є те, що безпосередній об'єкт є обов'язковою ознакою будь-якого складу злочину. Тому, проводячи наукове дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації детальний аналіз безпосереднього об'єкту є обов'язковим.

Завданням дослідження повинне виступати встановлення конкретного змісту безпосереднього об'єкту злочину, які перетворюють його в обов'язкову ознаку складу злочину передбаченого ст. 232-1 КК України. Правильне розуміння і встановлення об'єкту злочину є запорукою логічно виважених наукових висновків про дотримання мети криміналізації, систематики кримінального закону, конструювання інших елементів та ознак вищезазначеного складу злочину.

Відповідно до ст. 232-1 КК України законодавець вважає кримінально караними 2 самостійні склади злочинів і 2 кваліфіковані. Відповідно і правовий аналіз має проводитись щодо цих складів злочинів з урахуванням специфіки їх конструкції. При цьому методологічний підхід цієї праці базується виходячи з наступних постулатів:

а) на цей час в теорії кримінального права немає єдності щодо розуміння об'єкта злочину. В кримінально-правовій науці розроблено щонайменше 8 концепцій об'єкту злочину (суспільні відносини; суб'єктивні права особи; норми права в їх реальному бутті; суспільні цінності; людина; охоронювані нормами права життєві інтереси; конкретні відносини, речі та стани осіб чи речей; суспільні інтереси; охоронювані кримінальним правом блага тощо), кожна з яких має свої вагомні аргументи і недоліки. Починаючи дослідження з приєднання до однієї з існуючих концепцій дослідник автоматично обмежує себе певними її науковими рамками, а відповідно й отримує підстави для вже виробленої критики обраної ним концепції;

б) спроба моделювання власної теорії об'єкту злочину, виходячи з конкретного об'єкту складу злочину, є приреченою на наукову невдачу. Це є порушенням логічного правила заборони загальних висновків на підставі окремих спостережень. Крім того, в такому випадку дослідження має мати вищий характер абстракції наукового знання, ніж рівень дослідження конкретного складу злочину, а також для спроби внесення нового є неминучим конфлікт з існуючими концепціями. Видається, що традиційна методологія правових досліджень буде більш ефективною для дослідження безпосереднього об'єкту конкретного складу злочину, оскільки алгоритм в такому випадку позбавлений вирішення концептуального навантаження;

в) враховуючи неприйняття підходу «від загальної концепції – до конкретного висновку», а тому необхідності в пошуках іншого початкового підходу та вихідних моментів для наукового аналізу (вектору дослідження), слід зважати на згадані у всіх концепціях вказівки на те, що об'єктом злочину є те, що поставлено під охорону, на що злочин посягає, чому внаслідок вчинення злочину заподіюється або може бути заподіяна істотна шкода. Конкретизація відповідей на ці питання якраз і породжує зазначений плюралізм концепцій об'єкта злочину, оскільки такі питання дозволяють з'ясувати лише зміст, без з'ясування суті (правової природи). Однак, це дослідження має на меті лише з'ясування змісту безпосереднього об'єкта злочину, а з'ясування суті такого об'єкту потребує окремого самостійного аналізу, а також єдності концептуальної теорії.

Видається, що перш за все слід звернути увагу на волю законодавця при криміналізації незаконного використання інсайдерської інформації. У пояснювальній записці до Закону №3306-VI, яким склад злочину передбачений ст. 232-1 КК України було викладено в чинній редакції (пізніші зміни стосувались лише санкцій), констатується, що однією з існуючих проблем фондового ринку України залишається дуже мала ліквідність. Головним чинником такого стану ринку є те, що створений внаслідок приватизації український фондовий ринок на сьо-

годні став, по суті інсайдерським. В багатьох випадках рішення про придбання або продаж цінних паперів приймається не на підставі вже опублікованої інформації, а на підставі інформації, якою володіє обмежене коло працівників або посадових осіб емітента. В таких умовах неможливе визначення справедливої, тобто ринкової ціни на цінні папери серед учасників ринку. Така ситуація відлякує професійних інвесторів і населення від інвестування в цінні папери і відповідно зменшує ліквідність ринку. Таким чином, законодавець вказує, що незаконне використання інсайдерської інформації призводить до неможливості визначення ринкової ціни на цінні папери, внаслідок цього до зменшення ліквідності та погіршення інвестиційної привабливості ринку.

У ч.1. ст. 232-1 КК України законодавець вказав, що злочином є 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), якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в 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.

Виходячи з таких форм суспільно небезпечних діянь можна зробити такі висновки. Одним з елементів деструкції внаслідок вчинення злочину є передбачений законодавством порядок використання інсайдерської інформації, оскільки у ч.1. ст. 232-1 КК України передбачено порушення такого порядку у певних формах (розголошення, передача, надання доступу, надання рекомендацій щодо). При цьому, ч.1. ст. 232-1 КК України не включає в себе дії, пов'язані із створенням та збереженням інсайдерської інформації, тобто сама по собі інсайдерська інформація та пов'язані з нею процеси не є головним елементом, заради якого здійснювалась криміналізація.

Аналізуючи форми можливих суспільно небезпечних наслідків, слід зауважити характерну особливість. Крім класичного визначення наслідків через поняття значної шкоди (яка відповідно до примітки у ч.1. може бути лише матеріальною), у ч.1. ст. 232-1 КК України вказується на одержання необґрунтованого прибутку або уникнення збитків. Одержання прибутків чи уникнення збитків на фондовому ринку, є закономірними результатами здійснення фінансово-господарської діяльності на цьому ринку певних суб'єктів на законних ринкових умовах. Коли одержання прибутків чи уникнення збитків на фондовому ринку є наслідком незаконного використання інсайдерської інформації, це призводить до порушення правових та економічних засад існування фондового ринку.

При цьому, слід звернути увагу, що відповідно до ч.1. ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» фондовий ринок (ринок цінних паперів) це сукупність учасників фондового ринку та правовідносин між ними щодо розміщення, обігу та обліку цінних паперів і похідних (деривативів), а відповідно до ст. 44 цього ж закону іманентною ознакою інсайдерської інформації є її здатність істотно впливати на вартість цінних паперів та похідних (деривативів). Однак слід зауважити, що правовідносини з визначення вартості цінних паперів та похідних (деривативів) є різноманітними за змістом і формою та метою регулювання. Тому використання інсайдерської інформації порушує ринкові засади визначення вартості цінних паперів похідних (деривативів) лише в частині, яка є необхідною і водночас достатньою для наявності складу злочину

Необхідно також вказати на те, що зі змісту ч.2. ст. 44 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» вбачається можливість використання на фондовому ринку лише інформації щодо оцінки вартості цінних паперів та/або фінансово-господарського стану емітента, якщо вона отримана виключно на основі оприлюдненої інформації або інформації з інших публічних джерел, не заборонених законодавством. Використання іншої інформації (форми заборони наведено у ст. 45 цього ж Закону) буде вважатись незаконним.

Виходячи з вищенаведеного, можна зробити висновок, що безпосереднім об'єктом злочину передбаченого ч.1. ст. 232-1 КК України є правовідносини з визначення ринкової вартості цінних паперів чи похідних (деривативів) на основі оприлюдненої інформації або інформації з інших публічних джерел, не заборонених законодавством. При цьому додатковими

обов'язковими об'єктами цього злочину будуть виступати передбачений законодавством порядок використання інсайдерської інформації та майнові права та інтереси держави, громадськості, фізичних та юридичних осіб.

Аналізуючи безпосередній об'єкт злочину передбачений ч.2. ст. 232-1 КК України, необхідно вказати, що це окремих простий склад злочину, який містить інше суспільно небезпечне діяння, однак наслідки є тотожними до вказаних у ч.1. ст. 232-1 України. Фактично, ч.2. ст. 232-1 КК України відрізняється лише тим, що у ній передбачено кримінальну відповідальність за 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. При цьому укладення таких правочинів на основі інсайдерської інформації призводить до їх недійсності, оскільки зміст правочинів суперечить актам цивільного законодавства. Посягання на порядок використання інсайдерської інформації ч.2. ст. 232-1 КК України не передбачає.

З врахуванням цих відмінностей, можна визначити безпосередній об'єкт злочину передбаченого ч.2. ст. 232-1 КК України як правовідносини з приводу укладення правочинів з придбання чи відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів) на основі оприлюдненої інформації або інформації з інших публічних джерел, не заборонених законодавством. Додатковим безпосереднім об'єктом цього злочину будуть виступати майнові права та інтереси держави, громадськості, фізичних та юридичних осіб.

У кваліфікованих складах злочинів передбачених ч.3, 4 ст. 232-1 КК України безпосередній об'єкт злочину має визначатись у відповідності до того, які дії (передбачені ч.1. або ч.2.) було вчинено.

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПОВОДЖЕННЯ З УВ'ЯЗНЕНИМИ

Марисюк К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах соціально-економічних перетворень, побудови правової, демократичної держави перед кримінально-виконавчим правом постала нова мета: перетворення системи виконання покарань відповідно до реалій, що склалися; підвищення її відкритості; посилення охорони прав, свобод та законних інтересів засуджених; залучення до участі у їх виправленні органів державної влади та органів місцевого самоврядування, інших організацій, громадських об'єднань, а також окремих громадян. Особливо значимим при цьому стає максимально широке і максимально повне впровадження у вітчизняне законодавство та юридичну практику міжнародних стандартів поведіння з ув'язненими. звернемо нашу увагу лише на одне з важливих питань у цій сфері, а саме на класифікацію згаданих вище стандартів.

Міжнародні стандарти поведіння з ув'язненими традиційно прийнято класифікувати за трьома критеріями: 1) за масштабом дії; 2) за спеціалізацією; 3) за обов'язковістю для держав-реалізаторів.

За масштабом дії стандарти традиційно поділяються на дві групи: універсальні та регіональні. Універсальні – це стандарти, вироблені ООН, а регіональні – Радою Європи або іншими регіональними об'єднаннями держав. Дещо по іншому підходить до цього питання І. Трунов, який пропонує окремо виділяти ще й так звані субрегіональні стандарти, до яких мали б відноситись стандарти держав СНД.

За спеціалізацією універсальні стандарти поведіння з ув'язненими поділяються на два види: а) акти загального характеру, не призначені спеціально для регламентації поведінки з ув'язненими, але такі, що містять деякі стандарти у цій сфері; б) акти спеціалізованого характеру, які визначають стандарти поведінки з ув'язненими.

Аналізуючи правові акти ООН, можна за цим критерієм розділити їх на:

1. Акти загального характеру: Загальна декларація прав людини 1948 р., Декларація ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1963 р., Декларація прав дитини 1959 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., Декларація про права розумово відсталих осіб 1971 р., Декларація про права інвалідів 1975 р., Декларація про ліквідацію всіх форм нетерпимості і дискримінації на ґрунті релігії чи переконань 1981 р. та ін.

2. Акти спеціального характеру: Мінімальні стандартні правила поведінки з ув'язненими 1955 р., Кодекс поведінки посадових осіб по підтримці правопорядку 1979 р., Принципи медичної етики, що визначають роль працівників охорони здоров'я, особливо лікарів, в захисті ув'язнених чи затриманих осіб від катувань і інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поведінки і покарання 1982 р., Заходи, що гарантують захист прав тих, хто засуджений до страти 1984 р., Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, які стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила) 1985 р., Звід принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі 1988 р., Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй стосовно заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням (Токійські правила) 1990 р., Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй стосовно захисту неповнолітніх, позбавлених волі 1990 р., Основні принципи поведінки з в'язнями 1990 р. та ін.

За обов'язковістю для держав-реалізаторів розглядувані стандарти можна поділити на: а) обов'язкові норми-принципи; б) стандарти-рекомендації. Особливо варто відмітити, що норми-принципи є стрижневими, на їх положеннях повинні базуватись всі інститути кримінально-виконавчого законодавства.

Необхідність такої класифікації, за вірним твердженням В. Малініна та Л. Смірнова, обумовлена тим, що необхідним є відокремлення обов'язкових норм від норм рекомендацій-

ного характеру. Якщо стандарти, принципи і загальні положення є обов'язковими для кожної держави, яка ратифікувала відповідні міжнародні акти, то стандарти-рекомендації впроваджуються будь-якою державою тією мірою, якою є необхідні економічні, політичні та інші передумови для їх реалізації.

Наведений вище підхід до класифікації міжнародних стандартів поведінки з ув'язненими хоч і є найбільш типовим, однак у науці періодично робляться спроби запропонувати й інші підстави поділу останніх. Наприклад, згаданий вище І. Трунов пропонує поділити стандарти за змістом останніх на: а) ті, що визначають основи правового становища особи, в тому числі засудженого як суб'єкта з обмеженим правовим статусом; б) ті, що містять спеціальні норми про права і обов'язки окремих категорій засуджених або засуджених, які знаходяться в особливих умовах; в) ті, що встановлюють умови утримання і правила соціальної адаптації засуджених; г) ті, що закріплюють правила діяльності державних установ і посадових осіб щодо засуджених; д) ті, що містять норми, які сприяють доступу неурядових організацій до місць позбавлення волі для надання допомоги засудженим, а також для здійснення громадського контролю за діяльністю кримінально-виконавчих систем; е) ті, що визначають правові основи співробітництва держав з пенітенціарних питань.

**ЧИ Є СВОБОДА ВІРОСПОВІДАННЯ ОBOB'ЯЗКОВИМ
OБ'ЄКТОМ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО Ч. 1 СТ. 161
«ПОРУШЕННЯ РІВНОПРАВНОСТІ ГРОМАДЯН ЗАЛЕЖНО ВІД
ЇХ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ НАЛЕЖНОСТІ АBO РЕЛІГІЙНИХ
ПЕРЕКОНАНЬ» КК УКРАЇНИ?**

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасній юридичній літературі неодноразово висловлювалася думка про те, що до статей, приписи яких забезпечують кримінально-правову охорону свободи віросповідання, належить ст. 161 «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань» КК України (а також відповідні статті КК Російської Федерації – ст. 136 «Порушення рівності прав і свобод людини і громадянина», ст. 282 «Розпалювання ненависті або ворожнечі, а так само приниження людської гідності»). Серед науковців, які підтримують цю позицію, варто відзначити Т.М. Нуркаєву, М.В. Палія, І.М. Тяжкову та К.М. Шевкопляс.

То ж, виникає питання: чи дійсно дії, передбачені ч. 1 ст. 161 КК України, порушують (прямо або побічно, так би мовити, «рикошетом») свободу віросповідання? Якщо це так, то у ролі якого обов'язкового об'єкта – основного чи додаткового – виступає така свобода у цьому складі злочину? Вирішенню саме цих питань присвячена пропонується доповідь.

Найчастіше (у навчальній, науково-практичній літературі) основний безпосередній об'єкт згаданого складу злочину визначають як «право громадян на рівноправність» (А.П. Бабій), «рівність громадян у їх конституційних правах та рівність їх перед законом як принцип конституційно-правового статусу людини і громадянина» (М.І. Мельник). Близькі позиції можна зустріти також у монографічній літературі. Наприклад, І.О. Зінченко, розглядаючи досліджуваний об'єкт у контексті концепції «об'єкт злочину – суспільні відносини», визнає таким «суспільні відносини, що забезпечують рівноправність громадян у всіх сферах життєдіяльності».

Навряд чи наведені позиції повно та, що найважливіше, точно відображають усю різноманітність охоронюваних ч. 1 ст. 161 КК України правових благ; принаймні, таке припущення напрошується з огляду на роботи вчених, які безпосередньо досліджували об'єкт відповідного складу злочину. Так, В.М. Панькевич у ході виконання своєї дисертації дійшов наступного висновку: «... безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 161 КК України, є неоднорідним: з одного боку – це суспільні відносини, що покликані забезпечувати расову, національну, релігійну та іншу рівноправність (рівність) людини та громадянина; з іншого – безпеку держави (національну чи внутрішню, або громадську)».

Ми повністю підтримуємо висунуте науковцем твердження про неоднорідність благ, охоронюваних положеннями ч. 1 ст. 161 КК України. Разом з тим, детальний аналіз відповідної кримінально-правової норми дозволяє зробити висновок – діяння, штучно об'єднані цією частиною статті, насправді заподіюють шкоду трьом різним об'єктам.

1. Умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті посягають, як слушно зауважив В.М. Панькевич, на основи національної безпеки України у сфері міжнаціональної, міжетнічної та міжрелігійної злагоди та миру.

Очевидно, що свободі віросповідання у розглядуваному випадку не заподіюється істотна шкода. Дослідники справедливо відзначають, що дії, спрямовані на розпалювання релігійної ворожнечі, проявляються у поширенні ідей, поглядів, настроїв, які підривають довіру та повагу до інших релігійних спільностей, породжують щодо них почуття неприязні, недоброзичливості, ворожості (Ю.Н. Демидов, В.П. Панькевич). Розпалюючи релігійну ворожнечу, винний найчастіше провокує суб'єктів до вчинення діянь, явно несумісних із свободою віросповідання (образ, погромів, нападів на представників іншого віросповідання). Фактор «спільності релігійних переконань», поряд із факторами «національності» чи «раси», тут виступає лише

об'єднуючим критерієм, на який розраховує злочинець, своєрідним інструментом, використання якого дозволяє досягти кінцевого злочинного результату – виникнення міжконфесійних конфліктів.

Звісно ж, можливими є випадки, коли свобода віросповідання виступає додатковим факультативним об'єктом дій, спрямованих на розпалювання релігійної ворожнечі. Така ситуація виникає, зокрема, коли винний публічно закликає представників одного віросповідання перешкодити здійснити релігійний обряд представникам іншого віросповідання (у цьому випадку, крім ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 161 КК України, вчинене містить ознаки підбурювання до перешкоджання здійсненню релігійного обряду).

2. Умисні дії, спрямовані на приниження національної честі та гідності або образу почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями порушують, на нашу думку, право людини на повагу національної честі, гідності та релігійних почуттів. Ймовірно, саме це формулювання наштовхує окремих вчених на думку про те, що одним із обов'язкових об'єктів складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 161 КК України, виступає свобода віросповідання. Зокрема, М.В. Палій наголошує: «... людина, яка зазнала образи почуттів у зв'язку з релігійними переконаннями, відчуває неповагу до того, що вона сповідує, вважає найвищою цінністю для себе і тому одержує значну моральну травму».

Наведене положення не викликає принципівих заперечень, адже віруючі інколи досить болісно сприймають будь-які образи, пов'язані з об'єктом їхніх релігійних уподобань. Проте воно аж ніяк не підтверджує факт заподіяння такими діями істотної шкоди свободі віросповідання.

Не слід плутати, підміняти хоча і взаємопов'язані, однак далеко не тотожні поняття – «свобода віросповідання» та «релігійні почуття», чи то «почуття громадян у зв'язку з їх релігійними переконаннями». Помилково також розглядати релігійні почуття як елемент свободи віросповідання: останню складають суб'єктивні можливості людини у сфері релігії; релігійні ж почуття, натомість, є психічними переживаннями людини, які обумовлені її відношенням до релігії, об'єктів релігійного поклоніння. Йдеться, таким чином, про різнопланові категорії, ототожнення яких, з точки зору кримінального права, є некоректним. Адже, одна справа – примусити особу відмовитися від своїх релігійних переконань чи змінити віру, а зовсім інша – грубо образити цю віру, проявити до неї зневагу та, у такий спосіб, образити релігійні почуття віруючого.

Дійсно, кримінально-карані порушення свободи віросповідання інколи здатні образити релігійні почуття віруючих (йдеться, зокрема, про знищення релігійної святині чи насильницьке перешкоджання здійсненню релігійного обряду); однак, у таких ситуаціях свобода віросповідання, як і в попередньому випадку, може виступати лише додатковим факультативним об'єктом.

3. Пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками є порушенням права людини на здійснення своїх конституційних та інших прав і свобод з дотриманням принципу рівноправності. У даному випадку, на наше переконання, свобода віросповідання узагалі не зазнає злочинних порушень.

Рівноправність як принцип конституційно-правового статусу людини і громадянина повинна дотримуватися в усьому – від расової приналежності, релігійних чи політичних переконань до, вдаючись у крайнощі, зросту людини та спортивних уподобань. Інакше, як вірно вказує Л.Г. Мачковський, «... буде важко пояснити, чому одні відмінності у властивостях людини, провокуючи дискримінаційні дії, підпадають під визначення суспільно небезпечного і караного, а інші – ні». Спроби ж пошуку у цьому загальному принципі відособлених елементів (у тому числі, елементу рівноправності людей у залежності від релігійних переконань) та інтерпретація посягань щодо них як злочинів проти визначених прав і свобод (свободи віросповідання, свободи вибору місця проживання, вибору мови тощо) є надуманими, такими, що суперечать самій природі рівноправності.

Звернемося до прикладів. Уявімо, що громадянину незаконно відмовлено у вступі до навчального закладу у зв'язку із сповіданням останнім ісламу. Які правові блага порушуються

у цьому випадку? Очевидно, що порушено право громадянина, по-перше, на отримання освіти та, по-друге, на реалізацію цього права з дотриманням принципу рівноправності.

Припустимо зворотну ситуацію: релігійній організації неправомірно відмовлено у отриманні дозволу на публічне проведення релігійного обряду у зв'язку з расовою приналежністю її членів. Тут, за аналогією, порушено свободу віросповідання (точніше – свободу проведення релігійних обрядів) та право на реалізацію цієї свободи з дотриманням принципу рівноправності.

Додатково зазначимо, що викладені міркування безпосередньо впливають із формулювання диспозиції ч. 1 ст. 161 КК України, де міститься відкритий (невичерпний) перелік ознак, які можуть слугувати підставою обмежень прав або встановлення привілеїв (дане положення дублює ст. 24 Конституції України, де такий перелік також відкритий). Тобто, законодавцю, за великим рахунком, байдуже, яка ознака (свобода віросповідання чи музичні уподобання) стала підставою прямого чи непрямого обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв – ключовим виступає сам факт порушення рівноправності.

Підсумовуючи все сказане вище, можна дійти висновку: свобода віросповідання не є обов'язковим (основним чи додатковим) об'єктом складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 161 КК України; у випадку вчинення дій, спрямованих на розпалювання релігійної ворожнечі та ненависті, а також образи почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, така свобода може виступати лише додатковим факультативним об'єктом.

ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ НЕПОВНОЛІТНІМ

Мартинишин Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Порядок призначення покарання за сукупністю вироків неповнолітнім у КК України не визначений законодавцем окремою нормою. У ст.103 КК України законодавець лише обмежився положенням про те, що при призначенні покарання неповнолітньому суд, крім обставин, передбачених у ст.65-67 КК України, враховує умови його життя та виховання, вплив дослих, рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього, а також положенням про те, що при призначенні покарання неповнолітньому за сукупністю вироків остаточне покарання у виді позбавлення волі не може перевищувати п'ятнадцяти років. Вказане означає, що у разі вчинення неповнолітнім під час невідбутої частини покарання, призначеного за попереднім вирокі, нового злочину до нього застосовуються правила, передбачені ст.71 КК України, тобто застосовується такий же порядок призначення покарання за сукупністю вироків, що і для повнолітніх осіб.

Однак, варто погодитись з В.М. Бурдіним у тому, що законодавцем у різні історичні періоди «неповнолітні злочинці завжди визнавалися і визнаються злочинцями особливого роду, які потребують застосування інших, порівняно з дорослими, підходів законодавця до вирішення питання про їх кримінальну відповідальність». Як справедливо зазначає вчений, «система кримінально-правового впливу на неповнолітніх злочинців потребує компромісного рішення. Адже тут входять між собою в колізію, з одного боку, інтереси суспільства, які потребують захисту, а з іншого – інтереси охорони молодого покоління, важливість яких для майбутнього кожної нації не викликає сумнівів». Крім того, варто зазначити, що серед неповнолітніх злочинців менш поширеним є вчинення нового злочину після постановлення вироку. Так, за даними статистичних звітів Територіального управління державної судової адміністрації у Львівській області, за сукупністю вироків за період з 2002-2011 р.р. на території Львівської області було засуджено 487 неповнолітніх, в той час, коли за вказаний період засуджено 14195 повнолітніх осіб.

З огляду на вишенаведене, вважаємо, що повинні існувати спеціальні правила призначення покарання за сукупністю вироків для неповнолітніх, які мають бути менш суворими, ніж для повнолітніх осіб, що повністю відповідає принципу гуманізації кримінальної відповідальності. Ці правила повинні, на наш погляд, бути розроблені на основі особливих підходів до призначення покарання неповнолітнім злочинцям, зокрема, зважаючи й на те, що неповнолітня особа ще не має до кінця сформованих уявлень про норми поведінки в суспільстві та є соціально незрілою, однак, з урахуванням того факту, що, все ж таки, в діяннях цих осіб наявна множинність злочинів.

У цьому відношенні варто зазначити, що у науковій літературі піднімалося питання стосовно необхідності розробити також і загальні начала призначення покарання для неповнолітніх. Однак, на наш погляд, потрібно погодитись з В.М. Бурдіним, котрий зазначає, що «загальні начала тому і називаються загальними, що вони стосуються всіх без винятку випадків призначення покарання. Не може бути загальних начал, які б стосувалися якоїсь однієї категорії злочинців. Не можна погодитися з таким твердженням, що застосування покарання до неповнолітніх передбачає досягнення інших, ніж у дорослих цілей». Разом з тим, вважаємо, що спеціальні правила призначення покарання при множинності злочинів для неповнолітніх осіб повинні бути іншими, ніж для повнолітніх з наведених вище причин.

З урахуванням викладеного, **пропонуємо**:

доповнити КК України статтею 103-1, в якій визначити правила призначення покарання за сукупністю вироків неповнолітнім.

Стаття 103-1. Правила призначення покарання за сукупністю вироків неповнолітнім

1. Правила призначення покарання за сукупністю вироків застосовуються до неповнолітньої особи, котра після набрання законної сили обвинувальним вироком суду, але до повного відбуття основного чи додаткового покарання, призначеного за цим вироком, вчинила новий злочин. В такому випадку суд до покарання, призначеного за новий злочин, приєднує частину покарання, яка залишилась невідбута неповнолітнім засудженим за попереднім вироком.

2. Невідбутою частиною слід вважати частину покарання, яка залишилася на момент постановлення вироку за нововчинений злочин.

3. Остаточне основне покарання за сукупністю вироків неповнолітнім може бути призначено одним із таких способів: повне приєднання покарання або часткове приєднання покарання.

4. Остаточне додаткове покарання (у разі приєднання невідбутої частини додаткового покарання, до додаткового покарання, призначеного за новий злочин) може бути призначено одним із таких способів: повного або часткового приєднання. Призначене за одним із вироків додаткове покарання або невідбута його частина за попереднім вироком підлягає приєднанню повністю до основного покарання, остаточно призначеного неповнолітньому за сукупністю вироків.

5. Суд призначає остаточне покарання за сукупністю вироків шляхом повного приєднання невідбутої частини покарання за попереднім вироком до покарання, призначеного за новим вироком, якщо обидва злочини, що входять в сукупність, були вчинені умисно.

6. Суд призначає остаточне покарання за сукупністю вироків шляхом часткового приєднання невідбутої частини покарання за попереднім вироком до покарання, призначеного за новим вироком, якщо хоча б один із злочинів, що входять в сукупність, було вчинено з необережності. У разі призначення покарання за сукупністю вироків шляхом часткового приєднання, остаточне покарання, призначене за сукупністю вироків, має бути більшим від покарання, призначеного за новий злочин, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком.

7. Якщо неповнолітній засуджений після набрання законної сили обвинувальним вироком суду, але до повного відбуття основного чи додаткового покарання, призначеного за цим вироком, вчинив два або більше злочини, суд призначає покарання за ці нові злочини за правилами, передбаченими у статті 70 цього Кодексу, а потім до остаточного покарання, призначеного за сукупністю злочинів, приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком.

ОСОБЛИВОСТІ ПОМИЛОК ЩОДО ОБСТАВИН, ЯКІ ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

Мелих Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Як відомо, Кримінальний кодекс України (далі в тексті – КК України), визнає злочином діяння, наділене сукупністю таких ознак, як кримінальна протиправність, суспільна небезпека, винність, наявність діяння (дії або бездіяльності), яке повинно бути вчинене суб'єктом злочину. Однак, виходячи з принципу гуманізму кримінальної відповідальності, не всі діяння, які формально містять зазначені ознаки, є злочинами. Йдеться, зокрема, про обставини, що виключають злочинність діяння. Ці обставини або перетворюють вчинене діяння у правомірне, або усувають протиправність, роблячи його нейтральним з точки зору права. На відміну від інших підстав, які усувають можливість притягнення особи до кримінальної відповідальності (неосудність особи, малозначність діяння, випадок (казус) та ін.), наявність цих обставин не просто звільняє особу від відповідальності за певне діяння, але й дає їй право на заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони за конкретних умов.

У доктрині кримінального права існують різні підходи щодо визначення обставин, що виключають злочинність діяння. Зокрема, на думку В. А. Бліннікова, така обставина – це наявність реального зовнішнього фактора, вплив якого на особу виключає протиправність заподіяння нею шкоди поставленим під охорону кримінального закону інтересам, за умови дотримання критеріїв допустимості.

У розділі VIII КК України передбачені такі обставини, що виключають злочинність діяння: а) необхідна оборона, б) уявна оборона, в) затримання особи, що вчинила злочин, г) крайня необхідність, ґ) фізичний або психічний примус, д) виконання наказу або розпорядження, е) діяння, пов'язане з ризиком та є) виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Внаслідок специфіки юридичної природи обставин, що виключають злочинність діяння, на практиці можуть виникнути труднощі у тому разі, якщо особа допускає помилку щодо цих обставин. З одного боку, оскільки зазначені обставини завжди є об'єктивними, помилка щодо їх наявності або відсутності матиме таку ж юридичну природу як фактична помилка щодо ознак злочину. Однак, з іншого боку, внаслідок властивості цих обставин виключати протиправність діяння, кримінально-правове значення такої помилки має бути аналогічним до значення юридичної помилки щодо злочинності діяння. Крім того, помилка щодо обставин, які виключають злочинність діяння, може стосуватися різних аспектів цих обставин.

Перш за все, особа може мати *хибне уявлення щодо того, чи є відповідні обставини такими, що виключають злочинність діяння*. Така помилка за своєю природою подібна до юридичних помилок і може бути двоякою: а) особа вважає, що вчиняє умисний злочин, не усвідомлюючи того, що обстановка, в якій вона діє, виключає злочинність її діяння; б) особа вважає, що певна обставина виключає злочинність її діяння, хоча відповідно до кримінального закону вона не передбачена.

У першій ситуації помилка не матиме жодного кримінально-правового значення, оскільки певна обставина прямо закріплена у законі як така, що усуває протиправність діяння особи. Тому, навіть якщо це діяння формально і містить всі ознаки складу злочину, передбаченою статтею Особливої частини КК України, воно не наділене всіма необхідними ознаками злочину, що впливають зі ст. 11 КК України.

У другому випадку ситуація дещо складніша. До таких класичних обставин, як необхідна оборона та крайня необхідність, з часом були додані інші обставини, більшість з яких свого часу стали новелами чинного КК України. Сьогодні в теорії кримінального права можна зустріти думки щодо того, що до цих обставин належать також заподіяння шкоди за згодою потерпілого, здійснення суб'єктивних прав, виконання професійних обов'язків, колізії обов'язків, заподіяння шкоди під час заняття спортом тощо. Очевидно, що доки ці та інші об-

ставини не знайдуть свого відображення безпосередньо у тексті кримінального закону, прирівнювати їх до тих обставин, які вже закріплені у КК України, не можна, оскільки це суперечитиме принципу законності кримінального права. У спеціальній літературі висловлено обґрунтовану позицію, що за наявності достатніх підстав суди можуть застосовувати положення статей розділу VIII КК України за аналогією.

Якщо обстановка, яка, на думку особи, давала їй право на заподіяння шкоди певним об'єктам кримінально-правової охорони, не є такою відповідно до КК України і до неї не можуть бути застосовані за аналогією положення статей розділу VIII КК України, то її не можна визнавати такою, що виключає відповідальність особи.

Крім вищезгаданих можуть траплятися *помилки, пов'язані з неправильним уявленням особи щодо умов правомірності конкретних, передбачених законом обставин, що виключають злочинність діяння*. Ця помилка також може мати два прояви, що стосуються або наявності, або відсутності відповідних умов. Оскільки згадані умови правомірності стосуються об'єктивних характеристик відповідних обставин (наприклад, реальність посягання при необхідній обороні або загроза заподіяння шкоди тим інтересам особи, які охороняються законом, при крайній необхідності тощо), то хибне уявлення щодо цих умов матиме всі ознаки фактичної помилки.

Перший різновид – *помилка щодо наявності умов правомірності певної обставини, що виключає злочинність діяння*. Слід зазначити, що КК України містить спеціальні правила кримінально-правової оцінки деяких видів таких помилок. Це стосується, зокрема, уявної оборони (ст. 37 КК України) та виконання наказу або розпорядження, злочинного характеру якого особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати (ч. 5 ст. 41 КК України).

Безперечно, закріплення кримінально-правового значення уявної оборони було істотним досягненням чинного КК України порівняно і з КК УРСР 1960 р., і з сучасними кримінальними законами деяких держав пострадянського простору. Водночас, видається, що приймаючи рішення про доповнення цим інститутом системи обставин, що виключають злочинність діяння, законодавець був не зовсім послідовним.

По-перше, незрозуміло, чому зміст уявної оборони обмежено лише помилковим уявленням щодо наявності злочинного посягання? Відомо, що у теорії кримінального права традиційним є поділ умов правомірності заподіяння шкоди тому, хто посягає, в обстановці необхідної оборони на дві групи: ті, що стосуються посягання і ті, що характеризують захист. До першої прийнято відносити суспільну небезпеку, наявність та реальність посягання, а до другої – необмеженість оборони, допустимість заподіяння шкоди, своєчасність захисту, співмірність заподіяної шкоди небезпечності посягання. Усі ці умови є об'єктивними і ґрунтуються на певних фактичних сторонах обстановки необхідної оборони. Щодо кожної з них особа може допустити помилку, яка здатна завадити їй правильно оцінити цю обстановку та свої дії. Так, у спеціальній літературі висловлено позицію щодо того, що коли потерпіла особа, не усвідомивши моменту закінчення посягання, заподіяла винному будь-яку шкоду, то можна вести мову саме про уявну оборону, викликану відповідною фактичною помилкою. З огляду на це доцільно розширити зміст поняття «уявна оборона», яке має охоплювати помилки щодо всіх умов правомірності необхідної оборони.

По-друге, важко знайти пояснення, чому поруч з уявною обороною законодавець не закріпив таких обставин як затримання уявного злочинця, уявна крайня необхідність, уявний виправданий ризик та ін. Прихильниками законодавчого закріплення помилок щодо умов правомірності інших обставин, що виключають злочинність діяння, є чимало сучасних дослідників, зокрема С. Г. Блинська, Є. Г. Веселов, А. А. Мордовіна, Т. І. Якимець, М. А. Якуньков та ін. Характерно, що кримінальне законодавство деяких держав містить окрему норму, присвячену фактичній помилці щодо обставин, які виключають злочинність діяння. Такі норми закріплені, зокрема, у кримінальних законах Білорусі (ст. 37), Естонії (ч. 1 ст. 31), Польщі (ст. 29) та ФРН (абз. 2 § 35), відповідно до положень яких така помилка або виключає кримінальну відповідальність особи, або є підставою для кваліфікації вчиненого діяння як необережного. Видається, що закріплення у КК України загальної норми, яка регулювала б питання помилки щодо умов правомірності усіх (або, принаймні, більшості) обставин, що виключають злочинність діяння, було б позитивним кроком.

По-третє, постає питання, чи можна уявну оборону та помилки щодо інших обставин, передбачених розділом VIII КК України відносити саме до цих обставин? З одного боку, така помилка стосується не самого діяння чи його наслідків, яким заподіюється шкода (ставлення до них, як правило, є умисним), а оцінки зовнішніх факторів, які зумовлюють необхідність діяти певним чином. Однак, з іншого боку, характерною рисою усіх обставин, що виключають злочинність діяння, є їхня властивість виключати протиправність вчиненого діяння. Водночас фактична помилка, якої особа не могла уникнути, виключає іншу ознаку злочину – винність.

Вже згадані джерела кримінального права закордонних держав вирішують це питання по-різному. В деяких із них відповідна норма розміщена поряд зі статтями про фактичну та юридичну помилку (КК Польщі), у інших – окремо від цих статей та поруч зі статтями, присвяченими окремим обставинам, які виключають злочинність діяння (КК ФРН, Пенітенціарного кодексу Естонії).

Враховуючи юридичну природу фактичної помилки та помилки щодо наявності умов правомірності обставин, що виключають злочинність діяння та їх загалом суміжний характер (предмети цих помилок не пересікаються), видається більш доцільним розмістити відповідні норми разом – у розділі, присвяченому інституту вини.

Другим різновидом помилки щодо умов правомірності обставин, що виключають злочинність діяння, є *помилка щодо відсутності таких умов*. При цьому вони об'єктивно існують. Наприклад, особа, яка помилково вважає, що посягання проти неї закінчилося, завдає шкоду здоров'ю злочинця не з метою його затримання. Вирішити питання про кримінальну відповідальність особи, яка допустила таку помилку, дуже складно. В українській та російській спеціальній літературі з цього приводу також нічого не сказано. З-поміж джерел кримінального права іноземних держав такі ситуації врегульовані лише у ч. 2 ст. 31 ПК Естонії, де зазначено, що особа, яка, вчиняючи діяння, не знає про обставини, які об'єктивно виключають протиправність її діяння, несе відповідальність за замах на винне діяння.

Аргументом проти притягнення в таких випадках особи до кримінальної відповідальності є необхідність тлумачення всіх сумнівів на користь особи, дії якої кваліфікуються. Відповідно до цієї позиції об'єктивна правомірність заподіяння шкоди суспільним відносинам, навіть якщо особа цього не усвідомлювала, не дозволяє притягнути її кримінальної відповідальності за вчинення закінченого злочину. Однак, навряд чи тут можна говорити про які-небудь сумніви.

Крім того, не можна ігнорувати ту обставину, що особа усвідомлювала як злочинний характер свого діяння, так і відсутність будь-яких правових підстав діяти таким чином. Виходячи з принципу суб'єктивного інкримінування особа підлягає кримінальній відповідальності за вчинення діяння за умови винного ставлення до нього. На відміну від аналогічних фактичних помилок щодо ознак складу злочину, притягнення особи до відповідальності не за закінчений злочин, а за замах на злочин не можна обґрунтувати посиланням на те, що об'єкт, який охоплювався умислом винного, не постраждав. За помилки щодо відсутності умов правомірності, наприклад, крайньої необхідності, злочинний характер діяння особи відображується не тільки у її свідомості, він існує об'єктивно. Тобто, в таких ситуаціях необхідно констатувати наявність у діях особи складу умисного закінченого злочину. При призначенні покарання такій особі слід врахувати обставини, що пом'якшують покарання, передбачені пп. 7–9 ч. 1 ст. 66 КК України.

На підставі вищенаведеного можна сформулювати такі висновки, які стосуються помилок щодо обставин, що виключають злочинність діяння:

1. Якщо особа вважає, що вчиняє умисний злочин, не усвідомлюючи того, що обстановка, в якій вона діє, виключає злочинність її діяння, то вона не підлягатиме кримінальній відповідальності, якщо не вийде за межі умов правомірності заподіяння шкоди.

2. Якщо особа вважає, що певна обставина виключає злочинність її діяння, хоча у кримінальному законі вона не передбачена, то така обставина може виключати злочинність діяння лише тоді, коли до неї можуть бути застосовані за аналогією положення, що стосуються тих обставин, які закріплені у статтях розділу VIII КК України.

3. Помилка щодо наявності умов правомірності певної обставини, що виключає злочинність діяння, унеможливує притягнення особи до кримінальної відповідальності за умови,

що особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення. Крім того, слід законодавчо закріпити помилки не тільки щодо умов правомірності необхідної оборони та виконання наказу чи розпорядження, як це зроблено у чинному КК України, але й щодо інших обставин, що виключають злочинність діяння.

4. Якщо особа помилково вважає, що в обстановці, що склалася, немає необхідних умов правомірності заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони, то вона підлягає кримінальній відповідальності за вчинення закінченого умисного злочину.

ДО ПИТАННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ЗУМОВЛЕНОСТІ ПРИЧЕТНОСТІ ДО ЗЛОЧИНУ

Остапик Я.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Необхідність встановлення чи скасування кримінальної відповідальності за ту чи іншу поведінку безумовно належить до одних із найскладніших питань дослідження. Цінність та життєздатність будь-якого поняття визначається перш за все тим, наскільки воно правильно відображає реальні явища.

Чи зумовлена потребами суспільства існування такого кримінально-правового явища, як причетність до злочину і чи здатне встановлення кримінальної відповідальності за причетність до злочину усунути чи зменшити соціальні конфлікти у цій сфері. Адже правотворча діяльність держави не може бути ізольованою від тих соціальних процесів, як відбуваються у суспільному житті і так чи інакше впливають на формування правових норм, а також практику їх застосування. Створюючи норми права, державні органи повинні опиратися на досягнутий рівень економічного і культурного розвитку

Щоб знайти відповідь на вказане питання, ми повинні з'ясувати наскільки соціально-зумовленою є спеціальна причетність до злочину, чи правильно норми про причетність до злочину відображають потреби суспільства, чи правильно закріплені у них суспільні відносини щодо причетності до злочину, і відповідно, чи правильно норми про причетність до злочину впливають на суспільство у цілому та відносини конкретних суб'єктів. Адже справедливо відмічається у доктрині кримінального права, що навіть в тих випадках, коли одне і теж діяння оголошується злочинним у різних суспільствах і за його вчинення оголошується аналогічне кримінальне покарання, відповідні юридичні норми застосовуються неоднаково. Зміна соціально-економічних умов означає і зміну критерію суспільної небезпеки ряду злочинів

Соціально обумовленість того чи іншого кримінально-правового явища визначається на підставі ряду характеристик, ознак, факторів тощо (різні автори вживали різні терміни щодо цих понять) Найбільш поширеним у сучасній кримінально-правовій літературі є термін фактори або ж чинники соціальної зумовленості [30; 37; 76], наявність яких свідчить про соціальну зумовленість такого явища, як спеціальна причетність до злочину.

Соціальна зумовленість причетності до злочину формуються рядом чинників, головне місце серед яких, на нашу думку займають а) суспільна небезпека причетності до злочину, б) доцільність кримінально-правових засобів боротьби із причетністю до злочину 3) протиправність причетності до злочину 4) врахування зарубіжного досвіду врегулювання питань причетності до злочину

Питання суспільної небезпечності діянь, які вчинялись у взаємозв'язку зі злочинами інших осіб завжди були актуальними у суспільстві з двох причин. З однієї сторони таких осіб намагались покарати тією ж мірою, що і винних у злочині, з іншої їх дії не вплинули на вчинення злочину іншими особами, то ж суспільство задумувалось, чи взагалі взагалі доцільно карати таких осіб. Як наслідок явище причетності до злочину поєднує у собі бажання суспільства покарати осіб, які якимось чином пов'язані зі злочинами інших осіб, а з іншого боку полегшити цю відповідальність у порівнянні з винними у вчиненні первинного злочину.

Визначення суспільної небезпечності будь-якого злочину вирішується з врахуванням того, як оцінює суспільство ту чи іншу поведінку, розповсюдженості явища у суспільстві, актуальності боротьби із ним кримінально-правовими засобами. Поряд із цим для з'ясування суспільної небезпечності причетних діянь є необхідним також дослідження їх зв'язку із основним злочиним. Для прикладу, відносини власності поставлені під охорону кримінального закону шляхом заборони крадіжки, при цьому діяння, які складають причетність до злочину можуть істотно зашкодити або об'єктивно унеможливити реалізацію цієї кримінально-правової заборони Як висновок, визнання суспільством причетності до злочину суспільно-небезпечною по-

ведінкою визначається у зв'язку з потребою удосконалення механізму захисту суспільних відносин, які вже охороняються основним злочиним.

Аналізуючи практику притягнення до кримінальної відповідальності за тяжкі та особливо тяжкі злочини, слід зазначити, що у багатьох випадках супроводом таких злочинів є спеціальна причетність до злочину у вигляді його заздалегідь необіцяного приховування. Суспільна небезпека та поширеність вказаного злочину, підтверджена практикою застосування норми, яка встановлює кримінальну відповідальність за заздалегідь необіцяне приховування злочину однозначно свідчать про те, що така норма правильно відображає оцінку суспільства на приховування злочину і необхідність саме кримінально-правовими методами боротись із цим явищем.

Суспільна небезпека заздалегідь необіцяного приховування злочину лежить ніби на поверхні, внаслідок чого криміналізації таких діянь є очевидним явищем, чого не можна сказати про причетність до злочину, яка вчиняється пасивним шляхом.

Справді, пасивне спостереження за вчинками, які суспільство оцінює з негативної точки зору, завжди було предметом осуду і предметом негативної оцінки. Відповідальність за пасивну поведінку, що полягає у неперешкоджанні негативним діям має глибокі суспільні корені.

Збільшення чисельності населення та ускладнення соціальних зв'язків призводить до того, що тягар «вини за прогрес» розподіляється на все населення. Очевидно, що не виконана в інтересах суспільства діяльність – це мінус для суспільства і тому воно засуджує пасивну поведінку, як антисуспільну. Проте чи дотягує на шальках терезів вага антисуспільної поведінки причетних діянь до поведінки суспільно-небезпечної, а отже чи доцільна криміналізація таких антисуспільних діянь, які лише об'єктивно пов'язані із тими діяннями, що вже закріплені у законі як злочинні.

Ст. 187 Кримінального кодексу 1960р. містила відповідальність за недонесення про злочин. Із прийняттям у 2001р. нового кримінального закону діяння, що полягало у неповідомленні про злочин не закріплено як окремий склад злочину.

Повідомлення органам влади про достовірно відомо підготовлюваний чи вчинений злочин стало правом, а не обов'язком громадян, і з точки зору протиправності ми можемо говорити в основному лише про моральний обов'язок громадян повідомляти про вчинений злочин.

Набуття чи втрата суспільної небезпеки суспільних відносин залежить від зміни соціально-політичної обстановки у суспільстві. Натомість майже повна декриміналізація недонесення про злочин не була зумовлена жодними суспільними змінами, тобто виключення недонесення про злочин з діянь, які передбачені кримінальним законом, без врахування суспільної правосвідомості про те, що таке діяння є суспільно-небезпечним.

Крім того, можна припустити, що декриміналізація неповідомлення про злочин відбулася під впливом прийняття нового КК Російської Федерації 1996р., який теж усунув кримінальну караність недонесення про злочин. При цьому у Російській федерації цьому сприяла наукова дискусія про доцільність чи недоцільність такої декриміналізації, на відміну від України, де питання декриміналізації було вирішене лише на рівні нормотворчості. На даний момент навіть у юридичній енциклопедії, на відміну від приховування злочину, не згадується про існування неповідомлення (недонесення) про злочин.

Ймовірно, значну негативну роль у декриміналізації діяння відіграла назва «недонесення про злочин». Безумовно, донос про злочин, особливо політичний, як кримінально-процесуальний інструмент, в часи радянської України мав не лише негативне моральне забарвлення, але й безпідставно використовувався як елемент репресій населення, будучи значним, а інколи єдиним доказом по справі. Проте єдине моральне забарвлення недонесення про злочин не повинно було бути вирішальним чинником при декриміналізації діяння.

На противагу цьому у цілому ряді країн Європи повідомлення про вчинення злочину є елементом правосвідомості громадян, тим чинником, який у багатьох випадках допомагає запобігти або припинити злочин, чи виявити злочинця. У кодексах багатьох держав різних частин світу є статті про відповідальність за неповідомлення). Така діяльність всіяко пропагується поряд із встановленням відповідальності за неповідомлення про найбільш тяжкі злочини. І на даному етапі закон повинен стати стимулом для формування правосвідомості

громадян повідомляти про відомі їм факти злочину, інструментом знищення правосвідомості «моя хата скраю».

Повідомити про важкий злочин не повинно бути аморальним, це повинно бути обов'язком громадянина, оскільки це своєрідний громадський контроль за злочинністю і вагомий інструмент для забезпечення невідворотності покарання. Адже, як зазначають дослідники питань неповідомлення про злочин, за право жити у безпечному суспільстві необхідно платити добросовісним виконанням обов'язків, спрямованих на створення такого суспільства, однією з яких повинно бути повідомлення про підготовлювані тяжкі злочини.

Безумовно і в Україні повідомлення про вчинений чи підготовлюваний злочин вважається закономірною діяльністю громадян. Свідченням цього є той факт, що згідно повідомлень Міністерства внутрішніх справ України більшість злочинів виявлено та доведено до відома правоохоронних органів саме громадянами.

Справедливо у юридичній літературі акцентується увага на наявність дисбалансу між правами та обов'язками, що можна продемонструвати також і на прикладі Конституції України, де закріплено кілька десятків прав та лише кілька обов'язків громадян і наявну внаслідок цього загрозу атомізації суспільства, дезорганізації системи управління, що в кінцевому результаті зробить кожного окрему особу беззахисною перед насиллям та пороками суспільства. Та й не безпідставно вчені криміналісти наголошують, що серед головних причин неефективності боротьби зі злочинністю та обставина, що закони не передбачають санкції за дії, які за своєю суттю є злочинами.

Знаходить своє усвідомлення необхідність криміналізації неповідомлення про злочин і в тих державах, де це діяння декриміналізоване, так у Росії після вчинення терористичних актів на станціях метро у Москві у березні 2010р. на рівні керівництва держави постало питання про необхідність встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про вчинення терористичних актів.

Ще один з аргументів на користь встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин впливає із загальних ознак причетності до злочину. Неповідомлення про вчинений злочин є грубо порушує норми моралі не само по собі, а у зв'язку із вчиненням важких злочинів, натомість якщо розглядати цей злочин без прив'язки до основного злочину, то очевидно картина моральності чи неморальності такого діяння деформується.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ У СВІТЛІ НОВОГО КПК УКРАЇНИ

Палюх Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У зв'язку з прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України постала необхідність узгодження положень чинного Кримінального кодексу України з відповідними положеннями нового кримінального процесуального законодавства. У значній мірі це стосується норм, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя. Тому видається необхідним розглянути ці питання, сформулювати відповідні пропозиції щодо узгодження норм розділу XVIII КК України з положеннями нового кримінального процесуального законодавства.

Передусім слід звернути увагу на те, що нового тлумачення і необхідності певних змін набуває стаття 372 КК України «Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності». До прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України в теорії кримінального процесу склалося загальноприйняте розуміння поняття «притягнення до кримінальної відповідальності» як поняття, аналогічне до закріпленого в КПК України 1960 року поняття «притягнення як обвинуваченого». З цього приводу також є тлумачення Конституційного Суду України. Зокрема, Конституційний Суд України дав офіційне тлумачення поняття притягнення до кримінальної відповідальності у Рішенні від 27.10.1999 року у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканість). Зокрема, у резолютивній частині свого рішення Конституційний Суд України роз'яснив, що кримінальна відповідальність настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду; притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину.

В КК Російської Федерації є аналогічна за змістом до статті 372 КК України стаття, аналізуючи яку Л.В. Іногамова-Хегай зазначає, що вживання у диспозиції статті терміну «притягнення до кримінальної відповідальності» є не зовсім вдалим, оскільки в чинному законодавстві його зміст не розкривається, хоча саме поняття досить часто використовується в теорії кримінально-процесуального права. З приводу розуміння цього поняття висловлювалися різні позиції. Так, Г.Н. Ветрова зазначає, що пред'явлення обвинувачення ще не породжує обов'язку відповідати за свої дії і не означає реалізації цього обов'язку. Схожу думку висловлює Н.Я. Калашникова, яка вважає, що з пред'явленням обвинувачення можна пов'язувати лише створення умов для встановлення кримінальної відповідальності. Є.В. Фесенко зазначає, що початковою стадією кримінальної відповідальності є момент пред'явлення обвинувачення. Адже практично із цього моменту найчастіше може бути обрано до правопорушника запобіжні заходи; взяття під варту, застава, підписка про невийзд тощо.

Слід зауважити, що в КПК 1960 р. зміст поняття «притягнення до кримінальної відповідальності» також не розкривався, водночас після прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України зазначених дискусій серед українських науковців не буде виникати, оскільки в новому Кримінальному процесуальному кодексі України, у п.14 ч.1 ст.3 КПК визначено поняття притягнення до кримінальної відповідальності. Відповідно до Кримінального процесуального кодексу України 2012 р., притягнення до кримінальної відповідальності становить стадію кримінального провадження, що починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Поняття «пред'явлення обвинувачення» в новому кримінальному процесуальному законодавстві не використовується. Таким чином, злочин вважається закінченим з моменту повідомлення завідомо невинній особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення.

Можливою є така ситуація, коли на момент повідомлення про підозру у кримінальній справі бути наявними достатні докази для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення, однак на момент складення обвинувального акту слідчим, прокурором, такі докази були відсутні, а навпаки, у справі були докази, що свідчили про невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення. Виникає запитання: як в такому разі кваліфікувати дії слідчого, прокурора, які склали обвинувальний акт щодо завідомо невинної особи і передали його до суду? Відповідно до п. 5 ч.1 ст. 3 КПК України досудове розслідування - стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 3 КПК України досудове слідство - форма досудового розслідування, в якій здійснюється розслідування злочинів. Отже, повідомлення про підозру у вчиненні злочину є етапом стадії досудового слідства. Цей етап закінчується з моменту повідомлення особі про підозру.

Тому слід погодитися з Л.В. Іногамовою-Хегай, яка зазначає, що в даному випадку мова йде не про пред'явлення обвинувачення завідомо невинному, а про продовження кримінального переслідування щодо нього. В момент пред'явлення обвинувачення слідчий або дізнавач могли ще не знати про невинуватість потерпілого. Тому, в таких діях, на думку автора, немає складу злочину «Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності». Слід погодитися, що такі дії можна розглядати як різновид зловживання службовим становищем.

Відповідно до ч. 1 ст. 176 КПК України повідомлення про підозру обов'язково здійснюється у випадку обрання до особи одного з передбачених КПК України запобіжних заходів. Одним з запобіжних заходів відповідно до ч. 1 ст. 176 КПК України є тримання під вартою. На сьогодні актуальним є питання: хто за чинним КПК України є суб'єктом завідомо незаконного тримання під вартою (ч. 2 ст. 371 КК України) – суддя, який постановив ухвалу про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, чи слідчий, прокурор, які внесли до суду клопотання про застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою, чи всі зазначені суб'єкти? Серед вітчизняних науковців є поширеною позиція про те, що в розглядуваному складі злочину суб'єктом є слідчий, прокурор, керівник установи, де тримався під вартою потерпілий. Дії судді, який постановив завідомо незаконну ухвалу про застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою, слід кваліфікувати за ст. 375 КК України як постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови. Отже, виходячи з такої позиції, за чинним КПК України у разі, якщо у справі слідчим або прокурором повідомлено про підозру завідомо невинній особі у випадку обрання до неї запобіжного заходу у виді тримання під вартою, вони повинні відповідати за сукупністю злочинів, передбачених статтями 371 КК України «Завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою», а також ст. 372 «Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності».

Інші питання, що стосуються кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя, стосуються визначення в п.23 ч.1 ст.3 КПК України 2012 року поняття суддя. Відповідно до нового кримінально-процесуального закону цим поняттям охоплюється термін «присяжний». Виходячи з цього, можна зробити висновок зі змісту диспозиції ст.375 КК України «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови», про те, що суб'єктом цього злочину є судді, які відповідно до Конституції України на професійній основі уповноважені здійснювати правосуддя, а також присяжні. Хоча власне на присяжного як на суб'єкта цього злочину в даній статті вказівки немає, тоді як у ст.ст. 377-379 КПК України визначено як потерпілого суддю, і окремо визначено як потерпілих народного засідателя, присяжного, їх близьких родичів. Одразу слід зауважити, що поняття «народний засідатель» у чинному кримінальному процесуальному законодавстві відсутнє, тому його слід виключити і з норм розділу ХVIII КК України. Щодо використання в КК України поняття «присяжний» видається, що для усунення можливих спірних моментів при тлумаченні змісту норми про кримінальну відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови, видається доцільним закріпити у диспози-

ції статті 375 КК України вказівку як на суб'єкта цього злочину, також присяжного, оскільки, застосовуючи системне тлумачення норм розділу XVIII КК України, можна дійти висновку, що присяжний не є суб'єктом злочину, передбаченого ст.375 КК України. До речі, відповідно до п.5 ст.32 КПК України 1960 р. поняттям «суддя» також охоплювалося поняття «народний засідатель», однак КК України чітко розмежовує поняття «суддя», «народний засідатель» у статтях 377-379 КК, з чого можна зробити висновок шляхом системного тлумачення КК України, що народний засідатель не визнавався суб'єктом злочину, передбаченого ст. 375 КК України «Постановленням суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови», оскільки у ній про народного засідателя немає прямої вказівки на відміну від зазначених вище статей 377-379.

Крім того, поняття «близькі родичі» є різним в КПК України (п.1 ч.1 ст.3) та в ст.2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів». Так, зокрема, відповідно до ч.2 ст.2 зазначеного Закону близькі родичі, які відповідно до цього Закону підлягають захисту, - це батьки, дружина (чоловік), діти, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки, посягання на життя, здоров'я, житло і майно яких перешкоджає виконанню працівниками суду і правоохоронних органів покладених на них законом обов'язків і здійсненню наданих прав. У п.1 ч.1 ст.3 КПК України визначено таке поняття як «близькі родичі та члени сім'ї», до яких новий кримінальний процесуальний закон відносить таких осіб: чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права і обов'язки, у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі. Видається, що при тлумаченні відповідної норми, передбаченої ст. 380 КК України, для з'ясування змісту поняття «близькі родичі» слід звертатися до норми, передбаченої в п.1 ч.1 ст.3 КПК України.

ВРАХУВАННЯ РОЛІ СПОЛУЧНИКІВ У ТЕКСТІ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПРИ ЙОГО ТЛУМАЧЕННІ

Панчак О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Оскільки закон про кримінальну відповідальність виражається за допомогою мовних засобів, то використання при його тлумаченні правил мови поряд з іншими правилами сприятиме пізнанню істинного смислу цього закону. Це відбуватиметься як через встановлення смислу слів та лексичних словосполучень закону про кримінальну відповідальність, так і через встановлення смислу речень закону про кримінальну відповідальність. Необхідною умовою здійснення останнього є з'ясування ролі сполучників, що вживаються в тексті закону про кримінальну відповідальність, і які є дуже поширеними в ньому.

Як відомо, сполучники не мають самостійно вираженого лексичного значення, а слугують для поєднання між собою однорідних членів речення або речень. За значенням сполучники поділяються на сурядні (єднальні, протиставні, розділові) та підрядні (порівняльні, часові, причинові, мети, умовні, допустові, наслідковий). Отже, при тлумаченні закону про кримінальну відповідальність слід з'ясувати роль вжитих у ньому сполучників.

Так, сурядні сполучники поєднують однорідні члени речення чи частини складних речень, що позначають різні однотипні ознаки кримінально-правового поняття, правила поведінки (чи ознаки однієї з їхніх ознак), що містяться в Загальній частині КК України, або одну і ту ж ознаку поняття про конкретний злочин, закріпленого в диспозиції частини статті (статті) Особливої частини КК України. Тому, при тлумаченні таких однорідних членів речення чи частин складних речень тлумача, в першу чергу, цікавлять відповіді на низку питань: чи всі такі ознаки в сукупності є обов'язковими для відповідного поняття, чи вони можуть як поєднуватися в одному понятті, так і виключати одна одну, а чи й взагалі є взаємовиключними? Видається, що самé лише врахування вказаних видів сурядних сполучників (єднальні, протиставні чи розділові) відповідей на поставлені запитання дати не може. Адже, як зазначається у лінгвістичній літературі (Юшук І. П. Українська мова), кожен із видів сурядних сполучників може передавати, виражати по декілька різних типів зв'язків та відношень між членами речення чи реченнями, які вони з'єднують (наприклад, єднальні сполучники між однорідними членами речення виражають, як правило, перелік чи зіставлення певних явищ, а у складносурядних реченнях можуть передавати одночасність, сумісність, послідовність, причиново-наслідкову, умовно-наслідкову чи допустово-протиставну залежність між діями або станами, приєднувальні відношення). У кримінально-правовій літературі (Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України; Тростюк З. А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України) також указується на вживання в чинному КК України єднальних сполучників "та", "і", "а також" для вираження як єднальних, так і розділових зв'язків, чи на вживання взагалі як взаємозамінних єднального і розділового сполучників для поєднання одних і тих же однорідних членів речення, що містяться в назві та диспозиції статті КК України. Напевно, враховуючи це, законодавче формулювання ч. 1 ст. 366 КК України у первинній редакції "складання і видача завідомо неправдивих документів" було витлумачене авторами трьох науково-практичних коментарів як таке, що вказує на дві самостійні форми вчинення злочину "Службове підроблення" без жодних на те пояснень.

Тому чітких правил встановлення типу зв'язку, що позначається певним сурядним сполучником, у літературі не наводиться. Така ситуація, видається, обумовлена тим, що роль конкретного сполучника, вжитого в тексті закону про кримінальну відповідальність, можна встановити лише в контексті, в якому його використано. А вивести закономірності вживання кожного із них у певній ролі в межах усього КК України є нездійсненним завданням, хоча й дуже потрібним. Тому все ж спробуємо окреслити низку прийомів установавання типу відношення між однорідними членами речення чи реченнями, що передаються сурядними сполучниками. Однак відразу наголошуємо, що такі можуть мати для тлумача лише орієнтуєче зна-

чення і результат, отриманий за їх допомогою, буде істинним, лише якщо він не суперечитиме відповідному контексту та підтверджуватиметься використанням других прийомів як лінгвістичного, так і інших способів доктринального тлумачення, а також ціннісними установками тлумача (його поглядами на природне право).

По-перше, єднальні (*i (й), та* (у значенні *i*), *i... i*) та розділові (*або, чи, або... або, чи...чи*) сполучники, як правило, чітко розмежовуються і передають кожен свій тип зв'язку, а саме: перші – перелік обов'язкових ознак, другі – роздільність (необов'язковість) чи взаємовиключення таких ознак у: 1) законодавчих визначеннях (дефініціях) кримінально-правових понять, що зумовлено вимогами до їх побудови і що містяться як у Загальній, так і в Особливій частинах КК України; 2) приписах, що закріплюють обов'язок чи право вчиняти певні дії за наявності відповідних умов (підстав) – між такими умовами (підставами); 3) санкціях частин статей (статей) Особливої частини КК України.

По-друге, розділові сполучники (*або, чи, або... або, чи...чи*) передають лише відношення взаємовиключення, якщо вони вжиті: 1) між словами (словосполученнями), що позначають непоєднані, несумісні у певному контексті (в описаній ситуації) поняття (наприклад, ч. 3 ст. 4; ст. 16; ч. 4 ст. 52; п. 1 ч. 2 ст. 115; ч. 3 ст. 130 і т. д. КК України); 2) у санкціях частин статей (статей) Особливої частини КК України. У всіх інших випадках їх використання в тексті закону про кримінальну відповідальність вони виконують єднально-розділову функцію (виражають зв'язок роздільності).

По-третє, тип зв'язку (перелік чи роздільність ознак) між однорідними членами речення чи реченнями, що виражений сполучником *а також*, як правило, є таким же, як переданий сполучником, що стоїть перед попереднім до нього однорідним членом речення того ж ряду (наприклад, ч. 5 ст. 27; ч. 1 ст. 127; ч. 4 ст. 267¹; ст. 285 тощо КК України).

По-четверте, у випадках, коли з ряду однорідних членів речення (чи речень) лише останній приєднується до попереднього сурядним сполучником будь-якого виду, то при тлумаченні таких переліків слід керуватися тим, що й між усіма іншими однорідними членами речення з цього ряду, як правило, існує той же самий тип зв'язку, як і виражений таким одиничним сполучником (наприклад, п.п. 1, 5, 6 ч. 1 ст. 66; ч. 1 ст. 103; ст. 113; ч. 2 ст. 244 тощо КК України).

У всіх інших випадках під час визначення типу зв'язку, позначеного сурядними сполучниками, тлумач повинен брати до уваги контекст вживання такого сполучника та керуватися другими прийомами як лінгвістичного, так і інших способів тлумачення. Однак, незважаючи на складність такого визначення, суб'єкт доктринального тлумачення завжди повинен з'ясувати і однозначно вказати на роль усіх сурядних сполучників, що містяться в тексті закону про кримінальну відповідальність, а саме: чи такі об'єднують ознаки, кожна з яких є необхідною для відповідного поняття і відсутність хоча б однієї з них свідчить про відсутність цього поняття, а єдність таких ознак є достатньою для встановлення саме цього поняття; чи вони об'єднують ознаки, що виключають одна одну; чи, нарешті, об'єднують ознаки, що не виключають одна одну, проте можуть одночасно і належати, і не належати одному і тому ж предмету.

Що стосується підрядних сполучників, то, оскільки такі практично не породжують проблем із встановленням їх ролі при здійсненні доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність, та й їх є значно менше в тексті цього закону, ніж сурядних, на них ми детально не зупинятимемося. Нагадаємо лише, що такі приєднують підрядні речення до головних у складнопідрядних чи інших складних синтаксичних конструкціях і допомагають встановити характер уточнення першими других. А самі підрядні речення доповнюють, уточнюють, конкретизують ознаки кримінально-правових понять, правил поведінки чи й самостійно позначають їх, і лише як такі мають значення для тлумача.

Отже, врахування ролі сполучників, що вжиті у тексті закону про кримінальну відповідальність, є необхідною умовою правильного встановлення ознак кримінально-правових понять і їх смислу при тлумаченні приписів Загальної частини КК України та ознак складу злочину і їх смислу при тлумаченні положень Особливої частини цього закону.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СПІВУЧАСТЬ В ХАБАРНИЦТВІ

Плекан В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В Україні хабарництво як злочин набирає все більш ускладнених організованих форм, що ускладнює виявлення правоохоронними органами механізму їх вчинення та ролі кожного із співучасників. Зокрема, як відзначає Р.І. Кулаковський “в масовій свідомості основних соціальних груп формується думка, нібито корупційні злочини не завдають шкоди суспільству, тому певні верстви населення обирають відповідні протиправні шляхи розв’язання усіх можливих повсякденних проблем (у такому випадку чесний чиновник пересічними громадянами розглядається як перепона у досягненні мети, а тому викликає роздратування)”. Однак, оскільки для співучасті в хабарництві властивий більш витончений, запланований характер протиправних дій, то й з набуттям злочинними відносинами організованого характеру підвищується їх суспільна небезпека, а тому проблема вчинення злочинів у співучасті є вкрай важливою та потребує детального вивчення для подальшого запровадження результативних засобів її негайного вирішення.

З прийняттям чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України) у 2001 році скасовано окрему норму, що передбачала відповідальність за посередництво у хабарництві. Однак це не означає, що новий КК України декриміналізував посередництво в хабарництві. Це злочинне діяння залишається кримінально караним, лише кваліфікація його відбувається як співучасті в одержанні чи даванні хабара із застосуванням ст. 27 КК України. Водночас, незважаючи на відсутність в чинному законодавстві України про кримінальну відповідальність норми щодо посередництва в хабарництві, слід погодитись із В.І.Клименком, на думку якого суспільна небезпека цього явища залишається досить високою.

Наприклад, як кваліфікувати діяння особи, яка сприяє вчиненню давання-одержання хабара, при цьому переслідує власну корисну ціль і в такій злочинній угоді допомагає вчинити злочин одночасно як хабародавцю, так і особі, яка одержує хабар? В КК України 1960 року таке діяння кваліфікувалося за ст. 169 як посередництво в хабарництві. Проте, ще в період дії КК України 1960 року висловлювались пропозиції про виключення з нього даної статті, оскільки наявні в ній санкції занадто низькі, що не сприяє ефективній протидії опосередкованому хабарництву, а також фактично вона передбачає відповідальність за спеціальний вид співучасті у хабарництві. Недолік її в тому, що вона ускладнює відмежування певного виду співучасті від інших, які кваліфікуються як пособництво в хабарництві.

Аналіз слідчо-судової практики свідчить про те, що у багатьох випадках хабарництво не відбулося б, оскільки часто хабародавець не- знайомий із службовою особою особисто, а тому не має можливості безпосередньо передати їй хабар, і лише посередник, який виступає на стороні службової особи, уможлиблює реалізацію злочинного умислу. Отже, посередник у хабарництві, на відміну від фігури пособника характеризується підвищеним ступенем суспільної небезпеки.

Окрім цього, на даний час існує проблема чітких критеріїв розмежування посередника як співучасника у хабарництві за чинним кримінальним законом від хабародавця чи хабароодержувача.

Не менш важливим є і питання про призначення покарання за посередництво у даванні чи одержанні хабара. Так, санкція ст.368 КК України, що передбачає покарання за вчинення особою посередництва в одержанні хабара є значно легшою ніж санкція ст.369 КК України за вчинення посередництва на стороні хабародавця, що в свою чергу не відповідає принципу справедливості призначення покарання.

Окрім цього, виокремлення посередництва в хабарництві як особливої форми співучасті є необхідним ще й з тих причин, що в законодавстві можливо передбачити звільнення посередника від кримінальної відповідальності, а тому посередництво у хабарництві є особливим рі-

зновидом співучасті у злочині, яке повною мірою не охоплюється видами співучасті, передбаченими у ст. 27 КК України.

Відповідно до КК України хабарництво є родовим поняттям, яке охоплює два самостійних, взаємопов'язаних склади злочину: одержання та давання хабара. Зазначені склади злочинів пов'язані між собою спільністю об'єкта і предмета злочину, змістом і характером злочинних дій. Разом з цим, в теорії кримінального права існує позиція, відповідно до якої давання хабара – це випадок співучасті в одержанні хабара, при цьому така співучасть визначається як необхідна. Прихильниками цієї концепції є Б. Волжекін, А. Жижиленко, В. Навроцький, М. Рогожин, котрі вважають, що службова особа самостійно не може здійснити одержання хабара, для цього необхідно, щоб хтось його дав. Тому хабародавець, у тому числі діючий під впливом примусу (вимагання хабара), стає необхідним співучасником такого злочину, оскільки він умисно, спільно зі службовою особою бере участь у посяганні на один об'єкт. Наведені аргументи не доводять тезу про те, що давання хабара є несамостійним злочином і являє собою необхідну співучасть в одержанні хабара. Крім того, за такою позицією давання хабара необґрунтовано ставиться в залежність від його одержання. При цьому випускається з уваги те, що і одержання хабара не може бути закінченим без його давання, що свідчить про рівноправність цих двох діянь.

Проте, на сьогодні законодавець притримується концепції виділення двох самостійних складів злочину хабарництва – одержання та давання хабара, що виражається у формуванні двох окремих статей у Кримінальному кодексі. Такий розподіл нормативного матеріалу в КК України дещо ускладнює розуміння єдності та взаємозв'язку одержання хабара та його давання.

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ

Сибаль О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З'ясування існуючих у теорії кримінального права методологічних підходів до розкриття структури обставин, що виключають злочинність діяння, становить необхідну передумову кримінально-правових досліджень їх окремих видів.

Домінуючим у науковій літературі є підхід, розроблений А. А. Піонтковським та підтриманий багатьма зарубіжними та вітчизняними вченими, відповідно до якого характеристика обставин, що виключають злочинність діяння, традиційно пов'язується з аналізом умов їх правомірності. Так, наприклад, характеризуючи необхідну оборону, прийнято виокремлювати умови правомірності, що відносяться до нападу (посягання), та умови правомірності, що стосуються захисту. Стосовно крайньої необхідності, відповідно, виділяють умови, що характеризують небезпеку, та умови, що характеризують дії з її усунення.

Свого подальшого розвитку підхід А. А. Піонтковського набув у теорії «зовнішнього чинника», розроблений В. А. Блінніковим, згідно із якою заподіяна шкода вважається допустимою за наявності передбачених законом підстав (чинників) такої допустимості. Для того щоб певний «зовнішній чинник» становив умову правомірності діяння, вчиненого за наявності тієї чи іншої обставини, що виключає його злочинність, він повинен володіти ознаками *наявності* (його часові та просторові характеристики) та *реальності* (його об'єктивне існування).

Слід зазначити, що головним недоліком цього підходу, на наш погляд, є відсутність універсального критерію класифікації умов правомірності обставин, що виключають злочинність діяння.

В. І. Михайлов для характеристики досліджуваних обставин вводить поняття «соціальна ситуація», під якою розуміється локалізований у просторі та часі фрагмент соціального життя, що характеризується якісною визначеністю свого змісту і відносно стабільним складом учасників, тобто система зовнішніх відносно суб'єкта умов, які спонукають та опосередковують його активність.

Таким чином, – пише В. І. Михайлов, – первинним елементом системи обставин, що виключають злочинність діяння, є ситуації необхідної оборони, крайньої необхідності, затримання злочинця, ризику, виконання юридичних обов'язків та ін. За допомогою сукупності ознак конкретна ситуація відображається у відповідній нормі, яка складається з *гіпотези* (містить вказівку на ознаки певної ситуації (наявність посягання та його відбиття шляхом заподіяння шкоди тому, хто посягає, визначає необхідну оборону; наявність безпосередньої небезпеки і можливість її усунення тільки способом, пов'язаним із заподіянням шкоди «третім інтересам», – крайню необхідність і т. ін.)), *диспозиції* (закріплює відповідну уявленням суспільства модель поведінки (право чи обов'язок діяти навіть шляхом заподіяння певної шкоди)) та *санкції* (відносить діяння до числа злочинів (при порушенні умови правомірності – перевищенні закріпленої законом межі)).

Умови правомірності заподіяння шкоди, що утворюють соціальну ситуацію, за цим підходом, як видається, також жодним чином не диференційовані. Крім того, положення, що містяться у диспозиції та санкції, є частинами норми права, де закріплюється обставина, що виключає злочинність діяння, а не складовими цієї обставини.

Є. В. Благов для характеристики обставин, що виключають злочинність діяння, використовує поняття «склад виключення кримінальної відповідальності», зміст якого становить сукупність необхідних та достатніх ознак які дозволяють не вважати діяння, передбачене Особливою частиною кримінального законодавства, злочином.

За результатами аналізу ознак спеціальних складів необхідної оборони, крайньої необхідності, затримання злочинця та виправданого ризику науковець виділяє три групи ознак загального складу виключення кримінальної відповідальності, які характерні для всіх чи біль-

шості обставин, що виключають злочинність діяння. Першу групу складають ознаки, що відносяться до чинника, що обумовив діяння: його дійсність і наявність; другу групу – ознаки, що відносяться до усунення відповідного чинника: ціль – усунення цього чинника і спосіб – заподіяння шкоди; третю групу – ознаки, які відносяться до заподіюваної шкоди: завдання шкоди інтересу, який неможливо зберегти недоторканим та відповідність цієї шкоди цілі та (або) обумовлюючому фактору.

Застосовуючи вказану конструкцію, Є. В. Благов виділяє, для прикладу, три групи ознак складу виключення кримінальної відповідальності при затриманні злочинця: перша – ознаки, що відносяться до затриманого (вчинення ним злочину та ухилення від затримання); друга – ознаки, що відносяться до затримання (ціль – доставлення у відповідні органи та спосіб – заподіяння шкоди); третя – ознаки, що відносяться до заподіюваної шкоди (заподіяння її злочинцю та відповідність її характеру небезпечності ухилення від затримання).

На наш погляд, за такого розподілу умов правомірності заподіяння шкоди не враховуються суб'єктивні характеристики обставини, що виключає злочинність діяння, зокрема її суб'єкт та його психічне ставлення до вчинюваного діяння та його наслідків. Також сумнівним вважаємо дублювання умов правомірності заподіяння шкоди у другій (у частині способу) та третій групі ознак складу виключення кримінальної відповідальності.

І. Є. Звечаровський пропонує розглядати обставини, що виключають злочинність діяння через їх підставу та умови правомірності. При цьому, під підставою розуміється головна з умов. Проте не зрозуміло за такого підходу, що виступатиме критерієм розмежування підстав та умов правомірності заподіяння шкоди та яке кримінально-правове значення такого поділу.

Незважаючи на методологічну придатність та потенційну можливість використання кожного із вищезазначених способів характеристики обставин, що виключають злочинність діяння, у наукових дослідженнях все частіше обґрунтовується доцільність використання підходу, запропонованого Ю. В. Бауліним, відповідно до якого кожна з аналізованих обставин розглядається у єдності та взаємозв'язку двох елементів, а саме підстави діяння злочинність якого виключається, та складу цього діяння.

Підставами вчинення діяння, злочинність якого виключається, є різноманітні чинники об'єктивної дійсності (явища, процеси, вчинки, події і т. ін.), які викликають це діяння та виправдовують його вчинення. За результатами аналізу підстав вчинення окремих правомірних діянь, злочинність яких виключається, Ю. В. Баулін робить висновок, що усі вони (підстави) характеризуються певними загальними рисами, до числа яких науковець відносить їх необхідність, достатність, складність, виключність та об'єктивність.

Необхідними ці чинники (явища, процеси, події і т. ін.) визнаються тому, що без них вчинення вказаних діянь є недопустимим. *Достатність* передбачає, що у певний момент має місце така їх сукупність, яка виправдовує заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони. *Складність* означає, що досліджувані підстави утворюються різноманітними та неоднозначними елементами (чинниками), які лише в єдності обумовлюють необхідність (вимушеність) вчинення діянь, злочинність яких виключається. *Виключність* визначається тим, що певні події чи вчинки виходять за межі нормального стану і загрожують заподіянням або фактично уже заподіюють шкоду правоохоронюваним інтересам. Нарешті, *об'єктивність* передбачає їх існування у часі та просторі незалежно від волі та свідомості суб'єкта заподіяння шкоди.

Склад аналізованого діяння – це система юридичних ознак суб'єкта, об'єкта, суб'єктивного контролю та об'єктивної сторони цього діяння, що характеризують його як правомірний вчинок.

Суб'єктом правомірних вчинків, злочинність яких виключається, є фізична, осудна особа, що досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Він може бути загальним (наприклад, при необхідній обороні чи крайній необхідності) та спеціальним (наприклад, при виконанні наказу чи розпорядження або виконанні спеціального завдання для попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації).

Об'єктом аналізованих діянь визнається та цінність (благо), якій суб'єкт заподіює певну шкоду (наприклад, життя, здоров'я, майно тощо). Цей об'єкт співпадає із об'єктом відповідного злочину, під ознаки якого підпадає правомірний вчинок.

Об'єктивна сторона діянь, злочинність, яких виключається, становить процес правомірного заподіяння шкоди об'єкту цих вчинків. Цей процес розпочинається з реалізації дії чи бездіяльності і закінчується настанням певного правомірного результату. На подібні об'єктивної сторони складу злочину Ю. В. Баулін виокремлює три головних елементи, з яких складається об'єктивна сторона правомірного вчинку: 1) дія чи бездіяльність (діяння) суб'єкта, що входить в об'єктивну сторону своєю фізичною, внутрішньою стороною, виконані визначеним способом (з вибірковою використанням засобів) і у визначених об'єктивно-предметних умовах обстановки; 2) зміни в об'єкті вчинку, викликані цим діянням, тобто його результат; 3) причинний зв'язок між вчиненим діянням і результатом, що настав.

Зміст *суб'єктивного контролю* правомірного діяння, вчиненого в умовах обставини, що виключає його злочинність, становить свідомо вольова регуляція, що супроводжує усі етапи зовнішньої поведінки до настання наслідків. Інтелектуальний елемент суб'єктивного контролю характеризує перш за все усвідомлення суб'єктом фактичних, об'єктивних ознак вчинюваного діяння і спричинюваного ним результату. Вольовий елемент цього контролю полягає у бажанні суб'єкта заподіяти шкоду об'єкту вчинку, оскільки така шкода виступає необхідним засобом досягнення поставленої цілі. Складовими суб'єктивного контролю є мотив (внутрішнє спонукання особи) та мета (мисленнєвий результат, який прагне досягти особа) правомірного вчинку.

Вважаємо цей підхід найбільш прийнятним для аналізу окремих обставин, що виключають злочинність діяння, адже в такому разі забезпечується універсальний системно-структурний погляд на досліджувані обставини, полегшується виявлення та диференціація загальних і спеціальних ознак правомірних діянь та їх підстав за допомогою роздільного аналізу їх видів та елементів, з'являється можливість для їх класифікації тощо.

NULLUM CRIMEN SINE LEGE У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Хилюк С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Латинську максиму *nullum crimen sine lege* (нема злочину без закону) ввів в юридичний обіг Л. Фейєрбах для позначення одного з складових принципу законності у кримінальному праві. Проте процес формування цієї основоположної засади кримінального права бере початок з Стародавнього Риму (відповідні згадки є у працях Цицерона) та Середньовіччя (окремі складові *nullum crimen sine lege* були закріплені у Кримінальному Уложенні «Кароліна» (1532р.)) Вагомий внесок у становлення принципу законності вцілому та окремих його складових зробили мислителі епохи Просвітництва. Зокрема, Чезаре Беккарія на основі теорії суспільного договору обґрунтував, що злочини та покарання за них може визначати законодавець як представник всього суспільства, застосовувати відповідні норми повинен суд, причому він не може довільно тлумачити закон. Це було значним досягненням правової думки.

На сучасному етапі розвитку кримінально-правової науки серед вчених нема єдиного розуміння змісту принципу законності. Вони не лише по-різному визначають набір та зміст компонентів цього принципу, але й розходяться у фундаментальному (філософському) його розумінні. Так, Джорж Флетчер зазначає, що є позитивне та негативне розуміння законності. Квінтесенцією позитивного підходу є обов'язок держави шляхом, встановлення кримінально-правових норм та їх застосування, притягнути всіх винних до кримінальної відповідальності для захисту інших громадян, а для забезпечення контролю над небезпечними особами допустимим є, навіть широке тлумачення кримінального закону. Саме таке розуміння принципу законності домінує в Німеччині. Відповідно до негативного розуміння законність зводиться до гарантування захисту індивіда від свавілля держави, а тому тлумачити кримінальний закон можна лише буквально. Це є характерним для США. П.-А. Альбрехт наводить вагомі аргументи на користь того, що запорукою успішного розвитку та гармонізації кримінального права в Європі є примат прав людини.

Починаючи з 1945 року правило *nullum crimen sine lege* як складова принципу законності відображено більш, ніж в десяти міжнародних правових актах про права людини, в тому числі й у ст. 7 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини Ради Європи (1950) (надалі Конвенція). Відтак Європейський Суд з прав людини (надалі ЄСПЛ), застосовуючи вказану норму у розгляді більш як 70 справ, дав власне розуміння правила *nullum crimen sine lege*, яке становить безсумнівну цінність для кримінального права України з огляду на високий авторитет цієї наддержавної інстанції та положення ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (де практика Європейського суду з прав людини визнана джерелом права в Україні).

Аналіз рішень показує, що ЄСПЛ тлумачить правило *nullum crimen sine lege* наступним чином:

1. Лише закон може визначати склад злочину та встановлювати за нього покарання (рішення у справах Коккінасис проти Греції, Кононов проти Латвії та інші). Проте на відміну класичного підходу до трактування *nullum crimen sine lege*, який бере початок від Ч. Беккарії під законом ЄСПЛ розуміє не лише нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, прийнятий законодавчим органом, а писане та неписане право, яке наділене відповідними ознаками, в тому числі доступністю та передбачуваністю (Йоргіч проти Німеччини). Положення закону про злочини та покарання є передбачуваними якщо: а) вони чітко визначені в самому законі; б) особа з допомогою наявного судового тлумачення може встановити, яка поведінка є кримінально-каранною. Закон відповідає вимозі передбачуваності, навіть, в тих випадках коли для оцінки правових наслідків свого діяння особі потрібно звернутися за консультацією до професійного юриста (справа Кононов проти Латвії), а також коли можливі варіанти тлумачення відповідної норми описані та обґрунтовані в науковій літературі. Показовим прикладом є справа

Йоргіч проти Німеччини. Заявник був засуджений за акти геноциду, вчинені на території колишньої Югославії, хоч його дії були спрямовані не на фізичне чи біологічне знищення певної етнічної групи, а на знищення її як соціальної одиниці. ЄСПЛ констатував, що на момент вчинення відповідних дій у 1992 році багато судових органів тлумачило поняття геноциду вузько (як дії були спрямовані на фізичне чи біологічне знищення певної етнічної групи – уточнено мною С.Х.), проте деякі автори вже дали більш широке тлумачення цього поняття, яке й було взято за основу у вирішенні справи Йоргіча судами Німеччини. У рішенні наведено перелік наукової літератури, де обґрунтовано відповідне розуміння ознак складу злочину геноциду. Тому, на думку ЄСПЛ, є всі підстави вважати, що заявник міг передбачити, у випадку необхідності за допомогою юриста, що його поведінка оцінюватиметься як геноцид, а отже немає порушення ст. 7 Конвенції.

2. Застосування норми національного кримінального права до діяння, яке цією нормою не охоплюється, є порушенням принципу *nullum crimen sine lege*, й відповідно, суперечить Конвенції (Кононов проти Латвії). Тобто окремі випадки неправильної кримінально-правової кваліфікації є порушенням ст. 7 Конвенції. Зокрема, три з чотирьох видів неправильного застосування кримінального закону, виділених В.О. Навроцьким, суперечать ст. 7 Конвенції, а саме «підміна» статей КК, «надлишкове» застосування статей КК, безпідставне застосування статей КК. Серед українських юристів побутує думка, що ЄСПЛ не розглядає питань, пов'язаних з кримінально-правою кваліфікацією. Можливо, це стало однією з причин, з огляду на яку громадяни України не звертаються до ЄСПЛ з приводу порушення ст. 7 Конвенції. Хоча у рішенні Йоргіч проти Німеччини ЄСПЛ пояснює, що застосування національного законодавства належить до компетенції органів влади відповідної держави, а ЄСПЛ досліджує правові та фактичні помилки лише в тому випадку, коли вони ведуть до порушення Конвенції [4, §102]. У вказаній справі ЄСПЛ підтвердив правильність кваліфікації дій заявника судами Німеччини як геноциду. У справі Кононов проти Латвії ЄСПЛ визнав, що національні суди неправильно оцінили дії заявника як злочини проти людства, натомість констатував, що в його діях є загальнокримінальний злочин, на який поширюються положення про давність притягнення до кримінальної відповідальності [6, §140].

3. На думку ЄСПЛ недопустимими є зворотна дія кримінального закону в часі та поширювальне тлумачення кримінально-правових норм, в тому числі й аналогія кримінального закону. Разом з тим, ЄСПЛ не поширює заборону зворотної дії в часі на вирішення процесуальних питань, до яких на відміну від вітчизняної теорії кримінального права відносить, наприклад, встановлення строку давності притягнення до кримінальної відповідальності (справа Велч проти Об'єднаного Королівства). У справі G проти Франції ЄСПЛ конкретизує, що заборона зворотної дії в часі стосується лише тих положень, які погіршують становище особи, а положення, які покращують становище особи можуть діяти ретроспективно.

4. ЄСПЛ вважає, що держава, яка керується принципом верховенства права, має законну підставу порушити кримінальну справу проти осіб, які вчинили злочини в часи колишнього режиму. Так, у справі Кьолк проти Естонії ЄСПЛ констатував, що радянська влада в Естонії була окупаційною, а тому той факт, що окремі діяння, наприклад, такі як депортація цивільного населення не визнавалися злочином за радянським законодавством, не змінює кримінально-правової природи таких дій, оскільки вони були визнані злочинними за міжнародним правом. Відповідно на злочини проти людяності, вчинені в радянський період строки давності притягнення до кримінальної відповідальності не поширюються.

5. З практики ЄСПЛ випливає, що бланкетність кримінально-правових норм узгоджується з правилом *nullum crimen sine lege*, оскільки під законом, який передбачає злочин та покарання за нього ЄСПЛ розуміє як писане так і неписане право. Більше того у рішенні S.W. проти Сполученого Королівства зазначається, що судова практика як джерело права сприяє прогресивному розвитку кримінального права. А в справах Кононов проти Латвії та Штрелц, Кресслер і Кренц проти Німеччини додатковою підставою кваліфікації визнано міжнародні нормативно-правові акти.

6. Використання оціночних понять у формулюванні ознак складу злочину не порушує ст. 7 Конвенції. Так, у рішенні по справі Кантоні проти Франції Кантоні проти Франції зазначається, що одним із стандартів правового регулювання є використання узагальнених понять

на протигагу виключним перелікам. Їх тлумачення та застосування залежить від практики. Наявні сумніви щодо тлумачення обсягу цих понять не роблять відповідні положення, такими що суперечать Конвенції, якщо ці положення є достатньо зрозумілими в більшості випадків.

СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНІ НАСЛІДКИ ЯК ОЗНАКА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 140 КК УКРАЇНИ „НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ПРОФЕСІЙНИХ ОBOB'ЯЗКІВ МЕДИЧНИМ АBO ФАРМАЦЕВТИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ”

Ясеницький В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Суспільно небезпечні наслідки у складі злочину, „Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником” законодавець позначив словосполученням „тяжкі наслідки”. Використання такої оціночної термінології для характеристики суспільно небезпечних наслідків в рамках значної кількості складів злочинів, передбачених статтями різних розділів КК України (далі КК) створює очевидні труднощі для розуміння того, які ж наслідки слід вважати тяжкими. Ситуація ускладнюється також і тим, що в окремих випадках поруч із терміном „тяжкі наслідки” в диспозиції статті міститься вказівка на конкретний суспільно небезпечний наслідок. Так, наприклад, у диспозиції ч. 2 ст. 139 КК наслідки визначено як „смерть хворого або інші тяжкі наслідки”.

Наукові підходи спрямовані на системне розв'язання проблеми оціночних понять для позначення суспільно небезпечних наслідків як ознаки складу злочину, можна умовно звести до наступних правил:

1) Якщо поруч із терміном „тяжкі наслідки” законодавець альтернативно називає один чи декілька конкретних наслідків, то поняттям „тяжкі наслідки” охоплюються тільки ті, які є подібними, проте менш тяжкими, ніж альтернативно названі наслідки. Тобто, якщо керуватися цим правилом, то у випадку із ч. 2 ст. 139 КК „тяжкі наслідки” будуть охоплювати, наприклад, тяжке тілесне ушкодження.

2) Якщо альтернативних наслідків у диспозиції статті (частини статті) не названо, то необхідно звертатися до санкції в цій статті (чи частини статті) та санкції в межах загальної норми, яка містить склад злочину із таким наслідком. Якщо санкція загальної норми менша чи рівна, то можна зробити висновок, що склад злочину, в якому необхідно встановити зміст поняття „тяжкі наслідки” охоплюватиме наслідки, що містяться в загальній нормі.

Таким чином, керуючись написаним вище, *можна* було б зробити наступний висновок: поняття „тяжкі наслідки”, назване в диспозиціях ч. 1 та 2 ст. 140 КК, не охоплює наслідок у вигляді смерті, оскільки термін „тяжкі наслідки” названий безальтернативно, а санкція ч. 1 ст. 119 КК „Вбивство через необережність” є більш суворою, ніж санкції ч.1,2 ст. 140 КК. Додатковими аргументами на користь такого висновку в літературі також називають існування категорії „особливо тяжких наслідків”, що на думку науковців повинно підтверджувати наявність ще тяжчих наслідків, ніж смерть і які водночас є тяжкими за ті ж „тяжкі наслідки”.

На мою думку є низка аргументів, якими можна спростувати наведене вище.

По-перше, наслідки у складі злочину залежать від об'єкта складу злочину. Очевидним є той факт, що тяжкий наслідок для власності, довкілля, здоров'я є різним, адже наслідок характеризує зміни в об'єкті. Тому, уніфікувати поняття „тяжкі наслідки” так, щоб воно мало однакове значення в рамках усього КК неможливо. Неможливою є така уніфікація і в межах окремого розділу, в зв'язку з тим, що різні склади злочинів, передбачені статтями розділу, можуть містити у своєму складі додаткові об'єкти, які виходять за межі родового об'єкта цих складів злочинів, проте є самостійними об'єктами кримінально-правової охорони в інших випадках.

По-друге, суспільна небезпека злочинного посягання не визначається лише змістом суспільно небезпечних наслідків в межах складу злочину. В цьому дуже легко переконатися порівнявши санкції статей, які містять суміжні склади злочинів, з однією розмежувальною ознакою і однаковими наслідками, наприклад, умисне вбивство і вбивство через необережність. Наслідки можуть самостійно впливати на суспільну небезпеку лише тоді, коли вони є єдиною ознакою, яка відрізняє склади злочинів між собою. Наприклад, порушення праил безпеки ру-

ху, що спричинило смерть (ч. 2 ст. 286 КК) і порушення правил безпеки руху, що спричинило загибель кількох осіб (ч. 3 ст. 286 КК).

По-третє, якщо ізольовано розглянути поняття „тяжкі наслідки” та „особливо тяжкі наслідки”, то за правилами формальної логіки ми можемо спостерігати співвідношення загально-го і спеціального поняття. Подібними співвідношеннями в кримінальному праві є, наприклад, „великий розмір” та „особливо великий розмір”, „кваліфікований склад злочину” та „особливо кваліфікований склад злочину”. Таким чином, тяжкі наслідки, як більш широке поняття охоплюють собою особливо тяжкі наслідки, а ті в свою чергу можуть містити в собі наслідок у вигляді смерті і т.д. Умовно, в межах одного об’єкта, це можна зобразити наступним чином:

тяжкі наслідки—>особливо тяжкі наслідки—>смерть—>смерть кількох осіб

Більше того, з точки зору логіки співвідношення, можна вилучати окремі ланки з наведеного ланцюга, головне зберігати їхню порядковість. Наприклад:

тяжкі наслідки—>особливо тяжкі наслідки—>смерть кількох осіб

тяжкі наслідки—>смерть кількох осіб

Окрім цього наведений ланцюжок наслідків жодним чином не суперечить твердженню, що в законодавчій конструкції „смерть чи інші тяжкі наслідки” поняттям „інших тяжких наслідків” смерть не охоплюється. Дійсно, в рамках поняття „тяжкі наслідки” смерть не може фігурувати двічі, власне, в значенні „смерті” і в значенні „інших тяжких наслідків”, в цьому разі ми лише маємо справу з двома частинами одного явища, які повністю його вичерпують.

Наступною проблемою, яку необхідно вирішити є відповідь на питання про те, які санкції потрібно порівнювати, для встановлення змісту поняття „тяжкі наслідки”. Як уже згадувалося вище, самі по собі наслідки не є визначальними для встановлення меж санкції, адже склад злочину містить і інші ознаки, які в своїй сукупності і впливають на суспільну небезпеку, а отже і на те, яка санкція буде встановлена за вчинення посягання, що містить ознаки цього складу злочину.

Найбільш очевидним варіантом виходу із ситуації є порівняння не із загальною нормою, а із тією, яка знаходиться найближче в ланцюгу співвідношення і тому є найбільш співмірною за суспільною небезпекою посягання, що нею передбачене. Звичайно, якщо в цьому ланцюгу загальна норма є найближчою, то порівняння слід здійснювати із нею. З іншого боку, безпеляційне порівняння із загальною нормою може призвести до своєрідної колізійної ситуації, коли використовуючи один і той же метод, ми отримаємо протилежні результати. Так, наприклад, санкція статті 291 КК „Порушення чинних на транспорті правил” передбачає максимальне покарання у виді позбавлення волі строком на 5 років. Наслідки складу цього злочину позначені законодавцем як „загибель людей або інші тяжкі наслідки”. Якщо порівняти санкцію статті 291 КК із санкцією ч. 2 ст. 119 КК (наслідок смерть двох або більше осіб), то в останній ми побачимо розмір покарання у виді позбавлення волі від 5 до 8 років. Ст. 196 КК „Необережне знищення чи пошкодження майна” передбачає найсуворішим покаранням позбавлення волі строком до 3 років, а наслідками складу злочину в цьому разі виступають тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей. У той же час санкція ч. 1 ст. 119 КК передбачає від 3 до 5 років позбавлення волі.

Таким чином в КК є достатньо випадків, коли одна і та ж шкода в рамках загальних і інших норм тягне різні кримінально правові наслідки для винного. І якщо, гіпотетично, уявити, що наслідки у статтях 291 чи 196 КК були б названі виключно як оціночні поняття, то порівнюючи санкції із ст. 119 КК ми б могли зробити висновок про зовсім інший зміст наслідків. Звісно, не всі санкції в чинному КК є обґрунтованими і дійсно відображають суспільну небезпеку посягання, але яким би недосконалим не був закон, крім, власне, пропозицій щодо його удосконалення, необхідно, в першу чергу, вирішити питання його правильного застосування.

Отож, з огляду на вищесказане, є потреба у відшуканні норми, яка б у ланцюгу співвідношення знаходилась найближче до норми, регламентованої ст. 140 КК, а отже, яка б була найбільш подібною за суспільною небезпекою складу злочину, нею передбаченого.

На мою думку, таку норму містить ч. 2 ст. 139 КК, яка є спеціальною відносно норми передбаченої у ч. 1 ст. 140 КК. Адже, у разі ненадання медичної допомоги, особі щодо якої є загроза тяжких наслідків, за умови необережного спричинення таких наслідків і ч. 2 ст. 139 КК і ч. 1 ст. 140 КК претендуватимуть на застосування, оскільки повністю будуть охоплювати

(беручи до уваги ознаки сформульовані в диспозиціях цих статей) скоєне. Але, оскільки, в ч. 2 ст. 139 КК законодавець конкретизував ознаки потерпілого, вона міститиме спеціальну ознаку і матиме перевагу в застосуванні. Буквальне порівняння санкцій у ч. 2 ст. 139 КК та ч. 1 ст. 140 КК свідчить, що у ст. 139 КК санкція все ж таки вища (3 роки позбавлення волі проти 2). Проте, враховуючи, що у ч. 2 ст. 139 КК кримінальна відповідальність не диференційована за віком потерпілого (а отже охоплюється заподіяння шкоди потерпілому будь-якого віку), як це зроблено у ч. 2 ст. 140 (потерпілий є неповнолітнім), то цілком допустимим є порівняння санкцій ч. 2 ст. 139 КК і ч. 2 ст. 140 КК, а в цьому разі найбільш суворі покарання передбачено однаково у виді позбавлення волі строком до 3 років. Відповідно, якщо у ч. 2 ст. 139 смерть названо як наслідок, поруч з іншими тяжкими наслідками, то і наслідки складів злочинів в ч. 1, 2 ст. 140 КК, охоплюватимуть смерть потерпілого.

Встановивши верхню межу „тяжких наслідків” потрібно виявити ті наслідки, які становлять їх нижню межу. Оскільки, альтернативних „тяжким наслідкам” наслідків по нижній межі законодавець не називає, їх встановлення є можливим лише з огляду на санкції статей, що передбачають кримінальну відповідальність за тілесні ушкодження і які містять норми, що є найближчими в ланцюгу співвідношення. Так, санкція ст. 128 КК „Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження”, є менш суворою ніж, санкція ч. 1, 2 ст. 140 КК, проте, пересікається з останньою в частині виправних робіт та обмеження волі.

Таким чином, поняття „тяжкі наслідки”, як ознака складу злочину, передбаченого ст. 140 КК включає в себе смерть, тяжке тілесне ушкодження або середньої тяжкості тілесне ушкодження.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ТАКТИЧНІ ПРИЙОМИ УСПІШНОГО ПРОВЕДЕННЯ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Бабунич В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Обов'язковою передумовою для успішного проведення перехресного допиту є ретельна підготовка до такого допиту шляхом вивчення і аналізу матеріалів кримінального провадження та вироблення допитувачем тактики допиту. Перед проведенням перехресного допиту допитувачем щодо кожної конкретної особи, яка планується бути допитаною, повинен бути сформульований чіткий перелік завдань допиту та підготовленні засоби їх досягнення.

Тактичні прийоми перехресного допиту доцільно класифікувати відповідно до завдань, поставлених перед цим видом допиту, а саме:

- прийоми спрямовані на дискредитацію свідчень, отриманих в ході прямого допиту (демонстрація того, що факти, які містяться в показаннях допитуваного, за своєю природою неможливі; демонстрація неспроможності допитуваного надавати показання відносно тих фактів, які він покликаний посвідчити, тощо.);
- прийоми спрямовані на усунення перебільшень, одностороннього висвітлення певних фактів, приведення показань допитуваного у відповідність з іншими фактами по справі чи здоровому глузду (намагання похитнути впевненість допитуваного в фактах, відносно яких він раніше чітко стверджував; доказування упередженості допитуваного в кримінальному провадженні в цілому чи частково; піддання сумніву професійної спроможності допитуваного (спеціаліста, експерта); висвітлення перебільшеного характеру показань допитуваного в силу того, що час і супутні цьому обставини викривили пригадування фактів допитуваним; висвітлення сумнів в реальності існування обставин, які дають можливість правильно сприймати певні обставини, тощо.);
- прийоми спрямовані на отримання нової інформації сприятливої для сторони, яка проводить перехресний допит (схиляння до нової інтерпретації допитуваним фактів на користь сторони, яка допитувала; встановлення нових фактів, які раніше не повідомлялись допитуваним; доповнення, підсилення ефекту від раніше встановлених фактів різними мовними та іншими засобами, прийомами, тощо.).

Під час перехресного допиту використовуються різноманітні тактичні прийоми: постановка запитань, пред'явлення речових і письмових доказів, оголошення показань, роз'яснення суті наслідків вчиненого злочину, переконання у необхідності надання правдивих свідчень перед судом, тощо.

Однак основним засобом для проведення перехресного допиту в кримінальному судочинстві є постановка допитувачем запитань.

Запитання мають стратегічне значення для формування в процесі діалогу фактів кримінального провадження, а отже й для встановлення істини у справі. За допомогою вмільо поставлених запитань, допитувач може направляти, контролювати хід свідчень, представляти свою версію справи вустами допитуваного. Через запитання учасники судового слідства отримують нові відомості, а також інформацію, яка доповнює і уточнює раніше надану інформацію. Запитання можуть бути використані і в деструктивних цілях, для руйнування в ході перехресного допиту свідчень свідка протилежної сторони.

А відтак, варто звернути увагу на такі види можливих до застосування в ході допиту запитань: нейтральні (формулювання відповідей на ці запитання повністю залежить від ініціативи допитуваної особи); розділювальні («або — або»); запитання непрямого навіювання (конструкція таких запитань дає право вибору між двома варіантами відповідей, але позитивна

відповідає очікуванню особи, яка запитує. Наприклад, «Чи не в чорній куртці була людина, яка вдарила монтувальним пристроєм потерпілого?»); запитання прямого навіювання (це випадки, коли замість запитання «Хто знаходився поруч зі злочинцем?» ставиться запитання «Чи знаходився підсудний Клименко на місці події поруч зі злочинцем?»); запитання обманного змісту (наприклад, причетність Матвійчука до злочину ще не встановлена, а формулюється запитання типу: «Чи був Матвійчук тверезий під час скоєння злочину?»).

Одна з головних заповідей перехресного допиту полягає в тому, щоб контролювати допитуваного, спонукати його відповідати тільки на ті запитання й тільки в тих межах, які вимагає допитувач. Основні засоби контролю допитуваного - це вибір форми запитань, що задаються йому, їх послідовність, темп постановки запитань, інтонація та ін. Різні види альтернативних запитань (юрист пропонує відповідати на запитання: «так» або «ні»), особливо такий їхній різновид як «роздільні запитання» – дозволяють здійснювати дієвий контроль. У роздільних запитаннях адресант може сигналізувати про своє відношення до інформації, що подається у запитанні, або до бажаного варіанту відповіді шляхом додавання висловлювань «чи не так», «правильно» тощо. Вони, містять очевидне запрошення до певної відповіді.

Розглянемо декілька дієвих прийомів, які знаходяться в арсеналі допитувача:

- використання переходів. Використання переходів додатково пояснює судді, про що говоритиме учасник процесу; пояснює потерпілому, свідкові чи обвинуваченому, на чому саме хоче концентруватися допитувач; і в цілому сприяє тому, щоб суддя розумів суть свідчень. Також вони упорядковують хід перехресного допиту. Приклад: «А зараз я хочу поставити Вам декілька питань відносно (тема допиту). Ви розумієте це?». Такий прийом чітко указує як судді, так і учасникам судового слідства, на те, що є предметом розмови. Також це служить додатковим нагадуванням допитаній особі, що заяви, які вона почує, це фактично запитання.
- прийомом «петлі». Використовується з метою акцентуації уваги щодо найважливіших моментів допиту. Тактичний прийом полягає в аналізі попередніх висловлювань допитуваних і застосуванні їх у подальшій лінії допиту. В даному випадку увага акцентується на деталях свідчень. Для привертання особливої уваги допитувач може повторювати одне і те ж запитання з різними інтонаціями.
- прийом «недостатньо уважні спостереження». Такий перехресний допит ставить за мету довести, що у свідка (потерпілого) не було можливості побачити і почути те, про що він свідчить. При такому перехресному допиті потрібно довести, що очевидець знаходився там, звідки фактично не було можливості побачити і почути те, що, за його словами, він бачив і чув.
- навмисне прискорення подій, про які допитуваний надає свідчення. Події прискорюються до такого ступеню, що складається враження, що допитуваний просто не міг розгледіти і розчутити те, що, за його словами, він бачив і чув. Таким чином, на перехресному допиті потрібно ставити запитання, які скоротять часовий проміжок за допомогою виключення деталей і концентрації на тому, як фактично швидко відбувалися події і наскільки дивними вони здалися свідкові (допитуваному).
- прийом «недостатньо чіткі спогади». Цей прийом перехресного допиту використовується, якщо стає зрозумілим, що свідок (потерпілий) не міг запам'ятати те, що, за його словами, він запам'ятав. У основі цього прийому лежить допущення, що зазвичай люди не запам'ятовують надовго звичайні поточні події, як ось: зустріч з конкретною людиною в певну годину і у визначеному місці, якщо, звичайно, ця подія не була безпосередньо пов'язана з іншою значною або такою, що хвилює подією.
- прийом «неповна інформованість». Іноді при прямому допиті стає зрозуміло, що допитуваний надає свідчення неприродно, завчено або на прохання інших осіб. Це стає зрозуміло в тих випадках, коли розповідь здійснена неправдоподібно, або свідок (потерпілий) використовує слова, які нехарактерні для його звичайної мови. Метою перехресного допиту в даному випадку буде визначити походження цих свідчень і встановити особу людини, яка надала цю інформацію.
- застосування кримінального минулого. У деяких допитуваних є кримінальне минуле або їм раніше пред'являлися обвинувачення у вчиненні злочину. Якщо, із спеціального

дозволу, таких викличуть на перехресний допит, довіра до них буде наперед невелика. Проте таку біографію можна обговорювати лише в рамках, встановлених суддею.

- розвіяння суперечливих свідчень застосовується тоді, коли свідок (потерпілий) раніше робив усні або письмові заяви, які суперечать його свідченням в суді. Це стосується заяв свідків, експертів, міліціонерів та ін. В даному випадку можна поставити запитання про ці заяви і, тим самим, кинути тінь підозри на правдивість свідчень свідків (потерпілих). Якщо допитуваний заперечує, що раніше робив такі заяви, то необхідно довести, що вони все-таки були. Це можна зробити за допомогою виклику до суду людини, яка їх чула, або надання документа, вміст якого суперечить останнім свідченням свідка (потерпілого).
- прийом «спалення мостів» застосовується, якщо підсудний говорить неправду, а допитувач бачить, що дані помилкові свідчення можна переконливо спростувати то в цій ситуації тактичним завданням стає необхідність «зв'язати» допитуваного саме цими свідченнями і не дати йому можливості перейти до інших завідомо неправдивих свідчень, коли ці виявляться спростованими.

Отримавши вичерпну інформацію за помилковою версією опитуваного за допомогою прийомів «допущення» легенди і «деталізація» свідчень, допитувач повинен поставити перед ним ряд таких запитань, які одночасно і «прив'язують» його до цих помилкових свідчень, і тактично примушують відкинути інші варіанти помилкового опису події або окремих його елементів.

ПРИНЦИПИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО З ПІДРОЗДІЛАМИ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Багрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. У зв'язку з прийняттям нового кримінального процесуального кодексу України (13 квітня 2012 року № 4651-VI) одночасно Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям кримінального процесуального кодексу України» (13 квітня 2012 року № 4651-VI), яким серед інших нормативно-правових актів було внесено зміни і до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

2. Згідно з новим КПК України зміна концепції досудового розслідування кримінальних правопорушень передусім полягає у розширенні повноважень його суб'єктів з одночасним посиленням процесуальних гарантій дотримання конституційних прав і свобод особи, а також забезпеченням функціонування надійних механізмів захисту та правової допомоги. Найбільш істотних перетворень у новому кримінальному процесуальному законі зазнала система слідчих дій, що відбулися за рахунок уведення до її складу негласних (розшукових) дій. Ініціатива законодавця стосовно надання органам досудового розслідування правомочностей з володіння широким інструментарієм, який знаходиться у розпорядженні оперативно-розшукових підрозділів, ще пройде свою апробацію часом і підтвердить доцільність використання у розкритті та розслідуванні злочинів негласних дій, що провадяться у тому числі із використанням спеціальних технічних засобів фіксації інформації.

3. Новий КПК України не містить терміну «взаємодія», але він застосовується в інших законах України: «Про оперативно-розшукову діяльність» (п. 5 ст. 7), «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (розд. V). У зв'язку з цим цей термін та саме поняття «взаємодія» відрізняється від таких близьких до них за змістом понять, як «взаємозв'язок», «узгоджені дії», «сприяння», «надання допомоги» та інші, зміст яких роз'яснюється у відповідних правових нормах або впливає з їх змісту.

4. Взаємодія слідчого та оперативних підрозділів у процесі розкриття та розслідування кримінальних правопорушень є найбільш поширеним та важливим видом взаємодії, необхідною умовою успіху в їх розкритті.

Сутність взаємодії слідчого та оперативного працівника полягає в тому, що це: а) передусім, активна цілеспрямована діяльність суб'єктів – слідчих та працівників оперативних підрозділів, до якої можуть залучатися негласні співробітники, представники громадськості, фахівці різних галузей знань тощо; б) кожен суб'єкт цієї діяльності вживає конкретних заходів (слідчі дії, оперативно-розшукові заходи) у межах, встановлених законом повноважень; в) це узгоджені за місцем, часом і метою спільні дії двох чи більше суб'єктів, спрямовані на впровадження одержаних результатів оперативно-розшукових заходів, відомостей у кримінальне судочинство; г) у спільних планах необхідно передбачати комплекс оперативно-розшукових та інших заходів, слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій у такому порядку, щоб їх проведення було несподіване для осіб, дії яких перевіряються, їхніх співучасників і мало якнайбільший ефект у закріпленні процесуальним шляхом обставин, що підлягають доказуванню; д) у процесі проведення конкретних оперативно-розшукових заходів та слідчих і негласних слідчих дій необхідно суворо дотримуватися вимог Конституції України, чинного законодавства, принципів оперативно-розшукового законодавства та кримінального судочинства – шляхом провадження відповідних слідчих дій та процесуальних рішень.

5. Взаємодія слідчого з оперативними працівниками повинна здійснюватися у відповідності до принципів взаємодії, вироблених наукою та практикою діяльності правоохоронних органів з боротьби зі злочинністю. У літературі немає єдиної думки серед вчених про те, які саме вимоги, правила відносяться до принципів взаємодії слідчих та оперативних підрозділів. Як видається, основними принципами взаємодії слідчих та працівників ОРД є: 1) принцип закон-

ності; 2) оптимального використання можливостей взаємодіючих сторін; 3) розмежування функцій; 4) принцип своєчасності; 5) лідируючої ролі слідчого в організації взаємодії, 6) персональної відповідальності слідчого, керівників оперативно-розшукових підрозділів за проведення і результати слідчих дій і ОРЗ; 7) самостійності працівників оперативних підрозділів у виборі сил і засобів ОРД у рамках чинного законодавства.

6. Принцип законності є загальним принципом організації та діяльності всіх державних органів, суспільних організацій, посадових осіб та громадян, що знайшли своє закріплення в Конституції України (ст. 6). Взаємодія слідчого та оперативного підрозділу має ґрунтуватися на суворому дотриманні та виконанні закону. При цьому варто мати на увазі не тільки відомчі норми, які регламентують взаємодію слідчого та оперативних підрозділів, але і положення кримінально-процесуального закону. Вимога дотримання законності в питаннях взаємодії не допускає відступів від даного принципу, а також виправдання яких-небудь взаємних поступок, допущених за так званою «практичною необхідністю». Дотримання законності забезпечується чіткою правовою регламентацією діяльності учасників, контролем з боку керівників органів слідства, прокурорським наглядом.

7. Принцип оптимального використання можливостей взаємодіючих сторін означає, що при вирішенні завдань, що стоять перед органами досудового слідства та ОРД, повинні бути використані саме ті засоби та методи, що можуть дати найбільший ефект у даній ситуації; цілі взаємодії будуть досягнуті в тому випадку, якщо засоби та методи, що використовуються для їх досягнення, взаємно доповняють одне одного. Зазначений принцип обумовлений необхідністю швидкого і повного розкриття кримінального правопорушення, а також викриття винних у його вчиненні. Збирання первинних матеріалів й активний розшук злочинця проводиться в інших умовах і вимагають інших прийомів і форм, ніж всебічне вивчення всіх обставин, від яких залежить вирішення питань про правову оцінку кримінального правопорушення і винність у ньому тієї чи іншої особи. При цьому всі слідчі дії і ОРЗ, проведені в ході досудового розслідування, повинні бути ланками одного ланцюга, що продовжують і доповнюють один одного. Як слідчий, так і оперативні підрозділи в будь-який момент розслідування можуть одержати або нові докази, або оперативно-розшукові дані, що мають значення для провадження. Тому слідчий і оперативні працівники повинні постійно обмінюватися інформацією, що до них надходить, залежно від неї вирішувати питання про доцільність використання тих або інших можливостей у конкретній ситуації.

8. Принцип розмежування функцій взаємодіючих сторін означає, що кожен суб'єкт при розв'язанні спільного (загального) завдання діє в межах повноважень, наданих йому законодавством. Змішування компетенцій неприпустиме.

9. Принцип своєчасності полягає в тому, що слідчий та працівники ОРД своєчасно виконують дії, спрямовані на досягнення спільних завдань, та своєчасно інформують один одного про їх виконання.

10. Принцип лідируючої ролі слідчого. При взаємодії слідчого та оперативного працівника складаються відповідні відносини. Їх сутність полягає у тому, що вони ніколи не носять характеру службової підлеглості; слідчий, у провадженні якого перебуває справа, самостійно приймає рішення та дає доручення оперативному працівнику.

11. Персональна відповідальність слідчого, керівників оперативно-розшукових підрозділів за проведення і результати слідчих дій і ОРЗ. Необхідність виконання даного принципу регламентовано кримінально-процесуальним законодавством України. Слідчий, який організовує роботу із взаємодії з оперативним підрозділом і несе за неї персональну відповідальність, однак, не може відповідати за всі дії оперативних працівників. Вони, у свою чергу, підпорядковуються безпосередньому керівництву, якому зобов'язані звітувати про обсяг, якість і результати зробленої роботи. У випадках допуску порушень кримінально-процесуальних норм оперативним працівником, за них відповідає не тільки слідчий, але й начальницький склад органу до якого належить оперативний підрозділ.

12. Самостійність співробітників оперативних підрозділів у виборі сил і засобів ОРД у рамках чинного законодавства. В процесі розкриття і розслідування кримінальних правопорушень нерідко виникають серйозні труднощі, вирішити які тільки процесуальними методами

неможливо. У цих випадках важливе значення мають ОРЗ, здійснення яких покладено на оперативні підрозділи.

МОДЕЛІ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ АПЕЛЯЦІЙНИХ І КАСАЦІЙНИХ ПІДСТАВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Система підстав для апеляційної та касаційної перевірки судових рішень повинна відповідати щонайменше двом умовам. Перша – визначити принципову ідею виокремлення послідовної та взаємозв'язаної сукупності критеріїв перевірки правосудності судових рішень, що охоплюють усі судові помилки, можливі у кримінальному провадженні. Друга умова стосується форми викладу підстав, які повинні бути зрозумілими, не мати внутрішніх суперечностей, точно відображати свою суть, відповідати місцю та призначенню у заданій системі.

2. Залежно від повного або часткового врахування названих умов і утворюється відповідна модель регламентації апеляційних та касаційних підстав. Існують три основні моделі регламентації підстав для перевірки судових рішень в апеляційному та касаційному порядку.

Перша модель розкриває суть підстав через вичерпний перелік тих порушень, які безумовно повинні тягти скасування чи зміну судових рішень. За цим зразком викладені касаційні підстави у КПК Франції, Італії, Чехії, Словаччини, Молдови. У такий спосіб сформульовані апеляційні підстави і у КПК Литви.

Згідно з другою моделлю у кримінально-процесуальному законі наводиться лише найменування або загальний опис підстав для перевірки судових рішень, без конкретизації його відповідними випадками їх прояву. Варто зауважити, що чимало КПК держав континентальної Європи (для прикладу, Німеччини, Франції, Італії, Болгарії, Латвії, Молдови) взагалі не містять положень, що визначають підстави для апеляційного розгляду кримінальної справи. У доктрині це пояснюється тим, що такими підставами можуть бути будь-які обставини, що тягнуть зміну або скасування судового рішення (D. Świecki).

Названі моделі іноді називають французькою (назва зумовлена запровадженням цієї моделі вперше у КПК Франції 1808 р.) та німецькою (назва походить від використання даної моделі партикулярним кримінально-процесуальним законодавством деяких німецьких земель до прийняття КПК єдиної Німеччини 1877 р.) відповідно (В.К. Случевський, І.Я. Фойницький). Однак на даний момент така їх назва є дуже умовною, не відповідає дійсності, оскільки з об'єктивних причин не враховує сучасне кримінально-процесуальне законодавство цих держав.

Як стверджували ще дореволюційні юристи (М.В. Духовський, В.К. Случевський), повний і точний перелік у законі всіх порушень, що допускаються у справі, неможливий, а загальний, тобто неповний і неточний, може призвести до розвитку формалізму та надати можливість приховати процесуальною формою будь-яку неправду.

Вказаних недоліків позбавлена змішана модель регламентації апеляційних та касаційних підстав, оскільки поєднує в собі позитиви перших двох моделей. Її суть полягає в тому, що законодавець визначає окремі порушення закону такими, що безумовно тягнуть скасування судового рішення, водночас надаючи суду вищої інстанції право у випадку виявлення інших порушень визнати їх істотними і застосувати процесуальні санкції у вигляді скасування чи зміни такого рішення. Дана модель закріплена у КПК Росії, Білорусі, України, Польщі. За цим зразком викладені касаційні підстави й у КПК Німеччини, Литви, Латвії.

3. Вивчення системи підстав для зміни або скасування судових рішень в апеляційному та касаційному порядку передбачає проведення їх класифікації.

У теоретичному плані класифікація апеляційних та касаційних підстав дозволяє глибше та ґрунтовніше вивчити усю систему підстав як цілісне утворення, окремі елементи цього комплексу, місце відповідного елемента у ньому та зв'язки між підставами. Практичне значення такої класифікації полягає в тому, що вона сприяє правильній кримінально-процесуальній кваліфікації порушень закону, служить орієнтиром при оцінці якості проведе-

ного кримінального провадження, дозволяє виявити, виправити та попередити судові помилки.

4. На підставі вивчення кримінально-процесуального законодавства, аналізу наукових джерел видається можливим класифікувати підстави для зміни або скасування судових рішень в апеляційному та касаційному порядку за декількома критеріями.

За характером судової помилки, що закладена в основі підстав, доцільно розрізняти:

а) фактичні підстави (*error facti*) – неповнота судового розгляду та невідповідність висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження;

б) процесуальні підстави (*error in procedendo*) – істотне порушення вимог кримінального процесуального закону;

в) кримінально-правові підстави – неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність (*error iuris*) і невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого (*error roena*).

За функціями норм у правовому регулюванні, що лежать в основі підстав, останні поділяються на:

а) кримінально-правові (неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого);

б) кримінально-процесуальні (неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону).

Кримінально-процесуальні підстави, своєю чергою, залежно від наявності або відсутності порушень, пов'язаних із предметом, межами та процесом доказування поділяються на:

а) фактичні процесуальні (неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження);

б) формальні процесуальні (істотне порушення вимог кримінального процесуального закону).

З огляду на це, навряд чи можна погодитись з думкою (Я.О. Мотовіловкер), «що порушення, які потягли неналежне встановлення фактичної сторони справи, утворюють три самостійні касаційні підстави». Істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, як впливає з проведеної класифікації підстав для зміни або скасування судових рішень, належить до формальних, а не до фактичних підстав для перевірки судових рішень.

Залежно від порушення характеру приписів кримінального закону, що встановлюють правила призначення покарання, кримінально-правові підстави можуть вказувати на:

а) порушення формалізованих, абсолютно визначених правил призначення покарання – неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність;

б) порушення неформалізованих, відносно визначених правил призначення покарання – невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого.

За імперативним чи диспозитивним характером припису про визнання відповідних порушень істотними, можна виділити:

а) умовні (відносні) підстави, які охоплюють порушення, що тягнуть скасування судового рішення тільки тоді, коли вони будуть визнані істотними судом вищої інстанції з урахуванням обставин кримінального провадження (неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону /ч.1 ст. 412 КПК України/, неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність /пп.1-3 ст. 413 КПК України/, невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого).

б) безумовні (абсолютні) підстави, які охоплюють порушення, що незалежно від обставин кримінального провадження законодавцем визнаються істотними, тобто такими, що у будь-якому випадку завжди впливають на правосудність судового рішення (неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність /п.4 ст. 413 КПК України/, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону /ч.2 ст. 412 КПК України/).

За видами процесуальних санкцій, що підлягають застосуванню у разі встановлення відповідних підстав, останні поділяються на:

а) ті, що тягнуть лише скасування судових рішень (істотне порушення вимог кримінального процесуального закону /ч.2 ст. 413 КПК України/);

б) ті, що тягнуть як скасування, так і зміну судових рішень (неповнота судового розгляду, невідповідність висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону /ч.1 ст. 413 КПК України/, неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого).

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОВОГО ТА ОБВИНУВАЧЕНОГО ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

Бойко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Новий КПК України наповнив новим змістом положення, які регламентують процесуальний статус підозрюваного та обвинуваченого, що вимагає їх глибокого аналізу та наукової оцінки.

Згідно із ч.1 ст. 42 КПК України, підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276-279 КПК України, повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. Частина перша ст. 276 КПК України встановлює вичерпний перелік підстав обов'язкового письмового повідомлення особі слідчим або прокурором про підозру у вчиненні нею кримінального правопорушення. Такими підставами є:

- 1) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення;
- 2) обрання до особи одного з передбачених КПК запобіжних заходів;
- 3) наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.

В той же час, ст.. 208 КПК, яка регламентує затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину уповноваженою службовою особою, передбачає ширший, ніж в ст.. 276 КПК України перелік підстав затримання такої особи, доповнюючи цей перелік наступними підставами:

- а) якщо особу застали під час замаху на вчинення злочину;
- б) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий вказує на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин;
- в) якщо сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин.

При цьому слід зазначити, що уповноважена службова особа має право затримати лише особу, яка підозрюється у вчиненні злочину і при умові, якщо санкція статті цього злочину передбачає покарання у виді позбавлення волі (ч.1 ст. 208 КПК України). Оскільки затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину може здійснюватись лише за наявності наведених вище підстав, то пункт перший ст. 42 КПК України, який визначає поняття підозрюваного, після слів «або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення» слід було б доповнити положенням наступного змісту: «на підставах і в порядку, встановлених статтями 208-211 КПК України». Адже, особа набуває статусу підозрюваного не тому, що її затримали, а тому, що існують встановлені законом підстави, які вказують на її причетність до вчинення кримінального правопорушення.

2. В ч. 3 ст. 276 КПК зазначено, що після повідомлення про права підозрюваного, слідчий, прокурор або інша уповноважена службова особа, на прохання підозрюваного, зобов'язані детально роз'яснити кожне із зазначених в ст. 42 КПК України прав. Очевидно, вказівка в законі на обов'язок названих вище службових осіб детально роз'яснити кожен із зазначених в законі прав підозрюваного лише за наявності про це його прохання, не може в повній мірі забезпечити ефективну реалізацію та захист підозрюваним наданих йому законом прав, оскільки він може бути і необізнаним із наданим йому законом правом звертатись із проханням про роз'яснення його прав, а слідчий чи прокурор можуть не повідомити його про зміст цього права. Проте, детальне роз'яснення змісту таких важливих для підозрюваного прав як: знати, у вчиненні якого кримінального правопорушення його підозрюють, мати захисника і момент його залучення, давати пояснення, показання з приводу підозри проти нього чи в будь-який момент відмовитись їх давати, збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази та передбачені законом способи їх збирання, вимагати перевірки судом обґрун-

тованості затримання та інших наданих йому законом прав (ст. 42 КПК України), має надзвичайно важливе значення для забезпечення ефективної реалізації підозрюваним свого права на захист від висунутої проти нього підозри та інших, наданих йому законом прав, а також важливе значення для встановлення істини у справі. Це означає, що після повідомлення про права, слідчий, прокурор або інша уповноважена службова особа у кожному разі, а не лише на прохання підозрюваного, зобов'язані детально роз'яснити кожне із зазначених в ст. 42 КПК України його прав. На цій основі, закріплене в ч. 3 ст. 276 КПК України положення «на прохання підозрюваного», слід було б виключити. Це зумовлено і тим, що це положення звужує зміст закріпленого в п. 2 ст. 42 КПК України права підозрюваного «бути чітко і своєчасно повідомленим про свої права, передбачені цим кодексом, а також отримати їх роз'яснення».

3. Згідно із п.2 ст. 42 КПК України, обвинуваченим (підсудним) є особа, обвинувальний акт, щодо якої переданий до суду в порядку, передбаченому ст. 291 КПК України. Видається некоректним сформульоване законодавцем положення, що пов'язує набуття особою статусу обвинуваченого з моментом направлення обвинувального акту щодо неї до суду. За цих умов, не зрозумілою і нелогічною виявиться ситуація, коли слідчим чи прокурором буде складений щодо особи обвинувальний акт, їй буде вручена його копія, згідно з вимогами ст. 293 КПК України, але цей акт іще не надійшов до суду, оскільки ці дії на практиці можуть не співпадати у часі. В такому разі ця особа буде залишатися в статусі підозрюваного, хоча у відношенні неї уже висунуте обвинувачення в обвинувальному акті і їй вручена копія цього акту. В зв'язку із цим, набуття особою статусу обвинуваченого не може пов'язуватись із моментом направлення прокурором обвинувального акту до суду, оскільки таке направлення є лише етапом провадження у справі, етапом руху справи, а не процесуальним рішенням, з яким пов'язане набуття особою статусу обвинуваченого. Тому особа повинна набувати статус обвинуваченого з моменту винесення щодо неї обвинувального акту.

СУД ПРИСЯЖНИХ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

Войнарович А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Уже минуло понад п'ятнадцять років відтоді, як Конституція України закріпила положення, спрямовані на формування в Україні громадянського суспільства – відповідника правової держави, зокрема про участь народу в здійсненні правосуддя. У сфері правосуддя, яке є вагомим складником громадянського суспільства, особливого значення набуває право громадян брати участь у його відправленні. Однією із форм участі народу у здійсненні правосуддя відповідно до ст. 124, 127, 129 Конституції України є суд присяжних. Однак цей інститут судочинства досі був лише практично не втіленою конституційною декларацією.

Останні кілька років зростає стурбованість населення відносно стану кримінального судочинства в Україні. З огляду на це, наш законодавець оновлював кримінально-процесуальне законодавство з урахуванням рекомендацій, які містяться у міжнародних документах. Зокрема, у довідковому документі ХІ Конгресу ООН із запобігання злочинності та кримінальному правосуддю, який проходив 18-25 квітня 2005 р. у Бангкоку, зазначено, що криза довіри суспільства до органів кримінального правосуддя пояснюється обмеженістю ролі громадськості у діяльності цих органів і тому активне залучення населення до участі у відправленні кримінального правосуддя вважається умовою вдосконалення цієї системи. Саме тому в основному документі цього Конгресу – Бангкокській декларації – членів ООН закликають нарощувати потенціал правоохоронних і судових органів, передовсім створюючи справедливі й ефективні інститути кримінального правосуддя та посилюючи роль громадянського суспільства в цій справі.

Отже, загальносвітова тенденція до демократизації суспільного життя знайшла відображення у зростанні уваги законодавця до питань участі непрофесіоналів у кримінальному судочинстві. З 20 листопада 2012 року, після того, як набрав чинності новий КПК, суд присяжних засідателів почав функціонувати у кримінальному провадженні України.

З одного боку, можна відзначити, що тепер у судочинстві нашої держави є найдемократичніший інститут цивілізованого суспільства – суд присяжних. Однак, з іншого боку, постає цілком об'єктивне запитання: а чи справді це той суд присяжних, якого потребують громадяни України та який перебачено Конституцією?

Звернемо увагу на те, що Конституція України визначає: народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних (ч. 4 ст. 124); правосуддя здійснюють професійні судді та, у визначених законом випадках, народні засідателі і присяжні (ч. 1 ст. 127); судочинство провадиться суддею одноособово, колегією суддів чи судом присяжних (ч. 2 ст. 129). Тож чітко задекларовано, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Це дало нам підстави зробити висновок, що в Основному законі нашої держави поняття “присяжні засідателі” ґрунтується на вузькому розумінні цього інституту – англо-американській моделі. Адже законодавець не може той самий інститут називати по-різному, оскільки очевидно, що суд за участю народних засідателів – це не що інше, як шеффенський суд, тобто суд присяжних континентального (європейського) зразка.

Відповідно до концепції КПК 2012 р. суд присяжних утворюється при місцевому загальному суді першої інстанції та здійснює правосуддя у формі спільної колегії двох професійних суддів та трьох присяжних засідателів (ст. 383 і ст. 31). Законодавець також визначив, що кримінальне провадження у суді присяжних здійснюватиметься щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі (ст. 31).

Зауважимо, що у розділі “Провадження у суді присяжних” нового КПК міститься більше організаційних норм, ніж процесуальних. З огляду на специфіку української моделі суду присяжних, постає питання про доцільність виокремлення такого порядку провадження у суді першої інстанції, оскільки переважають організаційні особливості, а не процесуальні. Колегія,

яка складається з присяжних засідателів та професійних суддів, за своїм процесуальним статутом схожа на колегію, в яку входять лише професійні судді.

У кримінальному провадженні в суді присяжних української моделі відсутні такі специфічні особливості суду присяжних, як поділ судової влади на дві відносно самостійні інституції: колегію присяжних і професійного суддю. У моделі, закладеній КПК 2012 р., не передбачено нові, порівняно зі звичайним судовим процесом, специфічні етапи, зокрема: постановка питань, які повинні вирішити присяжні засідателі; напутнє слово головуючого судді; винесення вердикту; проголошення вердикту. Крім того, не поділено на два види такі традиційні етапи, як судове слідство, дебати сторін та останнє слово підсудного: за участю присяжних засідателів і без них. У новому КПК України можна умовно виділити тільки такий новий етап, як відбір присяжних засідателів у суді.

Немає у новому кодифікованому акті й положень, які регулюють право немотивованого відводу сторонами кандидатів у присяжні засідателі, і такого специфічного судового документа, як вердикт колегії присяжних засідателів, тобто відокремлене за часом і місцем від вироку суду самостійне рішення колегії присяжних засідателів, яке передує суддівському рішення та прийняте в суді першої інстанції з питань доведеності фактів та встановлення на їх основі винуватості чи невинуватості підсудного. І взагалі ніякого самостійного рішення присяжні, за концепцією КПК 2012 р., не приймають, а отже, практично не відповідають за долю обвинуваченого. Пропонуючи ж їм спільно з судьями вирішувати всі питання судочинства, законодавець заклав підґрунтя безвідповідальності, передовсім суддів-професіоналів, котрі, за таких умов, свої помилки і зловживання можуть «списувати» на недосвідчених присяжних.

Отже зазначимо, що у новому КПК передбачена саме континентальна модель суду присяжних. Однак постає запитання, чи вказана модель концептуально відрізняється від недавно ліквідованого інституту народних засідателів? Видається, що за винятком назви та виділення у КПК окремого розділу, суд присяжних, передбачений КПК 2012 р. за процесуальною роллю не відрізняється від суду за участю народних засідателів, який функціонував у кримінальному судочинстві України до травня 2011 р. Змінивши назву інституту, неможливо якісно поліпшити його зміст. Діяльність суду за участю народних засідателів оцінювали по-різному, виділяючи багато позитивних аспектів у здійсненні правосуддя у кримінальних справах саме цим судом. На нашу думку, слід було тільки якісно покращити окремі елементи функціонування вказаного інституту участі народу у здійсненні правосуддя у кримінальних справах, а не прикриватись новим інститутом.

Зазначимо, що функціонування моделі участі народу в кримінальному провадженні, яка передбачена КПК 2012 р. має багато позитивних рис, але це не той суд присяжних, який передбачено Конституцією України і, очевидно, не той суд присяжних, якого очікувала українська громадськість.

**ПРАВО НА СВОБОДУ І ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ У
КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І
ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА ЙОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ**

Гузела М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод закріплює право людини на свободу й особисту недоторканність, змістом якого є те, що «жодна людина не може бути позбавлена волі інакше ніж відповідно до процедури, встановленої законом», встановлює випадки, коли таке право особи може бути обмежене шляхом примусових дій уповноважених державою органів. Адже, право особи на свободу та особисту недоторканність не є абсолютним. У передбачених законом випадках у кримінальному провадженні, вони можуть бути обмежені у зв'язку з необхідністю захисту прав інших осіб чи держави від кримінальних правопорушень, охорони прав та законних інтересів учасників кримінального провадження та виконання інших завдань кримінального провадження. До числа закріплених в ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод випадків відносяться: а) законне ув'язнення людини після її засудження компетентним судом; б) законний арешт або затримання людини за невиконання законного рішення суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом; в) законний арешт або затримання людини, здійснені з метою забезпечення її присутності перед компетентним судовим органом на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні правопорушення або якщо обґрунтовано визнається за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення або її втечі після його вчинення; г) затримання неповнолітньої людини на підставі законного розпорядження з метою виховного нагляду або законне затримання неповнолітньої людини з метою забезпечення її присутності перед компетентним судовим органом; д) законне затримання людей для запобігання розповсюдженню інфекційних захворювань, людей психічно хворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг; е) законний арешт або затримання людини, здійснені з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, або людини, стосовно якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції.

Встановлюючи випадки обмеження права на свободу та особисту недоторканність, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод передбачає умови, які мають бути дотримані під час застосування обмежень, щоб їх можна було контролювати законом. Забезпечення дотримання цих умов покладається, насамперед, на суд (суддю). Такими умовами є наступні: 1) кожна заарештована людина повинна негайно бути поінформованою зрозумілою для неї мовою про підстави її арешту і про будь-яке обвинувачення проти неї; 2) кожна людина, заарештована або затримана згідно з положеннями пункту «в» цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд упродовж розумного строку або на звільнення до початку судового розгляду (таке звільнення може бути обумовлене гарантіями явки в суд); 3) кожна людина, позбавлена волі внаслідок арешту або затримання, має право на швидкий розгляд судом законності її затримання і на звільнення, якщо затримання є незаконним; 4) кожна людина, яка стала жертвою арешту або затримання на порушення положень цієї статті, має захищене позовом право на відшкодування збитків.

На виконання вищезазначених положень та умов Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Конституція України закріплює положення, що «кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність» (ч. 1 ст. 29). Поняття свобода і особиста недоторканність при цьому означає не свободу загалом, яка охоплює сукупність особистих, політичних та інших конституційних свобод, а свободу від фізичного або психічного примусу, свободу дій і прийняття рішень в дозволених правовими і моральними нормами межах, можливість розпоряджатися своєю волею і не знаходитися під контролем якихось зовнішніх чинників, свободу вільного пересування в просторі. В свою чергу законодавче обмеження права

особи на свободу і особисту недоторканність насамперед є обмеженням свободи дій і пересування особи внаслідок прямого фізичного або психічного примусу.

Для забезпечення вимог Конституції України та положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, законодавець встановлює у кримінальному провадженні такі обмеження права на свободу та особисту недоторканність: 1) затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення як тимчасовий запобіжний захід (ч. 2 ст. 176, ст. 208 КПК); 2) затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ч. 1 ст. 188 КПК); 3) затримання в Україні особи, яка розшукується іноземною державою у зв'язку із вчиненням нею кримінального правопорушення (ст. 582 КПК), та застосування до неї тимчасового арешту (ст. 583 КПК); 4) застосування до підозрюваного, обвинуваченого таких запобіжних заходів, як домашній арешт (ст. 181 КПК) та тримання під вартою (ст. 183 КПК); 5) покладення на підозрюваного чи обвинуваченого у разі застосування до нього запобіжного заходу – особистого зобов'язання - обов'язку: а) не відлучатися без дозволу слідчого, прокурора або суду із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває (п. 5 ч. 5 ст. 194 КПК); б) не відвідувати місця визначені слідчим суддею або судом (п. 5 ч. 5 ст. 194 КПК); в) здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, чи інші документи, які дають право виїзду з України чи в'їзду до неї (п. 8 ч. 5 ст. 194 КПК); 6) примусове поміщення особи до лікувального закладу для проведення стаціонарної медичної чи психіатричної експертизи (ч. 2 ст. 197, ч. 3 ст. 242, ч. 2 ст. 509 КПК); 7) поміщення дитини, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння у віці від 11-ти років до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, до приймального розподільника на строк до 30-ти днів та його продовження ще до 30-ти днів (ч. 4 ст. 499 КПК); 8) тримання особи під вартою в Україні коли є рішення компетентного органу іноземної держави про взяття її під варту або призначення їй покарання у виді позбавлення волі, якщо ця особа транзитно перевозиться територією України або тимчасово видана в Україну (див. коментар до ст. 580 КПК); 9) застосування екстрадиційного арешту до особи, яка вчинила злочин за межами України, але була затримана в Україні і до якої був застосований тимчасовий арешт (ст. 583 КПК), після надходження запиту органу іноземної держави про її видачу (див. коментар до ст. 584 КПК).

Крім цього, Кримінальний процесуальний кодекс України з метою забезпечення вимог ч. 2 ст. 29 Конституції України та ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод встановлює гарантії недопущення свавільного (без передбачених законом підстав та дотримання встановленого ним порядку) обмеження свободи особи та її недоторканності під час кримінального провадження. Такими гарантіями, зокрема, є: а) обмеження свободи та особистої недоторканності учасника провадження можливе лише у встановлених цим Кодексом випадках, з дозволу і під контролем суду; б) негайне (в найкоротший строк, але не пізніше шестидесяти годин з моменту затримання особи без ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 211 КПК), сорочка восьми годин з часу доставки до місця кримінального провадження особи, яка була оголошена в міжнародний розшук (ч. 6 ст. 193 КПК), не пізніше 36-ти годин з моменту затримання особи на підставі ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання з метою приводу (ч. 1 ст. 191 КПК), доставлення затриманої особи до слідчого судді для з'ясування законності та обґрунтованості її затримання, а також підставності для подальшого тримання під вартою; в) встановлення строку – 72 годин (3 доби) з моменту затримання, протягом якого слідчий суддя чи суд має перевірити обґрунтованість затримання (у разі, коли воно відбулось без їх ухвали) та ухвалити рішення про звільнення затриманого чи тримання його під вартою.

Кожній затриманій, взятій під варту чи інакше позбавленій свободи особі має бути негайно роз'яснено зрозумілою для неї мовою, що стало підставою для обмеження її свободи та особистої недоторканності і якими правами у цьому зв'язку вона володіє (ч. 4 ст. 208 КПК). Затриманій особі має бути надана можливість негайно повідомити про своє затримання та місце перебування близьких родичів, членів сім'ї чи інших осіб за вибором цієї особи. Лише у випадку наявності обґрунтованої підозри, що при повідомленні про затримання ця особа може зашкодити досудовому розслідуванню, повідомлення має бути здійснене уповноваженою службовою особою (див. коментар до ст. 213 КПК).

Кримінальне процесуальне законодавство чітко регламентує вимогу негайного звільнення кожної особи, яка тримається під вартою або позбавлена свободи в інший спосіб, якщо закінчився строк перебування її під вартою чи іншим способом обмежена її свобода. Начальник установи попереднього ув'язнення зобов'язаний негайно звільнити з-під варти підозрюваного, обвинуваченого, стосовно якого на день закінчення строку ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або закінчення строку тримання під вартою, не надійшла їх ухвала про продовження такого строку. Внесення застави, визнаної слідчим суддею чи судом в ухвалі про застосування до підозрюваного чи обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, також зобов'язує начальника установи попереднього ув'язнення негайно звільнити їх з-під варти. Кримінальний процесуальний кодекс України детально регламентує обов'язок слідчого судді стосовно захисту прав людини, який полягає в тому, що слідчий суддя зобов'язаний звільнити особу, якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких тримається ця особа, не доведе: 1) існування передбачених законом підстав для затримання особи без ухвали слідчого судді чи суду (ст. 207 КПК України); 2) неперевіщення граничного строку тримання під вартою; 3) відсутність зволікання у доставленні особи до суду (ч. 5 ст. 206 КПК).

Законодавець регламентує також відповідальність держави та службових осіб її органів за незаконне обмеження свободи і особистої недоторканності підозрюваного, обвинуваченого. Конституція України (ст. 56), Кримінальний процесуальний кодекс України (ст. 42, 130) та закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів ... досудового розслідування, прокуратури і суду» (ст. 1) регламентують право підозрюваного, обвинуваченого на відшкодування шкоди за рахунок Державного бюджету України, завданої внаслідок незаконного затримання і тримання під вартою. Статтею 371 Кримінального кодексу України встановлена також кримінальна відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід, арешт, тримання під вартою.

ПРАВОВІ ОСНОВИ РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО

Гуменна Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття 3 Конституції України визнає людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю. Пріоритетну роль у забезпеченні дотримання основних прав і свобод людини відіграє наявність у державі ефективного механізму регулювання діяльності державних органів, покликаних здійснювати розслідування та розгляд питань, пов'язаних із притягненням особи до кримінальної відповідальності. Законодавство, яке регулює порядок здійснення кримінального судочинства, має забезпечувати не лише невідворотність кримінального покарання, а й гарантувати належне дотримання прав людини у кримінальному процесі, повагу до її особистості, ставлення до неї як до особи, вина якої у вчиненні злочину ще не доведена, а також забезпечувати неупередженість та об'єктивність досудового розслідування та судового розгляду, передбачати існування ефективних процедур, які надаватимуть рівні процесуальні можливості стороні обвинувачення і стороні захисту та сприятимуть реальному утвердженню змагальності кримінального процесу.

Саме правильно організована розшукова діяльність слідчого виступає ефективним засобом забезпечення принципу невідворотності покарання. Для забезпечення дотримання конституційних гарантій прав і свобод людини, розшукова діяльність повинна базуватись на положеннях кримінально-процесуального законодавства та регулюватись ним. Будь-які порушення законодавства у провадженні слідчим розшукової діяльності є неприпустимими. А закон повинен максимально повно і всебічно регламентувати таку діяльність.

Правове регулювання розшукової діяльності слідчих органів полягає в тому, що основним нормативним актом, який регулює діяльність органів досудового розслідування є КПК України. Саме він визначає основні засади, що стосуються порядку провадження досудового розслідування, проведення слідчих дій, зупинення та закінчення досудового слідства, встановлює порядок здійснення прокурорського та судового нагляду за розшуковою діяльністю слідчого, коло суб'єктів, що можуть бути залучені до такої діяльності, їх права та обов'язки, а також низку інших важливих питань.

Крім КПК України провадження досудового слідства відомчими слідчими підрозділами закріплено у відповідних законах про ці відомства, саме таке закріплення покладає засади здійснення слідчими даних відомств розшукової діяльності. Так, у ч. 3 ст. 24 Закону України "Про Службу безпеки України", яка стосується обов'язків цього правоохоронного органу, зазначено, що СБУ відповідно до своїх основних завдань зобов'язана: виявляти, припиняти та розкривати злочини, розслідування яких віднесено законодавством до компетенції СБУ; проводити дізнання і слідство у цих справах; розшукувати осіб, які переховуються у зв'язку із вчиненням злочинів.

Після створення слідчого апарату в Державній податковій адміністрації, було доповнено Закон України „Про державну податкову службу в Україні”, де в ст. 21 до повноважень податкової міліції віднесено провадження дізнання та досудового слідства в межах їх компетенції.

Також основні функції і завдання органів досудового слідства, права та обов'язки слідчого містяться у відомчих нормативних актах, таких як: Наказ МВС України, яким затверджено Положення про органи досудового слідства в системі Міністерства внутрішніх справ України від 25 грудня 2003 року №1600, Наказ Голови СБУ, яким затверджено Положення про слідче управління Служби безпеки України №48/ДСК.

Низка супутніх питань, що не мають безпосереднього значення для розшукової діяльності слідчого, але опосередковано мають вплив на неї, регулюється, наприклад, Законом України "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів", відповідними статтями Законів "Про прокуратуру", "Про міліцію", "Про Службу безпеки України" тощо.

З прийняттям нового КПК України виникає певна невизначеність у питаннях пов'язаних з правовим регулюванням розшукової діяльності слідчого, оскільки згадані вище законодавчі

та відомчі нормативно-правові акти потребуватимуть внесення змін для приведення їх у відповідність до оновленого кримінально-процесуального законодавства.

З метою удосконалення правового положення слідчого на розгляд Верховної Ради України було внесено декілька варіантів законопроектів, що мали визначити статус слідчих, зокрема: “Про працівників органів досудового слідства та їх соціальний захист”, “Про статус слідчого” та ін. Ці документи не мали між собою принципових відмінностей і за своєю структурою нагадували Закон України “Про статус суддів”, а норми проектів мали поширюватися на всіх слідчих, незалежно від їхньої відомчої належності. Парламентський Комітет при внесенні на розгляд законопроектів зазначав, що вони в разі їх прийняття заповнять прогалину в чинному законодавстві відносно статусу слідчих працівників, які забезпечують важливі завдання щодо викриття винних, встановлення об’єктивної істини. На жаль, поки що дані законодавчі ініціативи не знайшли свого практичного втілення, але сучасний розвиток суспільних відносин та новели у кримінально-процесуальному законодавстві вимагають оновлення моделі кримінального судочинства і розпочинати цей процес необхідно з оновлення нормативної бази.

Прийняття нового КПК у 2012 році якраз і стало спробою законодавця удосконалити правову регламентацію кримінально-процесуальних відносин, в тому числі були запроваджені значні новели щодо регулювання розшукової діяльності слідчого.

Необхідність реформування кримінально-процесуального законодавства відповідно до міжнародних принципів та засад судочинства була обумовлена не лише практичною необхідністю здійснення таких кроків всередині нашої держави, а й потребою виконання Україною взятих на себе міжнародних зобов’язань.

У новому КПК України було визначено низку напрямів реформування кримінального судочинства. Ці напрями на думку авторів нового КПК України полягають у наступному:

1. *Забезпечення процесуальної рівності та змагальності сторін у кримінальному провадженні, підвищення гарантій захисту прав підозрюваних і обвинувачуваних та інших учасників кримінального провадження*

2. *Удосконалення загальних засад досудового розслідування.* Згідно з новим КПК процесуальне керівництво розслідуванням здійснюватиме прокурор, який даватиме доручення слідчим (співробітникам органів внутрішніх справ України, служби безпеки України, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства) та прийматиме або погоджуватиме ключові процесуальні рішення (повідомлення особі про підозру, звернення з клопотаннями до слідчого судді, складення обвинувального акта тощо). Крім того, функцію з представництва державного обвинувачення у суді по конкретній справі буде покладено саме на того прокурора, який здійснював нагляд за дотриманням законів органами, які проводили досудове розслідування.

Об’єднано раніше відокремлені стадії дізнання та досудового слідства в одну – досудове розслідування, яке розпочинатиметься з моменту надходження інформації про вчинений злочин до правоохоронних органів, яка обов’язково вноситься до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Оперативно-розшукова діяльність, пов’язана з розслідуванням злочину, та слідство повинні здійснюватись в рамках єдиного процесу розслідування, а всі процесуальні дії (оперативно-розшукові та слідчі дії) зможуть проводитись лише після початку кримінального провадження у справі.

3. *Розширення судового контролю на стадії досудового розслідування.* Виключно за рішенням слідчого судді пропонується здійснювати: обрання запобіжних заходів та продовження їх строків; негласні слідчі дії, що обмежують конституційні права осіб; накладення арешту на майно; примусовий привід; накладення грошового стягнення за невиконання процесуальних обов’язків; відсторонення від посади тощо.

4. *Оптимізація системи запобіжних заходів.*

5. *Вдосконалення судового провадження.*

6. *Зменшення строків кримінального провадження.*

7. *Вдосконалення порядку проведення негласних слідчих дій.* Важливим завданням, на виконання якого спрямований зміст положень нового КПК України, є недопущення порушень

конституційних прав і свобод особи під час проведення негласних слідчих дій (оперативно-розшукової діяльності).

З метою унеможливлення випадків отримання доказів шляхом порушення конституційних прав громадян КПК встановлює чіткий перелік негласних слідчих дій, а також порядок їх здійснення. При цьому передбачається, що всі негласні слідчі дії, пов'язані з обмеженням конституційних прав громадян, можуть здійснюватися при розслідуванні лише тяжких або особливо тяжких злочинів. Крім того, більшість негласних слідчих дій можуть провадитися виключно на підставі ухвали суду за клопотанням слідчого, прокурора, в якому вони зобов'язані обґрунтувати неможливість отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб.

8. Введення особливих видів провадження для забезпечення ефективного і оперативного розгляду кримінальних справ. Новий КПК України містить значну кількість положень, які мають на меті забезпечити ефективний та оперативний розгляд кримінальних справ, а саме:

- а) вводиться спрощена форма розслідування та судового розгляду кримінальних проступків;
- б) запроваджується кримінальне провадження на підставі угод;
- в) суттєве розширення кримінального провадження у формі приватного обвинувачення.

Аналіз положень нового КПК України свідчить, що цей нормативно-правовий акт покликаний удосконалити правове регулювання у сфері кримінального судочинства, привнести у нього європейські цінності та принципи, перетворити неухильне дотримання прав людини у ключову ідею всього кримінального процесу, а також забезпечити реальну, а не задекларовану, рівність процесуальних можливостей сторін кримінального провадження та утвердити змагальність процесу. Також він дає змогу віднайти справедливий баланс між інтересами держави та особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, оскільки, з одного боку, передбачає сучасні інструменти для боротьби зі злочинністю, підвищує оперативність та ефективність кримінального судочинства, а з іншого, сприяє утвердженню гарантій прав людини та надає їй значні можливості для захисту своїх прав, свобод та інтересів.

УЧАСТЬ ПРОКУРОРА ПРИ ВИРІШЕННІ СУДОМ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВИКОНАННЯМ ВИРОКУ

Дільна З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У Конституції України, а саме п.4 ст. 121, самостійною функцією прокуратури виділено функцію нагляду прокурора за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Чинний Кримінальний-процесуальний кодекс України у статті 539 містить норму, яка вказує на право прокурора ініціювати розгляд питань, які виникають під час та після виконання вироку. Однак законодавець як у чинному КПК України, так і у КПК України 1960 року визначив факультативною участь прокурора у судовому розгляді таких питань, вказавши у статті 539 що неприбуття в судові засідання прокурора, який був належним чином повідомлений про місце та час розгляду клопотання (подання), не перешкоджає проведенню судового розгляду, крім випадків, коли його участь визнана судом обов'язковою або він повідомив про поважні причини неприбуття. При цьому вирішення питання про обов'язковість участі прокурора винесено законодавцем на розсуд суду, і переліку випадків такої участі на законодавчому рівні не визначено. Хоча на мою думку, необхідно чітко зазначити у нормах КПК України саме про обов'язкову участь прокурора при вирішенні судом всіх питань, пов'язаних із виконанням вироку, оскільки саме в такому випадку в повній мірі буде реалізований принцип змагальності, а також інші засади судочинства. Свого часу науковець Б.М. Спиридонов з цього питання зазначив, що коли мова йде про зміну покарання засудженому, участь прокурора повинна бути обов'язковою. Гарантією реалізації права прокурора на участь при вирішенні судом питань, пов'язаних із виконанням вироків є також норма закону про можливість оскарження в апеляційному порядку ухвал суду, винесених за результатами розгляду цих питань (ч. 5 ст. 539 КПК України). Проте строк такого оскарження законодавцем прямо не вказано. Очевидно, що у даному випадку необхідно керуватись положенням статті 395 КПК України, де зазначено, що апеляційна скарга на ухвалу суду може бути подана протягом семи днів з дня її оголошення. Підготовка прокурора при вирішенні питань, які виникають в стадії виконання судових рішень повинна починатися ще до початку судового засідання. У чинному кримінальному-процесуальному законі законодавець детально не регламентує сам порядок розгляду питань, пов'язаних із виконанням вироку, не вказує на права учасників судового розгляду. На мою думку, необхідно також законодавчо визначити повноваження прокурора на цій стадії процесу. А саме прокурор повинен детально вивчити матеріали, які подаються до суду, перевірити правильність їх оформлення, їх повноту для всебічного та правильного розгляду і вирішення справи. У деяких випадках прокурор може клопотати перед судом про витребування додаткових матеріалів, нових доказів чи виклику до суду тих чи інших осіб. З питань, які обговорюються на судовому засіданні прокурор повинен давати обґрунтований висновок.

На думку Б.М. Спиридонова, прокурор повинен слідкувати за тим, чи були забезпечені права засудженого під час судового розгляду, а саме чи було задоволено клопотання засудженого про допуск захисника до участі у судовому засіданні при розгляді питань, пов'язаних із виконанням вироку та інші його права. Також прокурор вправі висловити свої міркування з приводу місця розгляду справи, а саме про доцільність проведення виїзного судового засідання за місцем відбування засудженим покарання.

Обов'язок доказування на даній стадії покладається на прокурора. Прокурор повинен повно та всебічно досліджувати подані матеріали, і в разі, якщо він вважає, що матеріалів, поданих до суду недостатньо для повного та всебічного розгляду питання, він повинен наділятися правом заявляти перед судом клопотання про повернення справи для усунення прогалин. Законодавець також повинен закріпити у КПК України норму, яка б закріплювала можливість і строки усунення таких прогалин. Це було б позитивною тенденцією, і сприяло б захисту прав

та законних інтересів засудженого, недопущення погіршення становища засудженого, оскільки наприклад, в тих випадках, коли у клопотанні адміністрації місць відбування покарання про умовно-дострокове звільнення засудженого від відбування покарання суд відмовить у цьому клопотанні у зв'язку із висновком прокурора про недостатність матеріалів, то звернутись із таким клопотанням можна буде лише по спливу 6-місячного строку, а в окремих випадках через 1 рік.

Отже, як висновок, хочу зазначити, що законодавцю необхідно більш детально регламентувати статус прокурора на стадії виконання судових рішень в цілому, визнати його обов'язковим учасником судового розгляду, при вирішенні судом всіх питань, пов'язаних із виконанням вироку, закріпити його права та визначити повноваження.

РОЛЬ СЛІДЧОГО СУДДІ ЗГІДНО КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Єзерський Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для кримінального процесу України інститут слідчого судді є принципово новим, що зумовило необхідність здійснення його комплексного аналізу за законодавством тих держав, у яких він передбачений, а також проектами КПК України з урахуванням механізму реалізації судової влади на досудовому провадженні по кримінальній справі за чинним КПК України. Проведене дослідження дозволяє стверджувати про доцільність запровадження даного інституту в кримінальний процес України. Це дозволить реалізовувати судову владу на його досудових стадіях суб'єктом, до компетенції якого не відноситься здійснення правосуддя в кримінальних справах, що, позитивно позначиться на ефективності його діяльності.

Слідчий суддя – це суддя, уповноважений забезпечувати законність та обґрунтованість обмеження конституційних прав і свобод людини на досудовому провадженні по кримінальній справі, до компетенції якого належить прийняття рішення про застосування заходів кримінально-процесуального примусу, проведення слідчих та інших процесуальних дій, що обмежують конституційні права людини, розгляд скарг на дії (бездіяльність) та рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого та прокурора.

Введення у вітчизняне судочинство інституту судового контролю з'явилося доволі вагомою гарантією охорони прав особи, залученої в кримінальний процес. Основна мета функції судового контролю полягає в захисті прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства. Для її досягнення перед судовим контролем постає низка завдань: а) запобігти неправомірним діям і рішенням, що порушують конституційні права і свободи громадян; б) відновлювати права, безпідставно порушені органами досудового розслідування; в) надавати правомірним діям і рішенням особи, що провадить дізнання, слідчого, прокурора юридичної сили, легалізувавши, тим самим, отримані докази; г) сприяти винесенню правосудного вироку при вирішенні справи по суті.

Словосполучення «судовий слідчий» найбільшого поширення набуло після здійснення в Російській імперії судової реформи 1864 р. Проте аналіз розвитку судоустрою та процесуального законодавства свідчить, що за своїми функціональними обов'язками судовий слідчий тих часів нічим не відрізнявся від звичайного слідчого з кримінального процесу радянської доби, за тим лише винятком, що структурно він належав до окружного суду чи до судової палати і всі його рішення підлягали судовому контролю, а скарги на його дії розглядалися цими судовими органами. Тим самим у цій моделі судочинства судовий слідчий, будучи під подвійним прокурорським і судовим контролем, реалізовував тільки функцію попереднього розслідування.

Слідчий суддя повинен замінити собою на авансцені кримінального судочинства і слідчого, й суддю загальної юрисдикції, який здійснює судовий контроль. Він може входити до структури конкретних судів першої інстанції, але обиратися саме на посаду слідчого судді й виконувати тільки ті повноваження, які закріплені за цією посадою, тобто він має бути повністю автономною процесуальною фігурою. Створення комплексу належних процесуальних гарантій прав і свобод особи в кримінальному процесі об'єктивно немислиме без наділення слідчого судді сукупністю відповідних повноважень. Як влучно було відмічено у спеціальній літературі, введення в кримінальне судочинство інституту слідчого судді має бути пов'язано саме з реальним реформуванням усієї системи взаємовідносин між органами досудового розслідування, слідчими суддями і судами загальної юрисдикції, які вирішують справу по суті. Суд, як орган влади, повинен бути наділений безумовним повноваженням перевіряти і оцінювати подані ініціатором клопотання обвинувальні докази, оцінювати їх на предмет належності, допустимості й достатності для вирішення спору сторін по суті. Тільки на цих об'єктивних засадах суддя вправі формувати висновок про наявність (відсутність) юридичних і фактичних

підстав для задоволення того чи іншого клопотання внесеного до суду, про визнання законними і обґрунтованими оскаржувані сторонами дії або рішення органів досудового розслідування.

За новим КПК суд набуває першорядного значення, а слідчий суддя стає однією з ключових фігур у кримінальному процесі, зокрема, на стадії досудового розслідування. У ст. 3 КПК України надано визначення терміну «слідчий суддя». Це суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому КПК України, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні. У судах першої інстанції слідчий суддя обирається зборами суддів зі складу суддів цього суду на строк до трьох років. Слідчим суддею за посадою є голова Апеляційного суду. Розпорядженням голови Апеляційного суду слідчим суддею може бути призначений суддя Апеляційного суду.

Саме слідчим суддею за участю сторони захисту, а не прокурором або слідчим, буде вирішуватися більшість питань. Слідчий суддя дає дозволи для проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема на обшук житла, його огляд, відібрання біологічних зразків у разі відмови особи добровільно надати їх, для проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій, розглядає скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора під час досудового розслідування.

Всі слідчі дії, які пов'язані з обмеженням прав і свобод особи, мають бути проведені лише за рішенням слідчого судді. На слідчого суддю покладено обов'язки контролю за дотриманням правоохоронними органами прав і свобод людини. Наприклад, якщо надійшла інформація, що особа незаконно утримується, що до неї застосовуються насильницькі дії, то ця людина чи її адвокат може звернутися до слідчого судді.

Слідчий суддя забезпечує контроль на стадії досудового розслідування справи та його проведення в розумні строки, виступає в кримінальному провадженні фактично гарантом дотримання і захисту прав, свобод та інтересів підозрюваних і обвинувачених осіб. А перевага інституту слідчого судді полягає в тому, що він не належить до системи правоохоронних органів, які безпосередньо проводять розслідування.

За новим КПК України, право вибору конкретного запобіжного заходу на стадії досудового розслідування належить виключно слідчому судді за клопотанням слідчого, узгодженим із прокурором. При цьому слідчий або прокурор повинні переконати суддю в тому, що тільки запропонований ними (і жодний інший, м'якший) запобіжний захід зможе забезпечити реалізацію тих завдань, які покладаються на цей інструмент кримінального провадження.

Основним призначенням слідчого судді є здійснення судового захисту прав і законних інтересів осіб, які приймають участь в кримінальному процесі, та забезпечення законності провадження по справі на досудових стадіях. Це зумовлює специфічний характер виконуваної ним кримінально-процесуальної функції, яка визначена як забезпечення законності та обґрунтованості обмеження конституційних прав і свобод людини на досудовому провадженні по кримінальній справі.

Повноваження слідчого судді визначаються виконуваною ним функцією, яка повинна мати наскрізний характер. Умовно ці повноваження доцільно класифікувати на наступні групи: - щодо вирішення питання про застосування заходів кримінально-процесуального примусу; - щодо розгляду скарг на дії (бездіяльність) та рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого та прокурора; - щодо вирішення питання про проведення слідчих дій, які обмежують конституційні права і свободи людини; - інші повноваження (зокрема, спрямовані на забезпечення процесуальних прав учасників кримінального провадження, а також на вирішення питання про визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами.

Виходячи із призначення слідчого судді в кримінальному процесі, всі слідчі та інші дії, які обмежують конституційні права людини, повинні проводитися виключно за його рішенням. Тому й в тих невідкладних випадках, коли слідчий має право провести процесуальні дії без відповідного рішення слідчого судді, останній має бути негайно повідомлений про них і з урахуванням конкретних обставин прийняти рішення про визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами.

Будучи гарантом забезпечення прав і свобод людини на досудовому провадженні по кримінальній справі, слідчий суддя повинен мати такі важелі, які б надавали йому реальну можливість здійснювати контроль за законністю провадження.

Запровадження окремої ланки слідчих суддів дозволить вирішити проблему навантаження суддів судів загальної юрисдикції й корпоративності у прийнятті ними рішень, реалізувати принцип спеціалізації суддів, запровадити в законодавство України заходів по недопущенню і скороченню надмірного робочого навантаження на суддів, забезпечити ступеневе оскарження рішень слідчого судді. Такій системі слідчих суддів притаманні наступні основні принципи її організації: (а) принцип єдності (має діяти єдина територіальна система слідчих суддів, а всі їх акти повинні мати однакову обов'язкову юридичну силу й виконуватися відповідними органами); (б) принцип організаційної автономності, відповідно до якого система слідчих суддів утворює окрему ланку у складі судів загальної юрисдикції та є інстанційною - слідчі судді першої інстанції – колегія слідчих суддів апеляційної інстанції – колегія з кримінальних справ при Верховному Суді України; (в) принцип незалежності організації й діяльності, тобто слідчі судді виконуватимуть свої процесуальні повноваження незалежно від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, політичних партій та інших громадських об'єднань виключно на підставі закону і внутрішнього переконання. Призначення слідчого судді з числа суддів суду загальної юрисдикції в порядку черговості, що сприятиме збереженню стандартів кваліфікації слідчих суддів, встановленню їх рівного статусу з судьями, які розглядають справу по суті, вирішить проблему матеріально-технічного та організаційного забезпечення.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ

Жолнович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розслідування службових злочинів передбачає вихід на більш високий рівень підготовки, проведення та аналізу проведених при цьому слідчих дій у зв'язку з певною "елітарністю" як самих злочинів, так і суб'єктів, які їх вчинили.

Соціальні й особисті властивості, притаманні в рівній мірі всім службовим особам державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, об'єктивно впливають на особливості тактики проведення слідчих дій щодо аналізованих злочинів.

У зв'язку з цим необхідно виділити найбільш загальні правила слідчої тактики, а точніше, умови застосовуваних тактичних прийомів, які слідчий має враховувати при провадженні слідчих дій щодо службових злочинів:

- встановлювати особливості середовища, в якому проводяться слідчі дії. Це включає в себе: 1) знання правових норм, якими керуються службові особи при здійсненні своїх повноважень, до яких відносяться закони, а також ряд підзаконних актів місцевих органів влади; 2) знання особливостей роботи установи, яке визначається внутрішньовідомчими нормативними актами, наказами і директивами вищестоящего керівництва, а також наказами керівника самого відомства; 3) знання фактичних особливостей роботи колективу установи або відомства, виходячи з його внутрішнього життя, яка обумовлюється лінією поведінки керівника, його установками, письмовими та усними розпорядженнями;

- під час проведення слідчих дій по службових злочинах слідчий повинен звіряти сам процес їх проведення з повноваженнями службової особи, винуватой у вчиненні злочину, її правами і обов'язками, встановлюючи при цьому порушення винною особою правових норм шляхом їх невиконання, зловживання або перевищення. Іншими словами, слідчий у свідомості повинен створити певну схему повноважень посадової особи, звіряючи дану схему з конкретними її злочинними діями, в результаті чого необхідно постійно давати правову оцінку посадовим повноваженням і пов'язаними з ними результатами посадової діяльності винуватой особи, яка встановлюється в процесі проведених слідчих дій;

- під час розслідування службових злочинів необхідно доказувати розмір заподіяної шкоди від злочину як у вигляді заподіяної матеріальної шкоди, так і у вигляді порушення прав і свобод людини і громадянина, державних, комерційних та інших організацій;

- у той же час при проведенні слідчих дій по службових злочинах слідчий повинен будувати їх з урахуванням розкриття дійсних мотивів злочинів, які нерідко мають суто матеріальний характер;

- під час проведення активних слідчих дій слідчому необхідно вживати всіх заходів для пошуку і виявлення документального підтвердження вчинення злочинів службового характеру. З одного боку, це необхідно в силу того, що сам характер таких злочинів передбачає наявність необхідних документів діяльності службових осіб, а з іншого - доведеність злочину нерідко має місце тільки в силу наявності документів, в яких відображена протиправна діяльність винної особи.

- під час проведення слідчих дій та рішенні про застосування тактичних прийомів і комбінацій слідчий зобов'язаний мати на увазі наступні моменти: 1) проведення слідчих дій зі службовими особами практично завжди здійснюється в присутності захисника чи навіть декількох, що може як полегшити, так і ускладнити плановане проведення слідчої дії; 2) як правило, участь службової особи в слідчій дії припускає використання ним таких прихованих технічних засобів, як диктофони, відеокамери та ін; 3) необхідно бути готовим до того, що проведення слідчих дій здійснюється в умовах, коли службова особа перебуває на волі. Навіть у разі її взяття під варту, вона може бути в будь-який момент звільнено судом на цілком за-

конних підставах; 4) службова особа набагато частіше, ніж звичайні злочинці, може відмовитися від дачі показань у силу наявного у неї на це конституційного права;

- участь у справі захисника слідчий повинен використовувати з позитивним для себе результатом. Позитивним моментом у цьому випадку є розуміння сутності і неспростовність знайдених доказів, які захиснику з боку оцінити набагато легше. Іншим позитивним моментом є можливість психологічного контакту з винуватою особою у присутності третього учасника слідчої дії (адвоката), що в ряді випадків дає можливість прийти до взаємоприйнятних компромісів, які вимагають певної довіри при використанні відповідних норм права.

- під час проведення слідчих дій слідчий зобов'язаний враховувати ступінь корпоративного захисту службової особи з боку його товаришів по службі, спрямованої на протидію судовому розслідуванню. Особливо це проявляється при кримінальному переслідуванні посадової особи правоохоронного органу в силу наявності силових, технічних, оперативних та інших владних повноважень таких органів, наявності у них зв'язків в правоохоронній і судовій системі. Це в цілому робить негативний вплив як на весь процес розслідування кримінальної справи, так і на проведення окремих слідчих дій;

- необхідно брати до уваги силу протидіючих чинників, спрямованих особисто на слідчого в вигляді зовнішнього тиску, куди можна віднести погрози розправи, пропозиції матеріального характеру, включаючи провокації дачі хабара, пошук компрометуючих відомостей і т.д. Може мати місце і внутрішній тиск як явні або замасковані установки керівництва правоохоронного (слідчого) органу, спрямовані на "розвалювання" справи або її припинення;

- забезпечення інформаційної безпеки по проведеним слідчим діям. Це включає в себе закритість інформації про підготовку, проведення та про закінчення слідчої дії, використання тактичних прийомів і комбінацій, які повинні бути відомі обмеженому колу осіб із прийняттям всіх заходів захисту відомостей по кримінальній справі;

- проведення слідчих дій з іншими особами (свідки, потерпілі, підозрювані), які не є службовими, передбачає відсутність у них залежності від самої службової особи, винуватої у вчиненні злочину. Така залежність може мати місце при таких факторах, як авторитет представника влади, страх розправи, підпорядкування по службі, спільне вчинення протиправних дій та ін.. Слідчий з метою ефективного проведення слідчих дій повинен усунути дану залежність шляхом проведення інших слідчих і процесуальних дій або застосування тактичних прийомів. Це може бути взяття під варту, відсторонення з посади, виступ в засобах масової інформації, пред'явлення матеріалів кримінальної справи, забезпечення заходів безпеки та захисту і т.д.

Використання тактики застосування прийомів слідчої тактики під час розслідування службових злочинів передбачає не тільки технічну, але і внутрішню підготовленість слідчого. При проведенні слідчих дій по цим злочинам слідчий повинен бути психологічно і інтелектуально готовий працювати з певним рівнем службових осіб, які перебувають або перебували при владі, маючи при цьому високий рівень знань, культури і волі для такої взаємодії. У той же час робота слідчого при використанні того чи іншого тактичного впливу передбачає дотримання закону, прав та інтересів учасників кримінального судочинства, етики та культури ведення досудового слідства.

ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ «АСИМЕТРІЇ ПРАВИЛ ОЦІНКИ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ»

Ільків О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Визначення терміну «асиметрія» вживається у різних науках, зокрема таких як: (філософія, математика, фізика і т.п.) та є багатозначним.

Під асиметрією з етимологічної точки зору розуміється неправильність, нерозмірність, тобто відсутність чи порушення симетрії.

В юридичній літературі вже давно обговорюється концепція «асиметрії правил оцінки допустимості доказів» суть якої зводиться до порушень та різних правових наслідків, допущених при одержанні доказів для сторони обвинувачення і сторони захисту, що в свою чергу може призвести до неможливості встановлення істини у справі і завадити притягнути до відповідальності винувату особу.

Аналізована концепція не має свого законодавчого закріплення в Україні, тому як наслідок багатогранність допустимості доказів у її процесуальному прояві, породжує численну кількість розумінь, підходів та неоднозначність в її сприйнятті, а інколи її ще ототожнюють з прогалиною через яку шляхом зловживань можуть добиватись незаконних виправдувальних вироків захисники.

Слід зазначити, що вказана концепція «асиметрії оцінки правил допустимості доказів» спрямована на зменшення ймовірності покарання невинуватих осіб і на сьогоднішній день знайшла своє нормативне закріплення в законодавстві зарубіжних країн.

Так, визначення обмеженої допустимості міститься у Федеральних правилах про докази США, в яких говориться, що: «у випадку якщо доказ, що є допустимим для однієї сторони чи для однієї мети, але недопустимим для іншої сторони або ж для іншої мети, визнається допустимим, то суддя за клопотанням обмежує сферу застосування такого доказу й інструктує при цьому присяжних засідателів».

Що стосується вітчизняного законодавства то варто сказати, що відсутність можливості реалізації «асиметрії оцінки правил допустимості доказів» не дозволяє детально опрацьовувати ті матеріали справи в яких є інформація, яка свідчить на користь обвинуваченого, але не може за певних умов бути використана через свою формальну недопустимість.

Тільки Верховний Суд України у своїй постанові від 1 листопада 1996 року № 9 "Про застосування Конституції при здійсненні правосуддя" висловлює свою позицію, яка також є не досить чіткою. Так, в п. 19 вказаної постанови Пленум Верховного Суду України говорить, що "докази повинні визнаватись такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад, тоді, коли їх збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами". У цитованій постанові *de facto* ми бачимо прихильність вищої судової ланки до концепції "асиметрії оцінки правил допустимості про докази". При цьому, які нормативно-правові акти включати до кола кримінально-процесуального законодавства вказаною постановою визначено не було. Пізніше у своїй постанові від 30 травня 1997 року №7 "Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина" Верховний Суд України подав інші роз'яснення, згідно яких докази визнаються допустимими, якщо вони отримані відповідно до норм КПК України. Таким чином в обох рекомендаціях Пленуму увага акцентується на допустимості доказів, якими слідчі органи обґрунтовують висновки про винність особи у вчиненні злочину. Як бачимо, Пленум Верховного Суду не обумовлює визнання доказу недопустимим характером та істотністю порушення кримінально-процесуального законодавства.

Опублікована судова практика Верховного Суду України останніх років свідчить про те, що більшість кримінальних справ, які розглядалися Верховним Судом України в порядку касаційного провадження, так чи інакше пов'язана з необхідністю вирішення питань доказування — визнання тих чи інших доказів, покладених судами першої та апеляційної інстанцій в обґрунтування винності засуджених, належними, достовірними і, головне, допустимими. Слід звернути увагу на те, що при вирішенні зазначених питань Верховний Суд України при розгляді конкретних справ у обґрунтування своїх висновків використовував також і практику Європейського суду з прав людини — закладені у ній стандарти і принципи дотримання прав людини у здійсненні кримінального судочинства.

Таким чином діючий закон не формулює єдиного для усіх випадків вирішення питання про допустимість доказів, отриманих з порушенням процесуальної форми.

Отже, як висновок хочу зазначити, що на сьогодні у чинному кримінальному законодавстві не відведено місце концепції правової регламентації асиметрії оцінки правил допустимості доказів. Вказана проблема потребує широкого аналізу дослідження в основу якого слід ставити пріоритет інтересів особистості над інтересами держави, а тому і є необхідність практичного застосування у вітчизняному законодавстві вказаної концепції з вказівкою на її конкретні ознаки.

ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ПІДГОТОВЧОМУ СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Калужинський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вступ в законну силу нового Кримінального процесуального кодексу України (надалі – КПК України) 20 листопада 2012 року стало новою сторінкою в історії реформування кримінально-процесуального законодавства України. З'явилися нові інститути кримінального судочинства, а попередні набули нового змісту. Це стосується і інституту закриття кримінальної справи на стадії попереднього розгляду кримінальної справи суддею, що за чинним КПК України звучить як «закриття кримінального провадження на підготовчому судовому засіданні». Однак, залишаються не вирішеними питання, пов'язані із закриттям кримінального провадження в стадії підготовчого провадження у зв'язку з специфічною оціночною діяльністю судді в цій стадії. Законодавець і надалі залишає можливість закриття кримінального провадження в стадії підготовчого провадження суддею за nereабілітуючими підставами, хоча кримінально – процесуальною наукою спростовується надання такої можливості судді. Саме тому, аналіз підстав для закриття кримінального провадження в стадії підготовчого провадження суддею, що визначає оцінчну діяльність судді при вирішенні цього питання, заслуговує особливої наукової уваги та підлягає окремому вивченню.

На відміну від КПК України 1960 року, який передбачав в ст. 248 досить широке коло підстав для закриття кримінальної справи (передбачені статтею 6, частиною першою статті 7, статтями 7¹, 7², 8, 9, 10 і 11 цього Кодексу), які склали як реабілітуючі, nereабілітуючі так і процесуальні підстави, чинний КПК України 2012 року значно звужує перелік підстав для закриття провадження у підготовчому судовому засіданні. Суддя на підготовчому судовому засіданні відповідно до ч.3 ст. 314 КПК України повинен встановити, чи немає підстав для закриття провадження, до яких згідно з п. 4–8 ч. 1 та ч. 2 ст. 284 КПК належать: смерть підозрюваного, обвинуваченого, якщо немає заяви про його реабілітацію; скасування новим законом кримінальної відповідальності за діяння, вчинене особою; існує вирок за тим же обвинуваченням або ухвала суду про закриття кримінального провадження за тим же обвинуваченням; відмова потерпілого (його представника) від обвинувачення в кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення; звільнення особи від кримінальної відповідальності; відмова прокурора від підтримання обвинувачення, якщо потерпілий також відмовляється підтримувати обвинувачення в суді; стосовно кримінального правопорушення відсутня згода держави, яка видала особу.

Серед передбачених КПК України підстав для закриття кримінального провадження в стадії підготовчого провадження вважаємо відсутні реабілітуючі підстави. Відтак, суддя позбавлений можливості закривати кримінальне провадження на стадії підготовчого провадження за реабілітуючих підстав. Відсутність такої можливості у судді є правильним елементом реформування інституту закриття кримінального провадження в підготовчому судовому засіданні, оскільки встановлення таких підстав безперечно буде вимагати у судді проведення безпосереднього дослідження та оцінки доказів, що є обмеженими на цьому етапі кримінального судочинства.

Залишається необґрунтованим збереження за суддею повноважень щодо закриття кримінального провадження в стадії підготовчого провадження за nereабілітуючими підставами (п.5 ч.1 ст. 284, п.1 ч.2 ст. 284 КПК України). Законодавець не взяв до уваги ті застереження, що наводились в науково-практичній літературі. При з'ясуванні підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності, що є nereабілітуючими підставами для закриття кримінального провадження, судді необхідно встановити подію та склад злочину, перевірити чи зібрані всі необхідні дані, які підтверджують наявність nereабілітуючої підстави для закриття справи. Однак, обмежений встановленим процесуальним порядком дій в стадії підготовчого

провадження, суддя не зможе з'ясувати в цій стадії подію та склад злочину, встановити всі дані, які підтверджують наявність не реабілітуючої підстави для закриття справи. Вважаємо, що лише у тому разі, коли помер підозрюваний, обвинувачений, крім випадків, якщо провадження є необхідним для реабілітації померлого, суддя вправі закрити провадження у підготовчому судовому засіданні при наявності такої не реабілітуючої підстави. Інші не реабілітуючі підстави у зв'язку із звільненням особи від кримінальної відповідальності повинні встановлюватись при судовому розгляді справи, а не у підготовчому судовому засіданні.

В стадії підготовчого провадження суддя може встановити процесуальні підстави для закриття кримінального провадження. Закриття суддею кримінального провадження з так званих «процесуальних підстав» (не зачіпають питання про винуватість чи не винуватість обвинуваченого) має право на існування саме в тій стадії кримінального процесу. Суддя, здійснюючи оцінку матеріалів кримінальної справи, зможе на цьому етапі кримінального провадження встановити наявність чи відсутність відповідного процесуального документу по тому ж факту чи обвинуваченню (вирок суду, ухвала про закриття кримінального провадження) та його зміст, з'ясувати наявність чи відсутність письмової відмови потерпілого чи у випадках, встановлених законом, його представника у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, згоди держави, яка видала особу, письмової відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення, за винятком випадків, передбачених КПК України, встановити чи не набрав чинності закон, яким скасовується кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

Цілком новими підставами для закриття кримінального провадження в стадії підготовчого провадження законодавець називає набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою; відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення, за винятком випадків, передбачених КПК України; відсутність згоди держави, яка видала особу. Набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою на момент здійснення підготовчого судового засідання є логічною та правильною обставиною для закриття кримінального провадження суддею. Таку підставу судде зможе з'ясувати при оцінці ним закону про кримінальну відповідальність, за яким визначається злочинність діяння, вчинене обвинуваченим, на предмет його чинності.

Передбачивши закриття кримінального провадження за наявності відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення, у разі відмови потерпілого чи його представника або законного представника підтримувати обвинувачення самостійно, законодавець не передбачає форму такої відмови прокурора та потерпілого чи його представника або законного представника. На нашу думку, такі відмови обов'язково повинні бути внесені в письмовій формі, шляхом подання відповідних заяв як прокурора про відмову від підтримання державного обвинувачення так і потерпілого, чи його представника або законного представника від підтримання обвинувачення самостійно. В такому разі суддя з'ясувавши наявність таких процесуальних документів у матеріалах справи, перевіrivши, що вони стосуються цього кримінального провадження та підозри у вчиненні кримінального правопорушення щодо наявного у справі підозрюваного, обвинуваченого, вислухавши думку сторін кримінального провадження, в тому числі прокурора та потерпілого вправі закрити провадження у справі, керуючись принципом змагальності.

Суддя, у разі розгляду кримінального провадження щодо особи, яка була видана Україні, повинен детально аналізувати не лише рішення компетентного органу іноземної держави про видачу особи в Україну, а й відповідний запит щодо видачі особи на відповідність його цьому рішення, та у разі з'ясування, що кримінальне провадження здійснюється щодо злочину, на яке не надавалась згода держави, що видала особу, зобов'язаний закрити кримінальне провадження на стадії підготовчого провадження.

РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: ОКРЕМІ ВІДКРИТІ ЗАПИТАННЯ

Калужна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На загальному фоні перших загалом позитивних відгуків у ЗМІ, пресі, наукових колах про новий КПК України, що нещодавно набрав чинності, друга хвиля відгуків, очевидно, буде не стільки схвальна, скільки швидше виявлятиме прогалини, суперечності, непорозуміння чи недостатню досконалість прописаних законодавчих положень, що, зрештою, вийде на поверхню з першими проблемами практики його застосування.

Звернімось, наприклад, до порядку проведення судової експертизи. Традиційно у процесуальних науках та судовій експертології розрізнялись поняття «судова експертиза» і «проведення експертизи» як дещо різні речі, оскільки *судова експертиза* (за визначенням ЗУ Про судову експертизу) — це власне дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ та процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів досудового розслідування та суду. Водночас, *судова експертиза* — це «не річ у собі», як така, вона нікому не потрібна сама заради себе, її призначення — сприяти вирішенню завдань правосуддя, тобто бути засобом доказування. Відтак, *проведення експертизи* — це слідча (судова) дія, яка полягає у дослідженні експертом за дорученням слідчого (суду) речових доказів та інших матеріалів з метою встановлення фактичних даних і обставин, що мають значення для правильного вирішення провадження. І так само усталено проведення судової експертизи як слідча дія включала у себе три етапи: а) підготовку і призначення судової експертизи; б) провадження експертного дослідження; в) дослідження, оцінку й перевірку висновку експерта. Зазначені етапи є іманентними цій слідчій дії з засади речі, однак, зберігаючи ту ж сутність, у новому КПК перший із них одержав нову назву.

1. Так, після першого ознайомлення із нормами КПК, які регламентують проведення експертизи, не відразу є очевидним, як закон називає цю слідчу дію. Стаття 242 КПК, із якої починається її регламентація називається «підстави проведення судової експертизи» і розпочинається диспозиція цієї статті термінологічним зворотом «експертиза проводиться ...», у ст. 243 йдеться про «залучення експерта», у ст. 244 — про «розгляд клопотання слідчим суддею про залучення експерта». Водночас у ст. 245 йдеться про «одержання зразків для експертизи», у п.1 ч.1 ст. 102 — у вступній частині висновку експерта вказується «підстава проведення експертизи». Таким чином, доходимо висновку, що «залучення експерта» це назва початкового етапу слідчої дії «проведення експертизи», тобто це традиційний етап підготовки і призначення експертизи.

2. Водночас, на відміну від попереднього КПК, який чітко визначав, що «експертиза призначається постановою слідчого (судді) чи ухвалою суду», яка і є юридичною підставою проведення експертизи, як видається, недоліком нового КПК є неоднозначність термінології, надлишок синонімів у питанні про те, яким саме документом призначається судова експертиза. До висновку про назву цього процесуального рішення і документа треба доходити системним тлумаченням закону. Відповідно до ст. 242 експертиза проводиться експертом за «зверненням сторони кримінального провадження або за дорученням слідчого судді чи суду», якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. У назві статті 244 нового КПК йде мова про «залучення експерта», а у її тексті про «клопотання про залучення експерта», про «ухвалу слідчого судді про доручення проведення експертизи». У статті 332 документом, яким призначається експертиза, називається «ухвала суду про доручення проведення експертизи». Таким чином, якщо експертизу призначає слідчий суддя чи суд, то він ухвалює «ухвалу про доручення проведення експертизи». Прямої ж відповіді про те, яким документом слідчий доручає експерту проведення експертизи, КПК не дає. Чи це «звернення сторони кримінального провадження», чи «клопотання про залучення експерта», чи постановою слідчого при призначення експертизи», чи

якийсь інший документ? З іншої сторони, відповідно до ст. 110 нового КПК «процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду. Судове рішення приймається у формі ухвали або вироку. Рішення слідчого, прокурора приймається у формі *постанови*. Постанова виноситься у випадках, передбачених цим Кодексом, а також коли слідчий, прокурор визнає це за необхідне». Рішення слідчого про необхідність проведення судової експертизи у провадженні є процесуальним, відтак його необхідно оформляти у процесуальній формі постанови слідчого. Але яку назва повинна мати ця постанова слідчого? Новий КПК ні разу не вжив словосполучення «призначення експертизи». Якщо слідувати логіці і єдності термінології, то постанова слідчого мала б мати таку ж назву як і ухвала суду чи слідчого судді. А остання, як вказується статтях 244 та 332 КПК йменується «*ухвала суду (слідчого судді) про доручення проведення експертизи*». Відтак, спершу спадає на думку, що, прийнявши тактичне рішення провести експертизу у провадженні, слідчий мав би скласти *постанову про доручення проведення експертизи*. З другої сторони у ч.1 ст. 243 визначено, що «сторона обвинувачення залучає експерта», як і «сторона захисту має право самостійно залучати експерта». Очевидно, виходячи із принципів змагальності і процесуальної рівноправності сторін обвинувачення і захисту, законодавець натякає, що хоч слідчий і виконує державну функцію, як і суд, однак назва документу, яким він вирішує провести експертизу не повинна відрізнитись від формулювання назви аналогічного документа сторони захисту. Тому, найбільш імовірно, що такий документ слідчого чи прокурора мав би називатись *постанова про залучення експерта і доручення йому проведення експертизи*. А, з третьої сторони, якщо законодавець буквально (прямо) не визначив назви цього документа, то, можливо, він цьому питанню значення взагалі не надавав, аби суть у цьому документі зберігалась.

3. Новий КПК, на відміну від попереднього, не визначає змісту ухвали слідчого судді чи постанови слідчого про доручення експерту проведення експертизи, натомість ч.2 ст. 244 детально розписує зміст клопотання до слідчого судді про залучення експерта.

4. У ст. 243 КПК визначено, що експерта залучає сторона обвинувачення і сторона захисту, про інших учасників мова у ній не йде. У ч.3 ст. 93 визначено, що потерпілий також має право подавати висновки експертів. Водночас, виходячи із формулювань у тексті ст. 244 «особа, яка заявила клопотання про залучення експерта до слідчого судді», а також із ч.3 ст. 61 (цивільний позивач користується правами потерпілого), ч.3 ст. 62 (цивільний відповідач користується правами цивільного відповідача), право залучити експерта мають і цивільний позивач і цивільний відповідач.

5. Стаття 79 нового КПК передбачає підстави для відводу експерта, однак не передбачає як учасникам провадження зреалізувати право на відвід. Оскільки КПК не передбачає обов'язку слідчого ознайомлювати підозрюваного, потерпілого чи інших учасників провадження, які мають власний інтерес, із постановою про залучення експерта і доручення йому проведення експертизи. Відтак зазначені учасники можуть і не знати про факт залучення експерта слідчим взагалі, не можуть зреалізувати своє право на відвід експерта, чи постановку перед ним якихось додаткових запитань, надання йому додаткових матеріалів. Зазначені учасники процесу мають право відповідно до ст. 242, 244 залучити експерта на договірних умовах і провести свою альтернативну слідчому однойменну експертизу або звернутись до слідчого із клопотанням провести відповідну експертизу слідчим за рахунок держави. Якщо ж слідчий, прокурор у задоволенні клопотання сторони захисту про залучення експерта відмовив, то особа, що заявила відповідне клопотання, має право звернутися з клопотанням про залучення експерта до слідчого судді. Ці законодавчі положення звичайно є здобутком. Водночас фактично підстави для відводу експерта, залученого стороною-контрагентом, учасник провадження з'ясовує на момент відкриття сторонами матеріалів провадження (ст. 290 КПК), пост-фактум після проведення експертизи. Відтак, якщо експертизу провів експерт, що підлягав відводу і не заявив самовідвід, то в силу неспростовної презумпції необ'єктивності і недопустимості в доказуванні такого висновку експерта, такий висновок експерта не може буди доказом у провадженні. А час на проведення експертизи витрачено, тим паче що виконання експертиз - процедура зазвичай довготривала і часто пов'язана із продовженням строків досудового розслідування і відповідно строків застосування запобіжних засобів. З іншої сторони, виглядає так,

наче слідчий як на війні, потаємно залучає експерта. Звичайно досудовому розслідуванню іманентне протистояння інтересів, однак і підозрюваний, і потерпілий, і цивільний позивач, і цивільний відповідач громадяни держави – платники податків. А слідчий, як і прокурор реалізують під час досудового розслідування публічну (не власну, професійну) функцію кримінального переслідування. Як видається, принаймні підозрюваний і потерпілий мають право бути ознайомленими із наміром слідчого провести експертизу, ставити на неї свої запитання, надавати на неї додаткові матеріали тощо. Інакше, слідчий протиставляється суспільству – потерпілому, підозрюваному. Думаю, у цьому питанні варто виходити із принципу процесуальної економії і виконання кримінальним судочинством завдання швидкого, повного і правильного вирішення провадження, а не із понад усе «забезпечити змагальність». Закріпивши за стороною захисту і потерпілим право проводити альтернативну експертизу, вони в будь-який момент можуть ним скористатись, навіть якщо їх клопотання щодо цієї експертизи повністю чи у якійсь частині було свого часу задоволене слідчим.

Це, звичайно, далеко не вичерпний перелік запитань, які виникають при ознайомленні з положеннями нового КПК щодо проведення експертизи.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

Кахнич Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Забезпечення цивільного позову в кримінальному провадженні у багатьох випадках є необхідною умовою реалізації конституційного права громадян на відшкодування шкоди, заподіяної їм кримінальним правопорушенням. Адже, як свідчить практика, для повної реалізації цього права лише пред'явлення цивільного позову в кримінальному провадженні, і навіть його задоволення судом є не достатнім. Часто саме відсутність арештованого майна спричиняє труднощі і унеможливує виконання вироку в частині, що стосується цивільного позову.

2. Питання забезпечення цивільного позову в кримінальному провадженні за КПК України 1960 року регулювався ч.1 ст. 29, яка передбачала: при наявності достатніх даних про те, що злочином завдана матеріальна шкода або понесені витрати закладом охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочину, орган дізнання, слідчий, прокурор і суд зобов'язані вжити заходів до забезпечення цивільного позову. При цьому заходами забезпечення цивільного позову в кримінальному провадженні, як уже зазначалося, були: вилучення цінностей, незаконно відібраних у власника; вилучення майна, нажитого злочинним шляхом; вилучення інших матеріальних цінностей, які належать обвинувачуваному; накладення арешту на майно обвинуваченого; накладення арешту на вклади обвинувачуваного. Відшкодуванню матеріальної шкоди може сприяти і застосування особливого запобіжного заходу — застави, яка в деяких випадках (наприклад, якщо внесена обвинуваченим) може бути використана за рішенням суду для відшкодування шкоди потерпілому. Вилучення предметів посягання, цінностей, нажитих злочинним шляхом, та іншого майна обвинуваченого може здійснюватися в процесі обшуку, виїмки, отримання витребуваних предметів та документів або під час добровільної видачі таких учасниками процесу.

3. Новий КПК України істотно змінив підхід до забезпечення цивільного позову в кримінальному провадженні, адже, на відміну від свого попередника, новий кодекс передбачає лише один спосіб забезпечення цивільного позову і називає його «арешт майна» (Глава 17 КПК 2012 р.). Так, відповідно до ч. 2 ст. 170 КПК слідчий суддя або суд під час судового провадження накладає арешт на майно у вигляді речей, якщо є достатні підстави вважати, що вони: 1) підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди; 2) надані особі з метою схилити її до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та (або) матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи як винагорода за його вчинення; 3) є предметом кримінального правопорушення, пов'язаного з їх незаконним обігом; 4) набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, доходи від них, або на які було спрямоване кримінальне правопорушення. Крім того, у випадку задоволення цивільного позову суд за клопотанням прокурора, цивільного позивача може вирішити питання про накладення арешту на майно для забезпечення цивільного позову до набрання судовим рішенням законної сили, якщо таких заходів не було вжито раніше.

4. Суть арешту майна полягає у тимчасовому позбавленні підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, можливості відчувувати певне його майно, розпоряджатися будь-яким чином таким майном та використовувати його. Арешт майна носить тимчасовий характер, бо остаточне рішення про те, що належить вчинити з майном, яке арештоване, буде вирішено судом при ухваленні вироку (ст. 368 КПК).

5. Арешт може бути накладено на нерухоме і рухоме майно, майнові права інтелектуальної власності, гроші у будь-якій валюті готівкою або у безготівковому вигляді, цінні папери, корпоративні права, які перебувають у власності підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які

в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, і перебувають у нього або в інших фізичних, або юридичних осіб з метою забезпечення можливої конфіскації майна або цивільного позову (ч. 3 ст. 170 КПК). Арешт може бути накладено також на майно у вигляді речей, документів, грошей якщо вони: 1) підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди; 2) надані особі з метою схилити її до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та (або) матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи як винагорода за його вчинення; 3) є предметом кримінального правопорушення, пов'язаного з їх незаконним обігом; 4) набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, доходи від них, або на які було спрямоване кримінальне правопорушення.

6. Майно, на яке накладається арешт, може перебувати у власності підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, що вчинила суспільно небезпечне діяння. Таке майно може перебувати як у вказаних осіб, так і в інших фізичних або юридичних осіб. Пленум Верховного Суду звертає увагу на те, що при виконанні вироків у частині відшкодування матеріальної шкоди судам необхідно звертати стягнення на грошові суми та майно засудженого, що знаходяться у інших осіб (п. 22 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочинцем, і стягнення безпідставно нажитого майна» N 3 від 31.03.89р.). При запереченні володільцем факту належності засудженому грошей чи майна, переданих з метою приховання їх, вони можуть бути витребувані шляхом пред'явлення позову за підставами, передбаченими цивільним законодавством. Не підлягають конфіскації, а тому і не підлягають з цією метою арешту предмети першої необхідності, що використовуються особою і членами її родини. Перелік цих предметів визначений в Додатку до КК України.

7. Новий КПК у ч. 1 ст. 148 КПК передбачає також ще один захід для забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Це – тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом. Тимчасово вилученими можуть бути документи, які посвідчують користування спеціальним правом керування транспортним засобом або судном, полювання, здійснення підприємницької діяльності. Тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом дає можливість зберегти певне майно (автомобіль, мотоцикл, трактор, судно, мисливську зброю, майно, що використовується для підприємницької діяльності), на яке може бути пізніше накладений арешт для забезпечення відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди за умови повного або часткового задоволення цивільного позову.

ВПЛИВ ПІДЛІТКОВОЇ АГРЕСІЇ НА ФОРМУВАННЯ ОСОБИ ПРАВОПОРУШНИКА

Ковна У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кожен етап в історії наукового вивчення агресії був пов'язаний з нагальними проблемами суспільного життя. Сьогодні звернення до даної теми обумовлено, в першу чергу, зростанням соціальної напруги, війнами, безпрецедентними терористичними актами, «омолодженням» злочинності та розширенням спектру проявів агресії. Агресія - це мотивована деструктивна поведінка, яка суперечить нормам і правилам співіснування людини в суспільстві і приносить фізичну шкоду об'єктам нападу, або викликає в них психологічний дискомфорт (негативні переживання, стан напруженості, страху, подавлення та ін.).

В історії наукового вивчення агресії найбільш яскраво виражені три основні підходи, що збігаються з напрямками емпіричних досліджень у даній галузі. Перший поєднує теорії, в яких агресивність трактується як уроджена, інстинктивна властивість людини. Сюди входять різноманітні варіанти психоаналітичної теорії, починаючи з ортодоксального фрейдистського психоаналізу (С. Шпілрейн, К. Юнг, А. Адлер), а також близькі до них етологічні теорії (К. Лоренц). В межах другого підходу, який дещо співпадає з першим, агресія вивчається як поведінкова реакція на фрустрацію (Дж. Доллард, Н. Міллер, Л. Берковіц). Третій підхід, засновником якого є А.Бандура, складають концепції, що розглядають агресивність як характеристику поведінки, яка формується в результаті навчання (біхевіористські теорії).

Аналіз досліджень згаданих зарубіжних фахівців та вітчизняних (П.В.Алікіної, В.Рахмаштаєвої, Н.Д.Левітова, О.Б.Бовть, О.В.Степанова, І.Фурманова) показує, що людська агресивність належить до класу явищ, які можна вивчити спільними зусиллями ряду таких наукових дисциплін, як психологія, біологія, етологія, кримінологія, педагогіка тощо.

Вивчення підліткової агресії в сучасній науці не є автономним теоретичним напрямком, а являє собою симбіоз теорій агресії та теорій підліткового віку, розроблених переважно у межах психологічної науки.

Сучасний підліток живе в світі, складному за своїм змістом і тенденціями соціалізації. Це пов'язано, по-перше, з високим темпом і ритмом росту технологічних перетворень, що ставлять перед людьми нові вимоги. По-друге, з насиченим характером інформації, яка створює масу "шумів", що глибинно впливають на підлітка, у якого ще не вироблено чіткої життєвої позиції. По-третє, з екологічними і економічними кризами, що вразили наше суспільство, та які викликають у дітей відчуття безнадійності і роздратування. Тому, формування моральної свідомості й самосвідомості сучасних підлітків здійснюється переважно за принципом заповнення порожнечі тією інформацією, що знаходиться на поверхні.

Загалом вчені виділяють кілька моделей поведінки, за допомогою яких можна охарактеризувати підліткову агресивність. Проте, всі форми агресивності мають одну спільну рису: вони викликані спробами контролювати ситуацію, впливати на неї з метою вдосконалення або себе, або свого оточення, включаючи близьких людей. Реакція у вигляді агресивної поведінки проводиться в дію вродженими і набутими механізмами, деякою внутрішньою, мотивуючою силою. Однак, агресивну поведінку не можна однозначно вважати поганою. Виникаючи в критичній ситуації вона виконує захисну функцію, інколи функцію розв'язання (виходу) з ситуації.

Особистість дитини та підлітка формується не сама по собі, а в середовищі, що його оточує. Особливо важлива роль малих груп, в яких підліток взаємодіє з іншими людьми. Перш за все, це торкається сім'ї. Різні автори виділяють різні типи неблагополучних сімей, де з'являються діти з відхиленнями в поведінці. Ці класифікації не суперечать, а доповнюють, іноді повторюючи одна одну. Характер стосунків між батьками, між батьками і дітьми, дисгармонія в сім'ї є чинниками, що визначають агресивну поведінку дітей. Слід також наголосити на існуючій проблемі батьківської педагогічної необізнаності, що проявляється у поширенні в сі-

м'яких фізичних покарань, авторитарного стилю керівництва чи зовсім байдужого ставлення до поведінки підлітка, відсутності порозуміння між дорослими та дитиною.

За даними соціологічних досліджень, сімейна соціалізація «агресивних» підлітків та ре-спондентів з масиву вихованців колонії характеризується відсутністю довіри та порозуміння між ними та батьками, частими суперечками, надмірним контролем поведінки (фізичними покараннями) й, навпаки, байдужим ставленням до дитини. Слід зазначити, що характер та стиль сімейного керівництва переважно успадковуються. Встановлено, що характерною рисою підлітків, засуджених за те чи інше правопорушення, є відсутність довіри до батька.

Найгостріше постає проблема агресивної поведінки у підлітковому віці, коли здійснюється перехід до нового щабля розвитку особистості: серед підлітків посилюється негативізм, демонстративна стосовно дорослих поведінка, частішають випадки проявів жорстокості і агресивності. Треба зазначити, що агресія підлітків, безпосередньо не пов'язана з порушенням установлених правил і норм й відокремлюється від асоціальної поведінки, являючи собою своєрідний захисний механізм.

Психологічні дослідження показують, що внутрішнє спонукання до агресії може створюватись фрустрацією. Фрустрація - негативний емоційний стан, що супроводжується усвідомленням неможливості досягти поставленої мети. Він виникає в ситуаціях, що перешкоджають реалізації лінії життя індивіда. Тому фрустрація сигналізує про інтенсивність його негативного ставлення до причин які породили таку ситуацію. Іноді фрустрація буває тривалою, що призводить до різкого звуження кола життєвих зв'язків особистості. Тоді все що відбувається розглядається під кутом зору події, яка спричиняє фрустрацію. Остання може стосуватися не лише майбутнього чи теперішнього, а й минулого.

Агресивні підлітки, при всій відмінності їх особових характеристик і особливостей поведінки, відрізняються деякими загальними рисами. До таких рис відноситься бідність ціннісних орієнтацій, їх примітивність, відсутність захоплення, вузькість і нестійкість інтересів. У цих дітей, як правило, низький рівень інтелектуального розвитку, підвищена навіюваність, копіювання, недорозвиненість етичних уявлень. Їм властива емоційна грубість, озлобленість, як проти однолітків, так і проти навколишніх дорослих. У них також спостерігається крайня самооцінка (або максимально позитивна, або максимально негативна), підвищена тривожність, страх перед широкими соціальними контактами, егоцентризм, невміння знаходити вихід з важких ситуацій. Разом з тим серед агресивних підлітків зустрічаються і діти добре інтелектуально та соціально розвинені. У них агресивність виступає засобом підняття престижу, демонстрація своєї самостійності, дорослості.

Поєднання несприятливих біологічних, психологічних, сімейних і інших соціальних чинників спотворює весь спосіб життя підлітків. Характерним для них стає порушення емоційних відносин з навколишніми людьми. Підлітки попадають під сильний вплив підліткової групи, що нерідко формує асоціальну шкалу життєвих цінностей. Сам спосіб життя, середовище, стиль та коло спілкування сприяють розвитку і закріпленню девіантної поведінки.

Таким чином, відокремити вплив того чи іншого чинника на формування особистості дуже важко, бо цей вплив по своїй суті є системним, комплексним. Поширена в суспільстві думка про домінуючий вплив ЗМІ на формування особистості не отримала категоричного підтвердження, хоча суттєвий вплив останніх на згаданий процес неможливо заперечити. В той же час знайшла своє підтвердження гіпотеза про вплив на підлітків таких традиційних суб'єктів соціалізації, як сім'я та коло однолітків. Зокрема, соціально-демографічні характеристики родини (її склад, рівень освіти та сфера професійної діяльності батьків, сімейні традиції, матеріальний стан та ін.) значною мірою впливають на ціннісні орієнтації молоді, її життєві стратегії, структуру та зміст дозвілля, поширеність деяких проявів девіантної поведінки. Тому, як для психологів так і для батьків особливо важливим є знання психології підліткового віку, вміння розуміти підлітка, підтримати його, допомогти вийти із різноманітних «кризових» ситуацій.

ПЕРСПЕКТИВИ І ПРОБЛЕМИ ТЕХНІКО – КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКУМЕНТІВ, ЩО ЗАСВІДЧУЮТЬ ОСОБУ

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Немає потреби у констатуванні загальновідомої інформації про роль, особливості, види і специфіку сучасних способів злочинного використання і поводження з документами, що засвідчують особу. Достатньо зазначити, що виокремлюють три стадії їх дослідження: попереднє дослідження документів без застосування технічних засобів; лабораторне дослідження із застосуванням технічних засобів; експертне дослідження документів із застосуванням експертної техніки.

Стосовно попереднього дослідження можу стверджувати, що її мета, як відомо, може полягати, крім усього іншого: у встановленні особи власника документу; у визначенні приналежності документу саме його пред'явникові; у встановленні ознак, що ставлять під сумнів достовірність документа, що перевіряється.

Особливих нововведень щодо попереднього дослідження назвати складно, інформація в цьому контексті на сьогодні загальновідома і проблем з її поширенням і в професійно - освітньому, і прикладному аспекті, немає.

Відомо і те, що володіти азами візуального, тобто, попереднього дослідження повинен кожен працівник правоохоронної системи, не кажучи вже про оперативного працівника, слідчого, прокурора, суддю.

Що стосується лабораторного або, як ми криміналісти звикли говорити, лабораторно - польового напрямку дослідження документів взагалі і особових зокрема, також особливо поширюватися не доводиться. Технічних засобів, що відповідають цьому, - більш ніж достатньо.

Хоча, необхідно визнати, що технічне оснащення вітчизняних правоохоронних і експертних органів, не кажучи вже про оснащення більшості учбових закладів юридичного профілю, далеке від бажаного.

Стосовно третього названого перед цим напрямку, а саме, експертного дослідження документів, що засвідчують особу, із застосуванням експертної техніки, хочу коротко позначити наступне.

Безумовно, ефективне попередження підробки аналізованого виду документів, залежить головно і передусім, від своєчасного і адекватного технічного ускладнення засобів їх захисту, а тому вимагає нових підходів до експертного дослідження особових документів.

Можна виокремити наступні, відносно сформовані комплекси захисних засобів цих документів: захист основи документу; поліграфічний захист; захист реквізитів, що вносяться; спеціальні засоби захисту; біометричний захист.

Я не пояснюватиму суть цих комплексів, фахівцям вони відомі.

Проте за результатами вивчення мною експертної практики в цьому напрямі, можу констатувати, що:

1. У ході дослідження захисту основи документу, а саме якщо вона складається з пластичної маси (іншими словами має місце полікарбонатна основа) і, відповідно, було використано лазерне гравіювання як спосіб відтворення реквізитів: текстів, фотографій тощо, тоді: вітчизняні експерти не завжди знайомі з новими способами відтворення оригіналів цих реквізитів; експерти відчують певний дефіцит інформації про розроблені зарубіжними колегами методики досліджень актуальних засобів захисту документів.

Проблема, зокрема, ускладнюється відсутністю розробленої системи ознак лазерного гравіювання на полікарбонатній основі. Експертна практика засвідчує, що у вивченні таких документів виникає низка проблем, пов'язаних з науково – методичним забезпеченням досліджень, що проводяться, і наявністю необхідного обсягу знань у експертів.

2. Щодо експертного дослідження спеціальних засобів захисту (голограм, кінеграм, лазерної перфорації, ламінування тощо), то відсутність у більшості вітчизняних експертних підрозділів необхідного устаткування не дозволяє належно провадити дослідження цих високо-технологічних засобів захисту, передусім голограм і кінеграм.

3. Що ж стосується експертного дослідження елементів біометричного захисту, то певні висновки можна робити лише ґрунтуючись, передусім на досвіді зарубіжних колег, оскільки вітчизняного не так вже і багато.

Прочитування і оперативну перевірку біометричної інформації в документах, у тому числі таких, які засвідчують особу, роблять з використанням спеціального устаткування, зокрема, зчитувача документів типу "Регула".

Проте сам процес цього експертного дослідження виходить за рамки професійної компетенції одного тільки експерта в сфері техніко - криміналістичної експертизи документів. У цьому дослідженні потрібні спеціальні знання і в інших галузях: габітології, трасології (дактилоскопії), фоноскопії тощо.

Іншими словами, вирішення завдань дослідження машинозчитуваних документів, що засвідчують особу, які містять біометричну інформацію, повинно носити комплексний характер. Тут процесуальний вид експертизи (комплекс досліджень в рамках моноекспертизи, комплексна експертиза або комплекс експертиз) формується, виходячи з потреб судової та слідчої практики.

Підводячи певний підсумок можу констатувати, що у зв'язку з появою і широким використанням на сучасному етапі таких, вже згадуваних, засобів захисту документів, як лазерна перфорація, лазерне гравіювання, застосування нових видів фарбувальних речовин, а також нових видів матеріалів основи документів, перспективу мають ті напрями техніко - криміналістичного дослідження документів, які: дозволять підвищити якість досліджень, що проводяться; запобігатимуть експертним помилкам і, як наслідок, удосконалюватимуть способи боротьби із злочинами, пов'язаними з технічним підроблюванням документів, аналізованої категорії.

Мова в цьому напрямі повинна, зокрема, йти: про наукову розробку системи ознак актуальних засобів захисту документів і про розробку експертної методики їх дослідження. І в зв'язку з цим необхідно цілеспрямовано готувати експертів і розробляти відповідні методичні рекомендації для співробітників: а) чергових частин, б) патрульно-постової служби, в) співробітників і службовців новоутвореної міграційної служби України, ДАІ, органів слідства, дізнання та ін.

ПРОЦЕДУРА ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ ІНШІЙ СТОРОНІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Крушинський С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Прийняття Кримінального процесуального кодексу України 2012 року ознаменувалося запровадженням ряду нових для вітчизняного кримінального судочинства інститутів та процедур, спрямованих значною мірою на подальше утвердження принципу змагальності сторін.

Однією з новел нового кримінального процесуального закону стало введення процедури відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження, що прийшла на зміну інституту ознайомлення учасників процесу з матеріалами кримінальної справи. Запровадження вказаної процедури напряму пов'язане із наданням обом сторонам кримінального провадження (сторонам обвинувачення і захисту) збирати докази під час досудового розслідування (ст. 93 КПК України).

Слід відзначити, що інститут відкриття матеріалів (доказів) був відсутній у кримінальному процесі України і є традиційною процедурою у кримінальному судочинстві країн англосаксонської системи права. Наприклад, в США на прокурора покладається обов'язок довести до відома адвоката імена та адреси свідків, а також зміст їх показань, висновки експертів, письмові документи і речові докази, а також документи про попередні судимості осіб, яких прокурор хоче викликати як свідків. Особливо підкреслюється, що прокурор повинен поінформувати адвоката про всі докази, які виправдовують або пом'якшують вину обвинуваченого.

Подібні положення вітчизняний законодавець ввів і в кримінальне процесуальне законодавство України. Аналізуючи ст. 290 КПК України, можна виділити два складових елементи процедури відкриття матеріалів стороною обвинувачення:

1. Повідомлення про надання доступу до матеріалів досудового розслідування. Так, визнавши зібрані під час досудового розслідування докази достатніми для складання обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування;

2. Безпосереднє надання можливості ознайомитися з матеріалами досудового розслідування. Прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави, і прокурор має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді. При цьому сторона обвинувачення зобов'язана надати доступ до будь-яких доказів, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання (ч. 2-3 ст. 290 КПК України).

Дещо іншу процедуру відкриття матеріалів КПК України передбачає для сторони захисту. Так, сторона захисту за запитом прокурора зобов'язана надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту, якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді (ч. 6 ст. 290 КПК України).

Виходячи з цього, у процедурі відкриття матеріалів стороною захисту можна виділити два наступні елементи:

1. Подання прокурором як представником сторони обвинувачення запиту про надання доступу до матеріалів, зібраних стороною захисту;

2. Безпосереднє надання стороною захисту можливості ознайомитися із наявними у неї матеріалами.

Законодавець передбачив важливу гарантію для сторони захисту – право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані ним на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Таким чином сторона захисту може відмовити прокурору у доступі до доказів, які самі по собі чи в сукупності з іншими доказами можуть погіршити становище обвинуваченого. При цьому сторона захисту може відкласти прийняття рішення про надання чи ненадання прокурору доступу до матеріалів, які можуть бути використані ним на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, до закінчення ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування.

З метою попередження будь-яких зловживань щодо надання і отримання можливості доступу до матеріалів провадження законодавець передбачив ще одну гарантію – підтвердження факту доступу до таких матеріалів. Згідно з ч. 9 ст. 290 КПК України сторони кримінального провадження зобов'язані письмово підтвердити протилежній стороні, а потерпілий – прокурору факт надання їм доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів. Зауважуючи позитивне значення цієї норми, слід акцентувати увагу на тому, що законодавець чітко не визначив, в якому процесуальному документі має бути підтверджено факт доступу до матеріалів провадження, що слід визнати недоліком.

Крім сторін, правом на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження наділені також потерпілий, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач, його представник (в частині, яка стосується цивільного позову). Сторонам кримінального провадження, потерпілому надається достатній час для ознайомлення з матеріалами, до яких їм надано доступ. Разом з тим, у разі зволікання при ознайомленні з матеріалами провадження слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілий вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів. Таким чином, дане положення спрямоване на недопущення затягування сторонами провадження, потерпілим процесу ознайомлення з матеріалами провадження, а також на дотримання засади розумних строків.

Отже, *відкриття матеріалів стороною кримінального провадження* – це процедура, в межах якої здійснюється діяльність щодо надання можливості протилежній стороні та іншим учасникам кримінального провадження ознайомитися з матеріалами (доказами), які ця сторона має намір використовувати на підтвердження своїх доводів під час судового провадження.

Оцінюючи значення процедури відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження, слід відмітити прогресивний характер такої новели. Відкриття матеріалів провадження, на нашу думку, слід розглядати як складову частину послідовної реалізації принципу змагальності у кримінальному судочинстві України, оскільки змагальність полягає у тому числі й у праві сторін провадження завчасно знайомитися з доказами, які будуть використовуватися іншими учасниками процесу, бути поінформованими про це до судового розгляду.

Саме зважаючи на вагоме значення такої поінформованості, законодавець передбачив, що суд не має права допустити відомості, що містяться в матеріалах провадження, як докази, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття цих матеріалів. Таким чином, відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження є передумовою для подальшого подання цих матеріалів суду і допущення відомостей, що у них містяться, в якості доказів.

ТОЧНІСТЬ ОБСТЕЖЕНЬ НА ПОЛІГРАФІ

Лешкович Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливим аспектом наукового обґрунтування роботи поліграфа є точність, достовірність його результатів. В зв'язку з цим слід уточнити, що «чіткої межі між вірогідністю та достовірністю не існує, ступінь вірогідності поступово зростає по мірі накопичення аргументів (доказів), асимптотично наближаючись до одиниці, але ніколи не досягаючи її, а достовірність розуміється як високий ступінь вірогідності, близький до одиниці». Достовірність результатів поліграфа позначають категорією «експериментально-практична валідність».

Проблема в дослідженні експериментально-практичної валідності поліграфа полягає в тому, що і лабораторні, і польові дослідження мають певні недоліки. Сутність лабораторних досліджень в тому, що учасникам дослідження пропонується зімітувати вчинення злочину. Недоліком лабораторних досліджень є недостатній реалізм ситуації, і, в зв'язку з цим, низький рівень мотивації в учасників дослідження, відсутність емоційного зв'язку з досліджуваною подією. Але основна перевага в тому, що дослідникам відомо наперед рівень «базової правди» (*ground truth*), тобто кількість правдивих та неправдивих учасників дослідження.

Експериментально-практична валідність неодноразова досліджувалася вченими різних країн. Проте в основному такі дослідження проводилися в Інституті поліграфа Міністерства оборони США (Department of Defense Polygraph Institute) та в Університеті Юти (University of Utah).

Треба зауважити, що в результаті обстеження на поліграфі можливі два види помилкових результатів: помилково-негативний (*false negative*), коли винна особа визнається невинною, і помилково-позитивний (*false positive*), коли невинна особа визнається винною.

Максимальний рівень помилкових результатів дорівнює 21 % в дослідженні, проведеному персоналом Інституту поліграфа в 2001 р., а мінімальний – 4 % в дослідженнях Раскіна і Хеа в 1978 р. та Роунера в 1986 р. Середній рівень помилкових результатів в наведених дослідженнях – 13 %. Така розбіжність в результатах залежить від багатьох чинників: умови дослідження, кількість учасників, їхня мотивація, емоційна зацікавленість в результатах, професійний рівень поліграфолога, способи оцінки поліграм тощо.

Необхідно також враховувати, яка методика використовувалася під час проведення обстежень. На сьогодні таких методик розроблено чимало, детальніше вони будуть проаналізовані в наступному розділі роботи. Проте найточніші результати показує Методика контрольних запитань Юти (91%), розроблена Д. Раскіном. Саме її рекомендують застосовувати, «принаймні, доки якась інша методика не покаже вищий рівень точності».

О. Фрай також наводить результати досліджень, в яких порівнювались методики контрольних запитань та тест на знання винного, але для кращого розуміння точності обстежень на поліграфі він поділяє результати на помилково-негативні та помилково-позитивні.

Результати лабораторних досліджень показали, що методики контрольних запитань допускають менше негативних помилок (9 %), ніж позитивних (13 %), в той час як тест на знання винного навпаки (18 % негативних проти 4 % позитивних помилок). Якщо виключити безвисновкові результати, то методики контрольних запитань в лабораторних умовах показали такий рівень точності: стосовно винних (неправдивих) осіб – 89 %, стосовно невинних (правдивих) осіб – 83,5 %. Тест знання винного не передбачає безвисновкових результатів, рівень точності становить: стосовно винних (неправдивих) осіб – 82 %, стосовно невинних (правдивих) осіб – 96 %.

Результати польових досліджень підтвердили тенденції, встановлені в лабораторії. Методики контрольних запитань знову допустили менше негативних помилок (10 %), ніж позитивних (21 %), в той час як тест на знання винного знову показав протилежну тенденцію (41 % негативних проти 4 % позитивних помилок). Якщо виключити безвисновкові результати, то методики контрольних запитань в польових умовах показали такий рівень точності: стосовно

винних (неправдивих) осіб – 90 %, стосовно невинних (правдивих) осіб – 77,5 %. Тест знання винного стосовно винних (неправдивих) осіб – 59 % точності, стосовно невинних (правдивих) осіб – 96 %.

Привертають увагу два моменти: 1) в польових умовах методики контрольних запитань допустили 21 % (22,5 %, якщо не враховувати безвисновкові результати) позитивних помилок проти 13 % (16,5 % без врахування безвисновкових результатів) в лабораторних умовах. Такі результати спричинені хвилюванням осіб, яких обстежують на поліграфі. В лабораторних умовах таке обстеження не несе для особи жодної загрози, тому менше емоційної зацікавленості в результаті, менший рівень хвилювання і, відповідно, менший рівень позитивних помилок (13 %). В польових умовах рівень емоційної зацікавленості в рази вищий, адже розслідується реальний злочин, тому і хвилювання в особи в рази вище. А це в свою чергу тягне за собою більшу кількість позитивних помилок (21 %);

2) тест знання винного допускає 18 % негативних помилок в лабораторних умовах і 41 % негативних помилок в польових умовах. Кількість негативних помилок в тесті знання винного також не викликає подиву. Це означає, що винні особи не завжди звертають увагу на деталі злочину, по яких задається запитання, або вони могли забути їх. Тобто запитання сформульовано невдало. Різниця ж в польових і лабораторних дослідженнях (41 % проти 18 %) пояснюється тим, що в лабораторії екзаменатор спеціально звертає увагу піддослідних на ті деталі, по яких будуть задаватися запитання. В польових умовах такої можливості немає, особа, яка проводить обстеження може лише припускати, чи певні факти (наприклад, зняття вбивства, сума вкрадених грошей тощо) відомі підозрюваному.

Це дослідження показало, що методики контрольних запитань краще виявляють винних (неправдивих) осіб, тоді як тест знання винного краще виявляє невинних (правдивих) осіб. Тому з метою мінімізації помилкових результатів доцільно проводити обстеження з використанням обох методик. Адже, якщо спершу обстежити особу з використанням методики контрольних запитань (наприклад, Методики контрольних запитань Юти), а після того ще провести тест знання винного, то можливість помилки буде зменшено до 4 % стосовно винних осіб (90 % точність МКЗ + 59 % точність ТЗВ) і до 1 % стосовно невинних осіб (77,5 % точність МКЗ + 96 % точність ТЗВ).

На завершення варто процитувати американського поліграфолога К. Гейнса: «Поліграф, врешті-решт – це складний танок з багатьма рухомими елементами, психофізіологічна подія з якої ми вимальовуємо експертний висновок. В той же час, ми усвідомлюємо, що в будь-якому експертному дослідженні трапляються помилки. Десятиліття досліджень показали, що обстеження на поліграфі теж іноді призводить до помилкових результатів, а поліграфологи, незважаючи на всі свої зусилля, іноді помиляються».

Проте рівень точності обстежень на поліграфі, багаторічна позитивна практика його використання іншими державами дозволяють з впевненістю говорити про допустимість та доцільність його впровадження в правоохоронну діяльність в Україні.

ФУНКЦІЯ ЗАХИСТУ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЯ НА СТАДІЇ ВИКОНАННЯ ВИРОКУ

Литвин Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Право на захист у кримінальному судочинстві є одним із найважливіших кримінально-процесуальних інститутів, стабільність та життєздатність якого характеризує рівень правової держави, демократії і захищеності особи. Забезпечення права на захист у кримінальному провадженні - це одна з найважливіших державних гарантій захисту прав і свобод людини та громадянина, закріплених Конституцією України та міжнародно-правовими актами. В порівнянні з іншими правами закріпленими Конституцією України воно має свою специфіку, пов'язану з тим, що носіями цього права виступають підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений, тобто особи залучені до сфери кримінально-процесуальних відносин, у зв'язку з подією кримінального правопорушення, з огляду на це кримінально-процесуальний закон надає переліченим особам, відповідні права, водночас покладаючи на органи, які ведуть кримінальне провадження, кореспондуючі обов'язки, які спрямовані на забезпечення вищезгаданих прав. Крім того потрібно наголосити, що право особи на захист належить до тих прав людини, які підпадають під охорону відповідних міжнародних установ. Це право, зокрема, знаходиться у спектрі уваги Ради Європи, оскільки Європейська Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод містить норму про те, що кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, має право захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника, обраного на власний розсуд.

2. За загальним правилом, забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, виправданому, засудженому права на захист являє собою систему засобів та способів, передбачених та не заборонених законом, які виражаються сукупністю процесуальних прав, використання та реалізація яких дозволяє таким особам особисто захищатися від підозри чи обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення, обстоювати та захищати свої законні інтереси, а також надає названим особам право, користатися юридичною допомогою захисника, в тому числі у випадках, передбачених законом, — безоплатно. Це право покладає на слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд, обов'язок роз'яснити належні особам права та забезпечити їх право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного або призначеного захисника.

3. Право на захист у формі самозахисту реалізується самим підозрюваним, обвинуваченим, виправданим, засудженим за допомогою наданих йому процесуальних прав, закріплених у законі. Так, Кримінальний процесуальний кодекс передбачає можливість підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого надавати усні та письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні та ряд інших процесуальних прав. Для реалізації свого права на захист особа має право заявляти клопотання про проведення слідчих та інших процесуальних дій, які можуть стосуватись обставин, що свідчать про невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення та брати участь у їх проведенні. Кримінальний процесуальний кодекс передбачає і ряд інших процесуальних прав в залежності від процесуального статусу особи та стадії кримінального провадження, на якій вони підлягають використанню.

4. Щодо іншої форми захисту, то вона реалізується шляхом залучення захисника-адвоката, запрошеного названими учасниками або на їх прохання чи за їх згодою іншими особами. Згідно Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», прийнятого Верховною Радою України 5 липня 2012 року, захист – це вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та інших, перелічених у законом осіб. Участь захисника в кримінальному провадженні є важливою процесуальною гарантією захисту прав та законних інтересів названих учасників провадження та дозволяє їм більш повно реалізувати своє право на захист. З огляду на це КПК обмежує коло осіб, які можуть виступати захисниками у кримі-

нальних справах - захисником може бути лише адвокат, відомості про якого внесено до Єдиного реєстру адвокатів України. Крім цього КПК змінено порядок залучення захисника до справи - з дозвільного на явочний. Так, адвокат вступає у справу на запрошення одного з визначених ч.1 ст. 20 КПК учасників провадження, а також на запрошення інших осіб за їх проханням чи згодою для участі у провадженні і підтвердження відповідними документами своєї особи та повноважень. В ході захисної діяльності захисник користується процесуальними правами, наданими особі, інтереси якої він захищає, за винятком невід'ємних прав підзахисного. Крім цього КПК якісно розширив спектр прав захисника для кращого виконання ним функції захисту, а саме законом передбачено участь захисника у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться із залученням його підзахисного, розширено права захисника щодо збирання і подання доказів. До професійних прав адвоката віднесено можливість ознайомлення на підприємствах, в установах та організаціях з необхідними документами і матеріалами. Залучення до справи захисника-адвоката, здійснення ним захисної діяльності шляхом використання професійних прав та виконання, покладених обов'язків не звужує, не замінює процесуальних прав підзахисної особи та не виключає можливості здійснювати її паралельно.

5.Третьою складовою триелементної структури захисту виступає діяльність органів (офіційний, посадовий захист), яка проявляється у створенні передбачених законом процесуальних умов для використання особою та її захисником наданих їм законом можливостей, тобто у втіленні в процесі однієї із основних засад судочинства – «забезпечення права на захист». Дане право є позитивним, оскільки закон покладає на державу певні обов'язки щодо забезпечення його реалізації. Так кожному з процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого відповідає обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді, судді чи суду роз'яснити таким особам це право і забезпечити можливість його реалізації. Наприклад, орган, який веде кримінальне провадження, зобов'язаний роз'яснити особі (разом з іншими процесуальними правами) її право на захист; у встановлених КПК випадках, коли участь захисника є обов'язковою, і якщо особа не запросила його, то слідчий, прокурор чи суд самі призначають захисника; залучення захисника-адвоката за ініціативою органу, що веде провадження, має місце і тоді, коли підозрюваний чи обвинувачений не залучив його, а цей орган вирішить, що обставини провадження вимагають такої участі в інтересах правосуддя (п.3 ч.1 ст. 49 КПК). Тому, з огляду на вище сказане, доцільним є розглядати забезпечення права на захист як триелементну структуру, однією із складових якої є діяльність органів, що ведуть провадження, спрямовану на забезпечення права особи на захист.

6.Серед суб'єктів кримінального провадження, які мають право на захист, ч.1 ст. 20 називає засудженого, особу, обвинувальний вирок щодо якої набрав законної сили. Засуджений вправі використовувати перелічені в ст. 42 КПК права обвинуваченого на підставах, у порядку та обсязі, які визначаються особливостями його процесуального статусу та специфікою стадії виконання вироку. При розгляді і вирішенні питань пов'язаних з виконанням вироку засуджений виступає самостійним учасником кримінального провадження з певним процесуальним статусом. Він реалізує свою захисну діяльність шляхом ініціювання провадження щодо виконання вироку, ознайомлення з матеріалами справи, заявлення відводів, участі в судовому засіданні, заявлення клопотань, надання доказів, участі в їх дослідженні, побачення з захисником, надання пояснень, що стосуються обставин справи, оскарження рішень, винесених судом з питань пов'язаних з виконанням вироку. Але Кримінальний процесуальний кодекс не містить спеціальної статті, яка б регламентувала перелік процесуальних прав, необхідних для захисту прав та інтересів засудженого на даній стадії провадження, а скеровує до застосування аналогії закону, яка полягає у наданні засудженому прав обвинуваченого, передбачених ст.42 КПК без необхідної деталізації та конкретизації. Таким чином, прагнення користуватись послугами захисника для захисту своїх прав та відновлення порушених інтересів та механізм реалізації інших процесуальних прав не опосередковано нормами КПК за допомогою взаємопов'язаної системи суб'єктивних прав та обов'язків. В нормах КПК не виділено наявності в засудженого інтересів, а як наслідок - необхідності та можливості їх захисту. Повний же правовий, а не доктринальний захист, інтереси особи матимуть лише за умови закріплення їх в нормах права. Тому з метою посилення гарантій захисту прав і законних інтересів засудженого на стадії виконання вироку доцільним було

б внесення необхідних змін до окремих норм КПК, якими детально закріпити на законодавчому рівні права засудженого та його захисника-адвоката, повноваження та обов'язки суду, прокурора, органів та установ, на які покладено обов'язок виконання судових рішень; ввести в КПК норму, яка б передбачала права засудженого при підготовці і розгляді питань, пов'язаних з виконанням вироку, та регламентувала б механізм їх реалізації, оскільки лише точна правова регламентація слугуватиме основою, підґрунтям для неухильного дотримання прав та законних інтересів засудженого та важливою гарантією їх захисту.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Луцик В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Прийняття нового Кримінального процесуального кодексу ознаменувало новий етап розвитку кримінального процесу України. Однією з новел кодексу стало вперше у вітчизняному законодавстві закріплення принципу незмінності прокурора у кримінальному судочинстві, згідно якого прокурор призначається з моменту початку досудового розслідування до моменту постановлення вироку у кримінальній справі судом першої інстанції. На досудових стадіях прокурор здійснює функцію нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва, а з моменту затвердження обвинувального акту функцію підтримання державного обвинувачення. Заміна прокурора іншим відтепер здійснюється виключно у випадку наявності поважних причин, які не дають змогу йому брати участь у досудовому розслідуванні.

Керівник відповідної прокуратури негайно після внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань своєю постановою призначає прокурора, який буде здійснювати процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та підтримувати в подальшому державне обвинувачення в суді.

Група прокурорів призначається у випадку розслідування складних, багатоепізодних справ, необхідності проведення великої кількості гласних та негласних слідчих дій, а отже для забезпечення контролю прокурорів за ходом та результатами їх проведення та для своєчасного розгляду та погодження клопотань слідчих про проведення гласних та негласних слідчих дій. Старший прокурор групи має право давати вказівки членам групи, визначати розподіл обов'язків між ними, а також за потреби складає підсумкові процесуальні документи.

Призначений прокурор здійснює повноваження прокурора з моменту його призначення і до постановлення судом остаточного рішення у кримінальному провадженні. Заміна прокурора допускається лише у виключних випадках, які можна поділити на факультативні та обов'язкові.

Зокрема, до факультативних випадків, коли прокурор може підлягати заміні належать: у випадку доповнення або зміни вищестоящим прокурором його апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами; у разі коли вищестоящий прокурор доручив здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення слідчому підрозділу вищого рівня; у разі скасування вищестоящим прокурором його процесуального рішення або визнання незаконними вчиненої ним дії чи бездіяльності; неефективне здійснення прокурором нагляду за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування.

В обов'язковому порядку заміняється прокурор, якщо вищестоящий прокурор відмовив у погодженні обвинувального акта із зміненним обвинуваченням, клопотання про висунення додаткового обвинувачення або постанови про відмову від підтримання державного обвинувачення. Така заміна зумовлена тим, що прокурор який ініціював прийняття такого рішення вже має сформовану думку, своє переконання щодо результатів розгляду справи в суді, а отже не може підтримувати державне обвинувачення в тому обсязі яке викладене у обвинувальному висновку.

Також до обов'язкових випадків заміни прокурора можна віднести: наявність підстав для його відводу, тяжка хвороба, звільнення з органу прокуратури, наявність інших поважних причин, що унеможливають його участь у кримінальному провадженні.

Про заміну прокурора керівником відповідної прокуратури повинна виноситися мотивована постанова із обґрунтуванням підстав заміни.

Запровадження принципу незмінності прокурора повинно сприяти ефективності та результативності прокурорського нагляду за досудовим розслідуванням та підвищення відпові-

дальності прокурорських працівників за результати розслідування та вирішення кримінального провадження.

ЕЛЕМЕНТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА І ПРОКУРАТУРИ

Мазур А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливе місце в методиці розслідування окремих видів злочинів, відведено криміналістичній характеристиці, яка являє собою систему найбільш значимих ознак, їх аналіз, а також їх взаємозв'язок, що дозволяє ефективно розслідувати вчиненні злочини.

Перш ніж перейти до безпосереднього аналізу елементів криміналістичної характеристики злочинів проти правосуддя варто відмітити, що визначення поняття, значення та структури криміналістичної характеристики відноситься до тих проблем науки криміналістики, щодо яких не має єдиної точки зору у науковців.

Відсутність єдності поглядів на зміст і структуру криміналістичної характеристики злочинів багато в чому пояснюється складністю та багатогранністю досліджуваного поняття, однак, це не перешкоджає його активному розвитку.

Поняття криміналістичної характеристики сформувалось в 60-х – 70-х роках минулого століття. Одним з перших дане поняття згадується професором А. Н. Колесниченком в авторефераті своєї докторської дисертації, де він вказував, що до числа найбільш суттєвих положень, загальних для всіх приватних методик, відноситься загальна криміналістична характеристика даного виду злочинів.

Перше більш розгорнуте уявлення про криміналістичну характеристику зустрічається на початку 60-х років в працях Л. А. Сергєєва. Він визначає її як «особливості злочинів окремих видів, що мають значення для слідчої практики і для розробки наукових рекомендацій». Науковець включає в структуру криміналістичної характеристики злочину способи вчинення злочину; умови в яких вчиняються злочини; особливості обстановки; обставини, пов'язані з безпосередніми об'єктами злочинних посягань, з суб'єктами і суб'єктивною стороною злочину; зв'язки злочинів конкретного виду з іншими злочинами і окремими діями, за які не передбачено кримінальної відповідальності, але які схожі з даними злочинами по окремим об'єктивним ознакам; взаємозв'язки між вищевказаними групами обставин.

Подальший розвиток поняття криміналістичної характеристики, як і її структури був отриманий у працях А. Н. Васильєва, І. А. Возгрина, В. А. Образцова, Р. С. Белкіна тощо.

Варто зауважити, що кожен з науковців намагається дати власне визначення криміналістичній характеристиці, однак всі дотримуються точки зору про необхідність включення криміналістичної характеристики злочинів до структури приватної методики.

На основі дослідження та аналізу різних підходів до визначення криміналістичної характеристики, вважаємо, що це - систематизована сукупність узагальнених взаємопов'язаних теоретичних та фактичних даних, розроблених на їх основі наукових висновків та рекомендацій про найважливіші криміналістично значущі ознаки злочинних діянь, які є важливим джерелом для організації і здійснення всебічного, повного об'єктивного і швидкого розкриття розслідування та попередження злочинів. Саме таке визначення, на наш погляд, максимально точно відповідає змісту криміналістичної характеристики злочинів.

Резюмуючи викладене, варто визнати, що криміналістична характеристика злочинів як окрема категорія криміналістичного наукового знання продовжує розвиватись і її можливості ще повністю не розкриті, а відтак в процесі поглибленого наукового дослідження криміналістичні характеристики окремих видів і груп злочинів можуть бути відповідним образом уточнені і доповнені.

Наявність різноманітних визначень свідчить про складність цього поняття, тому для кращого розуміння суті криміналістичної характеристики злочинів варто розглянути її структуру.

Як уже зазначалось, точки зору науковців різноманітні не тільки з приводу поняття криміналістичної характеристики злочинів, а і з приводу її структури, більше того по різному науковці підходять до визначення її складових частин.

Професор А. Ф. Облаков зазначає, що розкриваючи систему криміналістичної характеристики злочинів, автори по різному називають її складові частини: одні (Р. С. Белкін, П. А. Васильєв) – елементами, інші (І. А. Селіванов) – ознаками. На думку вченого в криміналістичну характеристику злочинів входять наступні елементи: спосіб вчинення і приховування злочину; особливості обстановки і умов, яв яких вчинюється злочин; дані про особу можливого злочинця, мотиви і цілі злочину; дані про особу потерпілого; характеристику вихідної інформації; дані про типові для певного виду злочинів причини та умови, що сприяють їх вчиненню. Головним елементом автор виділяє спосіб вчинення та приховування злочинів, оскільки на його думку цей елемент має визначальне значення для теорії та практики.

Вченні Т. В. Аверьянова та Р. С. Белкін виділяють в структурі криміналістичної характеристики – характеристику типової вихідної інформації про злочин; системи даних про типові способи вчинення і приховування даного виду злочинів і типових наслідках їх застосування; особу імовірного злочинця та імовірні мотиви і цілі злочину; особу імовірного потерпілого і дані про типовий предмет посягання; дані про деякі типові обставини вчинення злочину (місце, час, обстановка); дані про типові обставини, які сприяли вчиненню конкретного виду, роду злочинів.

Професор І. І. Когутич вважає, що здебільшого криміналістична характеристика охоплює такий набір узагальнених даних про: спосіб вчинення злочинів; обстановку вчинення злочину; предмет злочинного посягання; наслідки у вигляді будь-яких матеріальних навколишніх змін, обумовлених злочином; мотиви і цілі злочинного діяння; властивості особи злочинця, які характеризуються фізичними, соціально-демографічними даними; властивості особи потерпілого. При цьому структура криміналістичної характеристики для окремих видів і груп злочинів не є однаковою: в одних характеристиках деякі елементи переважають, тобто мають більш важливіше криміналістичне значення, а в інших – його втрачають.

На основі аналізу та співставлення значної кількості підходів до елементної структури криміналістичної характеристики, вважаємо саме останній підхід найбільш оптимальним.

На нашу думку, елемент криміналістичної характеристики повинен працювати на здійснення основної функції криміналістичної характеристики, тобто бути важливим для розробки методики розкриття і розслідування даного виду злочинів, містити в собі свідчення, криміналістично значущі для розслідування більшості злочинів даного виду, відповідати принципу типовості і містити інформацію про ознаки злочину.

На основі вищенаведеного, аналізу підходів до поняття, структури криміналістичної характеристики злочинів, дослідження кримінальної характеристики злочинів, що посягають на конституційні принципи діяльності органів досудового слідства і прокуратури, вважаємо, що структура зазначеної криміналістичної характеристики злочинів має складатись з наступних елементів:

1) Особа злочинця, що характеризується певними соціально-демографічними даними, віднесенням до певної категорії посадових чи службових осіб, обсягом повноважень тощо.

2) Особа потерпілого, яка характеризується через систему ознак, містить загальні демографічні відомості (стать, вік, місце проживання і праці, навчання та ін.), дані про спосіб життя, риси характеру, нахили і звички, зв'язки, стосунки, поведінку.

3) Спосіб вчинення, який в себе може включати спосіб готування до злочину, спосіб вчинення злочину та спосіб приховування злочину;

4) Мотиви і цілі злочинного діяння;

5) Наслідки, що можуть виражатись як у фізичній матеріальній шкоді, так і моральній шкоді заподіяній злочином;

6) Обстановка вчинення злочину.

ПРАВО ВИПРАВДАНОГО НА ВІДШКОДУВАННЯ ЗАВДАНОЇ ШКОДИ ТА ВІДНОВЛЕННЯ РЕПУТАЦІЇ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

Мазур М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ч.1 ст. 43 КПК України, виправданим у кримінальному провадженні є обвинувачений, виправдувальний вирок суду щодо якого набрав законної сили.

Надання особі статусу виправданого зумовлює появу у такої особи певних прав. Ні в КПК України 1960 р., ні у чинному КПК України немає окремої статті, яка б безпосередньо була присвячена правам виправданого.

Проте, ч. 3 згаданої вже вище статті 43 передбачає, що виправданий має права обвинуваченого, передбачені статтею 42 Кодексу, в обсязі, необхідному для його захисту на відповідній стадії судового провадження.

В ст. 42 КПК України міститься широке коло прав, одним з яких є право вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, в порядку, визначеному законом, а також відновлення репутації, якщо підозра, обвинувачення не підтвердилися.

Слід зазначити, що на рівні КПК України, це право закріплене фактично вперше.

У КПК України 1960 року в статті 53-1, було передбачено лише, що у разі постановлення виправдувального вироку орган дізнання, слідчий, прокурор і суд зобов'язані роз'яснити особі порядок поновлення її порушених прав і вжити необхідних заходів до відшкодування шкоди, завданої особі внаслідок незаконних притягнення як обвинуваченого, затримання, застосування запобіжного заходу.

Ще однією новелою є закріплення в КПК України окремої глави під назвою «Відшкодування (компенсація) шкоди у кримінальному провадженні, цивільний позов». На жаль, питанню відшкодування (компенсації) шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду присвячена лише одна стаття. Так, в ній передбачено, що шкода, завдана незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, відшкодовується державою за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом (ст. 130 КПК України).

З аналізу чинного законодавства неважко зробити висновок, що єдиним таким законом на сьогодні є Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» № 266/94 ВР, прийнятий ще у 1994 році (далі – Закон України).

Сфера дії Закону України поширюється на широке коло суб'єктів – не лише на виправданого, але й на всіх інших осіб, яким завдана шкода в кримінальному провадженні незаконними діями, рішеннями органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури і суду.

Відповідно до норм даного Закону України, виправданий має право на відшкодування (компенсацію, повернення):

- 1) заробітку та інших грошових доходів, які він втратив внаслідок незаконних дій;
- 2) майна (в тому числі грошей, грошових вкладів і відсотків по них, цінних паперів та відсотків по них, частки у статутному фонді господарського товариства, учасником якого був громадянин, та прибутку, який він не отримав відповідно до цієї частки, ін.), конфіскованого або зверненого в доход держави судом, вилученого органами досудового розслідування, орга-

нами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майна, на яке накладено арешт;

3) штрафів, стягнутих на виконання вироку суду, судових витрат та інших витрат, сплачених громадянином;

4) суми, сплачені громадянином у зв'язку з поданням йому юридичної допомоги;

5) моральної шкоди.

Не вирішеним сьогодні в Законі України залишається питання щодо необхідності відшкодувати особі витрати, пов'язані з завданням шкоди її здоров'ю в період її незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування.

Не потребує особливих доказів той факт, що застосування до особи, наприклад, запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, може негативно вплинути на її здоров'я, спричинити загострення хронічних захворювань, зниження загального стану самопочуття. Підтримуючи наукову позицію про існування «фізичної шкоди» здоров'ю і можливість її завдання особі в період її незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування, як видається, наслідки завдання «фізичної шкоди» можуть мати негативний характер лише у вигляді майнових витрат та (або) моральних страждань. Наприклад, відчуття болю в руці, що зазнала її перелому, є моральною шкодою, до якої однозначно входить і поняття «ушкодження здоров'я» (фізична шкода). А витрати цієї особи на відновлення якості життя (на медичні засоби, лікування тощо) будуть майновою шкодою.

Таким чином, є всі підстави для закріплення в переліку шкоди, яка підлягає відшкодуванню, окремим пунктом витрат на відновлення здоров'я.

До новел КПК України можна віднести закріплення права виправданого на відновлення репутації, якщо підозра, обвинувачення не підтвердились. Безумовно, що ухвалення виправдувального вироку суду і набрання ним законної сили свідчить про те, що підозра і обвинувачення щодо конкретної особи не підтвердились і вона вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення.

У сучасній науковій літературі не існує єдиного підходу до визначення поняття репутації. Дане поняття тісно пов'язується з такими категоріями як честь і гідність. Новий тлумачний словник української мови трактує «репутацію» як громадську думку про кого, що-небудь. Загалом, і більшість науковців сходяться на тому, що репутація – це позитивна оцінка суспільства – відображення якостей особи у суспільній свідомості.

Як вірно відзначає М.Є Шумило, така оцінка про особу інколи може формуватися органами досудового розслідування, прокуратури, суду. Підозра, обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення породжують негативну думку про людину, знижують до неї довіру та її авторитет. Підсилюють подрив репутації особи й факти запитів за місцем роботи, проживання, допит свідків, проведення ревізій, обшуків, виступи по радіо, телебаченню, публікації в засобах масової інформації. Всупереч презумпції невинуватості ці заходи органів досудового розслідування в очах недостатньо юридично освічених людей сприймаються як такі, що засвідчують вчинення кримінального правопорушення людиною, і невинувато ототожнюються з обвинувальним вироком суду. З точки зору емоційного сприйняття така інформація в свідомості громадськості є надто «живучою» і вимагає значних зусиль, щоб відновити добре ім'я такої людини.

КПК України не називає способів відновлення репутації особи, однак аналізуючи положення Закону України видається що до них можна віднести наступні: 1) у разі постановлення виправдувального вироку слідчий, прокурор або суд зобов'язані на прохання особи письмово повідомити у місячний строк про своє рішення трудовий колектив, в якому працює особа, або за її місцем проживання (ч.2 ст. 11); 2) якщо відомості про притягнення громадянина до кримінальної відповідальності, застосування до нього як запобіжного заходу взяття під варту були поширені в засобах масової інформації, то на вимогу цього громадянина, а в разі його смерті на вимогу його родичів чи органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, слідчого, прокурора або суду засоби масової інформації протягом одного місяця роблять повідомлення про рішення, що реабілітує громадянина, відповідно до чинного законодавства України (ч.3 ст. 11).

Порядок реалізації права особи на відшкодування (компенсацію) шкоди, на жаль, залишився таким ж самим як і був до прийняття нового КПК України, і чисельні заклики науковців до його вдосконалення – залишились не почутими.

Підводячи підсумок вищенаведеному, слід сказати, що право на відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, а також відновлення репутації, займає чільне місце в системі прав людини та громадянина, є своєрідним показником справедливості щодо кожної окремо взятої особи. Проте реальність такого права залежить не лише від його нормативного закріплення, але й від існування якісного і дієвого механізму реалізації даного права.

НОВІ ПІДХОДИ ДО ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОГО ДОПИТУ

Максимишин Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Прийняття нового КПК вже давно було нагальною потребою. Попередній Кодекс було прийнято понад 50 років тому. І проблемою є не лише його вік, адже світовій практиці відомі випадки, коли нормативні акти діють століттями, і це тільки позитивно їх характеризує. Питання в тім, що в основу КПК 1960 р. було взято таку суспільну і правову модель, яка не забезпечувала в кримінальному процесі належного захисту прав підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного. Кодекс, без сумніву, мав обвинувальний ухил.

Ураховуючи відповідний інтерес до теми допиту в суді, хотілося б звернути увагу саме на нові підходи до проведення цієї судово – слідчої дії. У чинному Кримінальному процесуальному кодексі України передбачено такий вид допиту, як «перехресний допит», а відтак і встановлено процесуальні особливості його проведення. Поняття перехресного допиту не є новизною у судовій практиці, проте його застосування не було закріплено на законодавчому рівні, учасники кримінального провадження під час проведення перехресного допиту керувалися загальними положеннями встановленими у процесуальному законодавстві, що стосувались проведення судового допиту в цілому.

У п.7 ст. 352 чинного КПК України визначено, що після проведення прямого допиту протилежній стороні кримінального провадження надається можливість перехресного допиту свідка (п.2 ст. 353 КПК України – потерпілого). Під час перехресного допиту дозволяється ставити навідні запитання, тобто запитання, в яких міститься відповідь, або підказка на неї. У разі постановки запитань, які не пов'язані з досліджуваними обставинами, носять образливий або особистий характер, головуєчий має право зняти запитання до допитуваного.

Перехресний допит – це допит, під час якого учасники судового провадження можуть по чергово задавати одній особі запитання щодо будь – яких епізодів (фрагментів) її показань, з метою їхнього уточнення, доповнення і перевірки.

Перехресний допит вважається основним способом перевірки показань допитуваної особи, під час якого сторони кримінального провадження мають право ставити запитання щодо: а) можливості сприймати факти, щодо яких даються показання; б) інших обставин, які можуть мати значення для оцінки достовірності показань допитуваного; в) попередніх показань, які не узгоджуються з його щойно наданими показаннями тощо. Проведення перехресного допиту свідка (потерпілого) дозволяє перевірити його свідчення і з точки зору обвинувачення і з точки зору захисту, виявляє окремі неточності і суперечності у показаннях, усуває їх неповноту, допомагає уникнути помилок при з'ясуванні окремих обставин справи.

Цей допит, зазвичай, розпочинається після того, коли допитуваний у вільній розповіді повідомить усі відомі йому обставини по справі. Черговість запитань різними учасниками судового провадження визначено загальним порядком допиту, регламентованим КПК України, тобто спочатку обвинувач (якщо свідок захисту, то захисник), а всі інші після нього.

Перехресний допит найбільш ефективний у ситуаціях, коли в суді допитувана особа раптово і кардинально змінює свої попередні показання. Одному обвинувачу, в такому випадку, доволі складно всебічно перевірити нову версію допитуваного. Очевидно, що декілька учасників здатні значно більше, аніж один, гарантувати повноту, об'єктивність та неупередженість з'ясування всіх обставин про які повідомляє допитуваний.

Переважа такого допиту – процесуальна економічність і раціональність з погляду витрат сил і часу. Адже один перехресний допит замінює декілька окремих видів допитів однієї ж конкретної особи, які довелося б здійснити, якби не існувало цієї форми допиту. Напевно, саме тому перехресний допит є основною формою судового допиту.

У пп.5 п. 2 ст. 87 КПК України зазначено, що порушення права на перехресний допит тягне за собою визнання доказів недопустимими, отриманих внаслідок істотного порушення прав людини і основоположних свобод. Істотними порушеннями прав та свобод людини слід

визнавати такі, які перешкоджали чи не дали можливості в повному обсязі реалізувати права та свободи, передбачені Конституцією України та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною радою України.

Істотне порушення прав і свобод людини – оціночне поняття кримінального процесуального права, яке не може бути визначене законодавцем. Воно уточнюється і конкретизується в процесі правозастосування з урахуванням особливостей конкретної ситуації. Виходячи з цього можна дійти до висновку, що неможливо узагальнити всі ситуації з істотним порушенням прав та свобод людини, але критеріями її оцінки слід вважати неможливість, неповноту в реалізації прав та свобод людини.

Право на проведення перехресного допиту впливає з конституційних положень. Так, у ст. 129 Конституції України закріплені засади змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення обвинуваченому права на захист. У п.3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод наголошується, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального злочину як мінімум має право допитувати свідків, що свідчать проти нього, або право на те, щоб свідки були допитані. Вище перелічені положення складають правову базу для перехресного допиту у кримінальному провадженні, тому порушення встановлених вимог щодо перехресного допиту є підставою для визнання судом доказів недопустимими.

Узагальнивши вище наведене можна виділити ідеальні умови проведення перехресного допиту є: 1) пасивність суду і його невтручання у перехресний допит за умови дотримання сторонами встановленого порядку його проведення; 2) надання свободи сторонам формувати доказову базу і проводити на свій розсуд перехресний допит особи, яка засвідчує факти в суді на користь процесуального противника.

БЕЗПЕРЕРВНІСТЬ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЯК ГАРАНТІЯ ДОТРИМАННЯ РОЗУМНИХ СТРОКІВ СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Маланюк А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Судовий розгляд здійснюється у відповідності до визначених законом правил – вимог, що деталізуючи і конкретизуючи принципи кримінального провадження, поширюються на всю процесуальну діяльність суду щодо розгляду кримінального провадження, відображаючи її найсуттєвіші риси. Одним з таких правил і є ідея безперервності судового розгляду, що вже давно відома кримінальному судочинству. Так, в кінці ХІХ століття відомий російський процесуаліст І.Фойницький відзначав: „Умова безперервності означає, що рішення суду повинно виноситись безпосередньо після слухання справи, так, щоб його увага не відволікалась від справи сторонніми заняттями в проміжку між слуханням і рішенням, і що кожний суддя повинен заслухати всю справу від початку й до кінця”.

Ще більшого значення дана ідея набула за радянських часів, коли безперервність розглядалась окремими науковцями як один з принципів кримінального процесу. Зокрема, з такої позиції її розглядали Д. Карніцький і М. Строгович в практичному посібнику щодо застосування Кримінально-процесуального кодексу РСФСР (Москва, 1934 рік). В обґрунтування цієї позиції акцентувалась увага на значення безперервності для судової оцінки доказів. Адже, протягом судового розгляду суддя повинен комбінувати і порівнювати докази, в той час як перерва і, особливо, на тривалий час негативно відображається на правильності оцінки доказів. При цьому на законодавчому рівні встановлювалась заборона до закінчення слухання в початій справі розглядати в перерві інші справи. Цікаво, що аналогічний підхід можна прослідкувати у одному з проектів Кримінально-процесуального кодексу України (реєстр. № 3456-1, станом на 27.06.2004 року), який теж виключав можливість розгляду інших справ в час перерви.

Водночас, в сучасній українській науці кримінально-процесуального права безперервність розглядалась саме як одне з загальних положень судового розгляду. В основі такого підходу була ст.257 КПК України 1960 року, яка закріплювала обов'язок проведення судового засідання в справі безперервно, крім часу призначеного для відпочинку. Зберегла своє значення безперервність і з прийняттям нового КПК України 2012 року, навіть більше – розглядається як один з механізмів (гарантія) забезпечення розумного строку судового провадження. Правове закріплення вона отримала у ст.322 нового КПК, яка так і озаглавлена „Безперервність судового розгляду”. Цим підкреслено важливість даного положення для належної і ефективної організації судового розгляду кримінального провадження. У порівнянні з новим КПК України, чинні кримінально-процесуальні закони Естонії, Казахстану, Росії такого поняття не містять, хоча паралельно передбачають підстави для відкладення (перерви) у судовому розгляді.

При видимій лаконічності законодавчого визначення суті безперервності в ч.1 ст.322 КПК України, все ж зміст цього положення потребує більш глибокого осмислення. Які ж аспекти наповнюють це положення? До таких, як видається, необхідно відносити:

1. В ідеї безперервності закладено прагнення законодавця *забезпечити розгляд і вирішення справи в ході одного судового засідання*, оскільки лише в такому випадку можна вирішити правовий спір, виходячи з результатів безпосереднього сприйняття суддею відомостей про обставини справи. Наявність будь-якої перерви в судовій діяльності об'єктивно призводить як до часткової втрати, сприйнятої суддею інформації, так і до згладжування, стирання в його емоційній сфері певних переконань, мотивів, що виникають і зберігаються лише в умовах безперервного сприйняття інформації. Їх замінює використання лаконічних письмових даних та юридичний розрахунок або ж результати сприйняття обставин, що досліджуються після перерви.

2. Безперервність передбачає *нерозривний зв'язок між розглядом справи і постановленням рішення*. Саме тому, закон вимагає, щоб суд після останнього слова обвинуваченого негайно виходив до нарадчої кімнати (ст.366 КПК). Імперативність цього правила не дозволяє суду оголошувати перерву навіть, якщо для цього є підстави. Опинившись в нарадчій кімнаті, суд, в умовах відсутності впливу на нього сторін процесу, повинен остаточно окреслити суть та межі внутрішнього переконання, тобто закріпити результати сприйняття у своїй свідомості. Тільки після цього суд вправі перервати нараду за наявності для цього підстав.

Правило про невідкладність видалення суду до нарадчої кімнати має безпосередній зв'язок також із вимогою закону про вмотивованість судових рішень (ч.4 ст.370 КПК). Мотив прийняття суддею певного рішення – це певна закономірність, що існує між внутрішнім переконанням судді, яке виникло в процесі дослідження обставин справи, і свободою вибору певного варіанту вирішення правового питання. Як наслідок, викривлені результати сприйняття позначаються на угляді судді, що тягне за собою вибір неналежного варіанту поведінки. Невідкладне видалення суду до нарадчої кімнати не лише гарантує таку „наступність”, але й вбереігає суд від впливу на цей процес різних сторонніх факторів (побутових, соціальних, політичних тощо), які можуть стати відомими у цьому часовому проміжку.

3. Вимозі про безперервність не суперечить *можливість оголошення судом перерви для відпочинку*, оскільки вона, насамперед, обумовлена фізіологічними потребами людського організму. Виходячи з положень гл.5 Кодексу законів про працю України, видами часу відпочинку є:

- перерва протягом робочого дня для відпочинку та харчування (ст. 66), тривалість якої не може перевищувати 2 годин, але, зазвичай, встановлюється правилами внутрішнього трудового розпорядку в межах однієї години. Під час такої перерви суддя може відлучатись з місця праці. Водночас, виходячи зі змісту ч.2 ст.367 КПК, що забороняє суду без винесення рішення залишати нарадчу кімнату до настання нічного часу, така перерва може відбуватись лише в межах нарадчої кімнати.

- перерва для щоденного відпочинку (ст.70), оголошується у зв'язку із закінченням тривалості робочого часу протягом доби. Межею закінчення такої перерви є початок перебігу робочого часу в наступний день. І знову, перебування суду в нарадчій кімнаті обумовлює певні особливості оголошення такої перерви. Суд не може переривати нараду у зв'язку із закінченням робочого часу, така можливість у нього з'являється лише з настанням нічного часу, що в часовому проміжку означає настання 22 години доби.

Перерви для відпочинку у зв'язку з вихідними днями (ст.67), святковими і неробочими днями (ст.73), щорічними відпустками (ст.74), обумовлюються соціальними потребами судді та носять більш тривалий характер (від 42 годин до кількох десятків днів). І хоч закон в таких випадках не встановлює жодних обмежень для оголошення перерви в судовому засіданні, з позиції доцільності робота судді повинна бути організована таким чином, щоб виключити тривалі перерви в провадженнях, де застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Як видається, видалення судді до нарадчої кімнати зобов'язує його продовжити перервану нараду, навіть, під час вихідних, святкових, відпускних днів, оскільки єдина перерва дозволена законом у цьому випадку – це перерва у зв'язку з настанням нічного часу.

Протягом перерв, пов'язаних з відпочинком, суддя, який видалився до нарадчої кімнати для ухвалення рішення, не може спілкуватись з учасниками провадження (ч. 2 ст.367 КПК), а також обговорювати з будь-ким обставини провадження.

4. Ідея безперервності не є абсолютною, від неї можна відступити, якщо це обумовлено більш ціннісними потребами, якими є забезпечення умов для реалізації процесуальних прав сторонами провадження чи належна організації процесу в цілому. Втім, *винятки з безперервності може встановлювати лише закон*. Так, КПК Російської Федерації (ст.253) та КПК Республіки Казахстан (ст.321) підставами для відкладення судового розгляду називають неможливість розгляду справи у відсутності будь-кого з викликаних у суд осіб та необхідність витребування нових доказів. Аналогічно підходив до регулювання цього питання й КПК України 1960 року (ч.1 ст.280). В процесуальному законі Естонії, крім названих підстав для відкладення судового розгляду, дозволяється переривати судові засідання також за наявності будь-якої іншої причини, яка вказує на неможливість його подальшого продовження (§ 273

КПК Естонії). Ще менш категоричним є білоруський законодавець, який дозволяє вирішувати таке питання в кожному конкретному випадку на підставі клопотання сторін чи за розсудом суду (ч.5 ст.286 КПК Республіки Білорусь).

Чинний КПК України (2012 року) у порівнянні з наведеними правовими актами містить найширший перелік підстав для відкладення судового розгляду. Так, в ч. 2 ст.322 КПК України виділяються такі випадки:

- 1) неприбуття сторони або інших учасників кримінального провадження;
- 2) складення та погодження прокурором процесуальних документів щодо відмови від підтримання державного обвинувачення, зміни обвинувачення або висунення додаткового обвинувачення;
- 3) підготовки захисту обвинуваченого від зміненого чи додаткового обвинувачення;
- 4) підготовки потерпілого для підтримання обвинувачення в суді, якщо прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення;
- 5) проведення дослідження речових доказів за місцем їх знаходження, огляду на місці.
- 6) проведення експертизи в судовому засіданні;
- 7) надання доступу до речей чи документів або доручення проведення слідчих (розшукових) дій під час судового розгляду.

Така детальна регламентація покликана запобігти необґрунтованим перенесенням судового розгляду і забезпечити оперативність судового провадження. Водночас, очевидним є й недолік цієї норми – її вичерпність. Аналіз чинного КПК свідчить про наявність інших підстав, не передбачених цією нормою. Так, згідно з ч.1 ст.81 КПК відвід заявлений судді, що одноособово здійснює судові провадження, вирішується іншим суддею в окремому судовому засіданні. Виконання цих дій вимагає оголошення перерви в судовому розгляді кримінального провадження. Такий же наслідок матиме вступ у провадження прокурора чи захисника, які раніше не брали у ньому участь, якщо вони забажають ознайомитись з матеріалами провадження та підготуватись до участі в судовому засіданні (ч.4 ст.324 КПК).

НОВЕЛИ ІНСТИТУТУ ВІДКЛАДЕННЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ У НОВОМУ КПК УКРАЇНИ

Матейко Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Відкладення судового розгляду — це перенесення судового розгляду на чітко визначений у майбутньому час у зв'язку з наявністю перешкод, які неможливо усунути у даному судовому засіданні з метою їх подолання та продовження подальшого слухання кримінального провадження.

2. Відкладення судового розгляду характеризується такими ознаками:

1) Перенесення судового розгляду на визначений у майбутньому час. Це означає, що суд відстрочує проведення слухання матеріалів кримінального провадження на конкретний строк, після закінчення якого, судовий розгляд неодмінно продовжується у чітко вказаний день, годину та місце.

2) Наявність перешкод, що неможливо усунути в даному судовому засіданні. Ця ознака вказує на обставини, що унеможливають розгляд матеріалів кримінального провадження. За наявності таких обставин, подальший судовий розгляд недопустимий, а саме дотримуючись його загальних положень, засад і завдань кримінального провадження. Для прийняття рішення про відкладення судового розгляду, суд повинен встановити наявність для цього необхідних підстав.

3) Необхідність усунення перешкод для подальшого судового розгляду за допомогою засобів, передбачених кримінально-процесуальним законом.

3. Новелами Кримінального процесуального Кодексу України, які стосуються інституту відкладення є:

По-перше, наводиться вичерпний перелік випадків, за яких відкладення судового розгляду не вважається порушеннями безперервності судового розгляду: 1) неприбуття сторони або інших учасників кримінального провадження; 2) складення та погодження прокурором процесуальних документів щодо відмови від підтримання державного обвинувачення, зміни обвинувачення або висунення додаткового обвинувачення; 3) підготовки захисту обвинуваченого від зміненого чи додаткового обвинувачення; 4) підготовки потерпілого до підтримання обвинувачення в суді, якщо прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення; 5) проведення дослідження речових доказів за місцем їх знаходження, огляду на місці; 6) проведення експертизи у випадках та порядку; 7) надання доступу до речей чи документів або доручення проведення слідчих (розшукових) дій (ч.2 ст 322 КПК України).

По-друге, вперше врегульовано питання про дії суду у тому випадку, якщо подальша участь у судовому провадженні захисника неможлива. У такому випадку головуючий пропонує обвинуваченому протягом трьох днів обрати собі іншого захисника. Якщо в кримінальному провадженні, де участь захисника є обов'язковою, прибуття в судове засідання захисника, обраного обвинуваченим, протягом трьох днів неможливе, суд відкладає судовий розгляд на необхідний для з'явлення захисника строк або одночасно з відкладенням судового розгляду залучає захисника для здійснення захисту за призначенням.

По-третє, неявка в судове засідання потерпілого допускається (ст. 325 КПК України), то якщо його відсутність не перешкоджає з'ясуванню всіх обставин судового розгляду, за винятком випадків, передбачених КПК, зокрема, якщо кримінальне провадження здійснюється у формі приватного обвинувачення або у судовому провадженні розглядається угода про примирення потерпілого з підозрюваним, обвинуваченим чи ухвала про відмову у її затвердженні тощо. В інших випадках суд повинен прийняти рішення про відкладення судового розгляду, в тому числі за відсутності поважних причин неприбуття такого потерпілого. Повторне неприбуття в судове засідання потерпілого, належним чином повідомленого про судовий розгляд, без поважних причин або без повідомлення про причини неприбуття після відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення та висловлення потерпілим згоди на підтримання

обвинувачення в суді (у такому випадку кримінальне провадження за відповідним обвинуваченням набуває статусу приватного) прирівнюється згідно з ч. 6 ст. 340 КПК до його відмови від обвинувачення і має наслідком закриття кримінального провадження за відповідним обвинуваченням. Крім того, такий захід забезпечення кримінального провадження як привід, відповідно до ч.3 ст. 140; ст. 325 КПК України застосовувати до потерпілого не допускається.

По-четверте, що стосується цивільного позивача (представника, законного представника цивільного позивача), то його неявка у судові засідання не перешкоджає подальшому судовому розгляду, однак у такому випадку цивільний позов залишається без розгляду, крім випадків, які передбачені у абз. 2 ч.1 ст.326 КПК України. Тобто цивільний позивач має право на звернення до суду повторно у випадку залишення такого позову без розгляду. Порівнюючи норму КПК України 1960 р., яка стосувалась неявки цивільного позивача (ст. 291), то попередній закон надавав можливість повторного звернення до суду лише потерпілому, але ж не завжди цивільний позивач і потерпілий це одна особа.

По-п'яте, підставами для відкладення, які можна віднести до новел, є надання доступу до речей чи документів або доручення проведення слідчих (розшукових) дій (п.7 ч.2 ст. 322 КПК України). Якщо судом під час судового провадження прийнято рішення про надання доступу до речей і документів, суд відкладає судовий розгляд на строк, достатній для здійснення такого заходу забезпечення кримінального провадження та ознайомлення учасників судового провадження з його результатами. Крім цього, КПК України передбачає, що суд за клопотанням сторони кримінального провадження має право доручити органу досудового розслідування провести певні слідчі (розшукові) дії. У разі прийняття такого рішення суд відкладає судовий розгляд на строк, достатній для проведення слідчої (розшукової) дії та ознайомлення учасників судового провадження з її результатами. (чч.2,3 ст. 333 КПК України). Застосування відкладення у такому випадку є необхідним, оскільки інформація, отримана у такий спосіб може стати вагомим доказом як винуватості, так і невинуватості обвинуваченого.

Тож, у Кримінальному процесуальному кодексі України вперше наведено розширений, проте не вичерпний перелік підстав для відкладення судового розгляду. Новизна стосується не лише виокремлення підстав для відкладення безпосередньо, але і введенням до КПК України нових процесуальних дій, проведення яких, за певних умов вимагає застосування відкладення кримінального провадження.

ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗАСОБІВ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

Мурадов В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На даний час можна констатувати якісний розвиток криміналістичної техніки як розділу криміналістичної науки, появу нових структурних елементів (розділів) у криміналістиці, розвиток окремих криміналістичних теорій. Особливої уваги заслуговує проблема використання засобів та методів криміналістики у суді. Насамперед необхідно відзначити значний внесок у її дослідження А.Л. Ципкіна (1938 р.), Л.Ю. Ароцкера (1964 р.), Г.А. Воробйова (1976), І.І. Когутича (2009). Фактично заснувавши концепцію використання криміналістики у судовому розгляді Л.Ю. Ароцкер наголошував серед іншого і на необхідності сприйняття судом усіх доказів, їх ретельної перевірки та оцінки. Р.С. Белкін справедливо зауважував: «з розвитком науки ставало все зрозуміліше, що її рекомендації з успіхом можуть бути використані і у процесі судового слідства. Аналіз можливостей та меж застосування даних криміналістики судом у ряді випадків виявив необхідність розробки таких криміналістичних рекомендацій, котрі призначались саме для суду». Видається, що покликання криміналістики – сприяння підвищенню ефективності діяльності щодо виявлення, збирання та дослідження доказів, та безпосередньо робота з цими доказами не завершується досудовим розслідуванням. А подальший етап, котрим є судовий розгляд кримінальної справи, є центральним та визначальним для такого роду дослідження.

В умовах сьогодення органи розслідування та суди України не можуть повною мірою реалізувати поставлені перед ними завдання без належно організованого та ефективно функціонуючого криміналістичного забезпечення їхньої діяльності. З іншого боку кількість вчинених злочинів з року в рік лише зростає. Для цього достатньо ознайомитись із статистикою зареєстровану за 2008, 2009, 2010, 2011 роки (384424, 434678, 500902, 515833 злочини відповідно). Разом з тим в останні роки спостерігається різко негативна зміна криміногенної ситуації. Відзначається не просто зростання злочинності, а її якісні зміни у частині організованості, озброєності, наявності корумпованих зв'язків і т.п.

Отже у криміналістиці, як синтезованій (інтегральній) науці, дані фактори повинні бути враховані для подальшого розвитку як окремих розділів і теорій, так і науки в цілому. З точки зору прикладного аспекту криміналістики зростаючі кількісні характеристики злочинності та очевидна технологізація (використання сучасних засобів науково-технічного прогресу для готування, вчинення та приховання наслідків) багатьох злочинів, спонукає якомога ефективніше розробляти та впроваджувати у практику розслідування та судового розгляду кримінальних справ відповідні засоби та методи з метою успішної реалізації завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК України).

Однією з норм нового Кримінального процесуального кодексу була стаття 336 «Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження». Важко недооцінити позитиви такого техніко-криміналістичного засобу, однак його ефективне функціонування потребує подальшого вдосконалення засобів та методики його використання. Незважаючи на певні позитивні кроки, зроблені для впровадження відеоконференції у судовому провадженні (прийняття Постанови КМУ від 28 березня 2012 р. № 313 «Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для створення та введення в експлуатацію системи відеоконференцзв'язку з метою проведення слідчих та інших процесуальних дій», реальне забезпечення такими комплексами, загальна комп'ютеризація судів) варто наголосити на певних недоліках.

На сьогоднішній день не в повній мірі врегульовано кілька важливих аспектів використання таких засобів. Одним з них є визначення переліку технічних характеристик засобів, які можуть використовуватись для проведення відеоконференцій. Наприклад у Наказі ДСА Укра-

іні № 108 від 20.09.2012 Про затвердження Інструкції про порядок роботи з технічними засобами фіксування судового процесу (судового засідання) чітко визначені технічні вимоги до таких комплексів фіксування (Додаток № 1). Якщо ж аналізувати вищезазначений нормативний акт (спрямований на створення та введення в експлуатацію системи відеоконференцзв'язку), згідно цього Порядку (п.2) заплановано наступні заходи: розроблення проектної документації для створення та забезпечення функціонування системи відеоконференцзв'язку; закупівля програмного забезпечення, операційних систем; створення виділених каналів зв'язку; закупівля, встановлення, виконання пусконаладжувальних робіт та введення в експлуатацію серверного, мережевого та телекомунікаційного обладнання, комп'ютерної техніки, комплексів аудіо- та відеотрансляції, аудіо-, відеозапису та його відтворення; створення внутрішніх комп'ютерних мереж. Викликає занепокоєння відсутність більш чітких вимог щодо безпосередньо засобів відеоконференцзв'язку. Натомість у теоретиків можна спостерігати досить широкий спектр підходів і пропозицій щодо цього аспекту відеоконференцзв'язку. Так М.Є. Громова пропонує використовувати для цього відеотелефон, або інший засіб обчислювальної техніки. Така пропозиція, на нашу думку, не може розглядатись як така, що відповідає вимогам належного та ефективного засобу проведення процесуальних дій у суді. З огляду на виняткову важливість таких дій, засоби відеоконференції повинні забезпечити не лише зв'язок двох чи більше учасників судового провадження, а й забезпечувати супутні потреби таких процесуальних дій. Такими необхідними якостями можуть бути: монітори достатньо високої роздільної здатності, аналогічні відеокамери, якісні пристрої прийому-передачі звукового сигналу.

Іншим важливим аспектом використання відеоконференцзв'язку є безпечність проведення. Під цим терміном розуміється захист каналів зв'язку та комплексів в цілому від втручання у їх роботу. Відомо, що на сьогоднішній день протидія правосуддю з боку обвинувачених осіб та їх можливих співучасників може відбуватись у найрізноманітніші способи. Їх бажання уникнути відповідальності за вчинене може породжувати створення перешкод у діяльності суду, вплив на учасників судового провадження, фальсифікація доказів загалом. Не є винятком і ця сфера судового провадження. За допомогою сучасних засобів комп'ютерної техніки, шкідливих програмних компонентів та мережевих каналів цілком можливим видається зрив таких процесуальних дій, перекручення або знищення важливої інформації при цьому, викриття особистої інформації (у випадку приховування такої згідно ч. 8 ст. 336, коли такої особі забезпечується захист). Отже окрім вказаних вище вимог, постає необхідність доповнення такого переліку ще й засобами захисту відеоконференцзв'язку (як програмними компонентами, так і належною структурною будовою самої мережі). Видається, що такі вимоги також мають бути відображені у нормативному акті організаційного характеру.

Ще одним аспектом є необхідність використання супутніх засобів для належного забезпечення ефективного відеоконференцзв'язку. Такими засобами можуть бути пристрої електронного підпису, пристрої створення акустичних перешкод, системи обміну електронними документами. Кожен з таких засобів знаходить своє застосування у судовому провадженні. Наприклад згідно ч.2 ст. 352: «Німий свідок складає присягу в письмовій формі, підписуючи текст того самого змісту». При використанні відеоконференцзв'язку одним із найефективніших засобів забезпечення такої дії видається саме пристрій цифрового електронного підпису.

Пристрої створення акустичних перешкод забезпечать зміну її голосу і, відповідно, захист особи згідно ч. 8 ст. 336 КПК України. Використання таких пристроїв окремо, тобто поза комплексом відеоконференцзв'язку можуть погіршити якість передачі звуку і, відповідно, сам процес допиту. Такі засоби мають бути інтегрованими у комплекси відеоконференцзв'язку для можливості налаштування оптимального варіанту акустичних перешкод, які б не впливали на ефективність допиту загалом.

Системи обміну електронними документами нададуть можливість ознайомлюватися з матеріалами по справі, наглядно посилатись на них, уточнювати та доповнювати показання згідно з планами, схемами, фотознімками. Також можливим буде подавати документи, письмові клопотання.

У деяких випадках можливим видається одночасного використання засобів сканування, цифрового дактилоскопіювання та макро-фотозйомки.

Отже, підсумовуючи викладене, варто наголосити на необхідності уточнення характеристик засобів, що становлять комплекс відеоконференцз'язку та розширення переліку його складових.

ЕЙТАНАЗІЯ: ПРАВОВА СТОРОНА ПРОБЛЕМИ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ*Найда А., Малик О.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

У статті оприлюднена хронологія легалізації ейтаназії у світовій практиці та умови її застосування, суть дефініції «ейтаназія», яку використовують у практиці юристи, медики, соціологи. Дискусійними залишаються питання про особу, яка виконуватиме функції ейтаназіолога, та як забезпечити довершену процедуру прискорення смерті, щоб уникнути зловживань. Ейтаназія має багато принципів, методів, філософських основ. Її правильне розуміння і застосування, беззаперечно, залежать від загальної та професійної культури лікаря. Відкрите всебічне обговорення різних аспектів ейтаназії у спільнотах лікарів і пересічних людей сприяє збільшенню потенціалу загальної культури.

I. Паліативна допомога під час термінальної стадії. Лікарі та юристи повинні досліджувати таке явище в житті людей, як смерть, якої не уникнула жодна людина, що жила до нас, як не уникне ніхто з тих, які живуть сьогодні. Отже, проблема догляду за вмираючими хворими також повинна обговорюватися. Більше того, об'єктивні факти свідчать, що новий підхід по догляду за вмираючими хворими змінює їхню психологію в кращу сторону, полегшуючи останні дні чи тижні їхнього життя. У *Венеціанській декларації про термінальний стан* (Прийнята 35-ою Всесвітньою Медичною Асамблеєю, Венеція, Італія, жовтень 1983 року) термінальний стан має незвичний зміст для анестезіологів і реаніматологів, які прирівнюють його до критичного стану, з якого хворого можна вивести. У *декларації* слово термінальний має одвічне значення - рубіж між життям і смертю, тобто вмирання. Така суть термінальної стадії є основою сформульованих постулатів:

- під час лікування лікар зобов'язаний, якщо це можливо, полегшити страждання пацієнта, завжди керуючись його інтересами, навіть у випадках невиліковних хвороб або знівечень;
- лікар не продовжує страждання вмираючого, припиняючи їх на його прохання, або якщо хвора особа без свідомості - на прохання її родичів, чи лікування, яке здатне лише відтермінувати настання смерті;
- лікар може штучно підтримувати життєві функції померлого з метою збереження органів для трансплантації за умови, якщо закони країни не забороняють цього (згода хворого або його законного представника; смерть констатована лікарями, які прямо не поєднані ні з лікуванням померлого, ні з лікуванням потенційного реципієнта).

Часто оприлюднювали, що лікарі не зобов'язані виконувати даремну терапію, але, з іншого боку, ніхто не відміняв права хворої особи вимагати таку терапію, яка може продовжити її життя, навіть якщо остаточний результат заздалегідь відомий. Працівники хоспісів допомагають хворому позбутися страху перед стражданнями, що є невід'ємною складовою термінальної стадії, усвідомити смерть як природне продовження життя. Порівняно з спеціалізованим медичним втручанням, спрямованим на виліковування хвороби, паліативна допомога має на меті, в першу чергу, полегшення фізичного стану хворого - подолання болю та усунення інших негативних ознак хвороби (лікування симптомів), підтримку його духовного та емоційного стану, а також намагається сприяти покращенню умов життя хворого та оточуючих його людей.

II. Легка смерть: пасивна та активна ейтаназія. Е. Durkheim вважає, що самогубство - це будь-який смертний випадок, який починається з позитивного чи негативного акту, здійсненого жертвою, яка заздалегідь знала про можливі наслідки такого вчинку. Спроба самогубства кваліфікується так само, відмінність тільки в тому, що самовбивчий акт припиняється раніше, ніж настає смерть. Френсіс Бекон, увівши термін ейтаназія, прагнув наголосити на принципі легкої смерті, яка необхідна кожному у відповідний час. Хронологія легалізації різних видів ейтаназії починається з 1906 року - у США (штат Огайо) здійснена перша в історії спроба прийняти закон, який дозволяє ейтаназію. Далі

- 1941 рік – легалізація «вбивства з милосердя» у Швейцарії згідно з відповідним законом;
- 1958 рік – Гленвілль Вільямс, юрист, професор Оксфордського університету, опублікував дослідження «Святість життя і кримінальне законодавство», в якому вперше запропоновано застосовувати добровільну ейтаназію для певної категорії пацієнтів;
- 1962 рік – легалізація ейтаназії в Японії;
- 1968 рік – фахівці медичного факультету Гарвардського університету запропонували вважати смертю особи смерть головного мозку («людина, яка безповоротно втратила функції головного мозку, але ще залишається живою, визнається мертвою»);
- 1973 рік – американська Лікарняна асоціація склала «Білль про права пацієнта», в якому оприлюднене право хворого відмовитись від процедур, що підтримують його життя;
- 1976 рік – перший міжнародний Конгрес організацій, які схвалюють легалізацію ейтаназії;
- 1980 рік – Папа Іоан Павло II опублікував «Декларацію про ейтаназію», згідно з якою католикам заборонене «вбивство з милосердя», але дозволено використовувати будь-які засоби для боротьби з болем і дозволено відмовлятися від застосування екстраординарних заходів для підтримки життя;
- з 1984 року – розвиток «смертельного туризму» - скеровування у Швейцарію невиліковно хворих європейців, які хочуть «піти з життя»;
- 1990 рік – Конгрес США прийняв закон, що дозволив пацієнтам відмовлятися від процедур, необхідних для підтримки їхнього життя;
- 2002 рік – закон, який дозволяє активну ейтаназію, прийняли Нідерланди, хоча суди з 1984 року «де-факто» дозволяли надавати допомогу в самогубствах невиліковно хворих;
- 2006 рік – узаконена активна ейтаназія у Бельгії. Умертвляти невиліковно хворого пацієнта лікареві дозволено тільки за умови його багаторазового добровільного свідомого без будь-якого тиску засвідченого письмово бажання;
- 2012 рік – законопроект про ейтаназію відхилений у першому читанні парламентом України.

Ейтаназія є *добровільна*, яку виконують згідно з усвідомленою повторною письмовою вимогою хворого, і *недобровільна*, коли хворий через свій стан не може висловити свою вимогу про ейтаназію, і таку вимогу зроблено законними представниками хворого, що співпадає з думкою медицини та ґрунтується на інтересах хворого. *Примусова* ейтаназія - це спричинення в здорових або хворих осіб легкої смерті згідно з рішенням влади або посадовців всупереч вимогам та інтересам хворого. Цей вид ейтаназії кваліфікується як злочин проти людства. Крім того, ейтаназію розділяють на пасивну і активну. *Пасивна* ейтаназія - це допущення смерті внаслідок припинення підтримки життєвих функцій у хворого, патологія якого неминуче спричинить смерть. *Активна* ейтаназія - це викликання смерті медичними діями – ін'єкцією, інгаляцією або застосуванням інших відповідних засобів. Юридичним еквівалентом добровільної активної ейтаназії є «милосердне вбивство». Найбільше прихильників має ейтаназія, яка пасивна з боку медичного працівника і добровільна зі сторони хворого. До активної і недобровільної ейтаназії ставлення, як правило, негативне. Окремо виділяють «самогубство, асистоване лікарем» - коли лікар тільки допомагає невиліковно хворій людині завершити життя.

В Англії, деяких штатах США, Франції, Фінляндії, Швеції законодавчо дозволена пасивна ейтаназія у вигляді припинення підтримки життєвих функцій. Лише *дві держави узаконили активну ейтаназію* - це Нідерланди (з 1992 року) і Бельгія (з 2006 року). У бельгійському законодавстві передбачено, що ейтаназія може здійснюватися й щодо тих пацієнтів, які не усвідомлюють своїх дій або не можуть висловити свого бажання. У цьому випадку лікар може здійснити акт ейтаназії тільки тоді, коли прохання про неї було прямо зазначене в прижиттєвому заповіті пацієнта, який дійсний протягом п'яти років з моменту укладення і який обов'язково додають до медичної картки особи. У 1997 році на півночі Австралії намагалися узаконити активну ейтаназію, навіть стали випускати набори для її виконання; хоч згодом закон відхилили, проте за цей час четверо осіб встигли ним скористатися.

III. Статистика застосування ейтаназії лікарями. 25 сторіч тому Гіппократ щодо ставлення до ейтаназії висловився так: «Я не дам нікому смертельного засобу, якого в мене попросять, та не покажу шлях для такого задуму». У той же час є свідчення того, що знаменитий хірург, людина, яка першою виконала пересадку серця, Крістіан Бернард застосував ейтаназію для полегшення останніх хвилин життя своєї матері, а Бернар Кушер - один із фундаторів міжнародної організації «Лікарі без кордонів», міністр охорони здоров'я Франції визнав, що прискорював настання смерті важкопоранених військових під час війни у В'єтнамі та Лівані. У 1958 році доктор патологоанатом Джек Кеворкян (США) опублікував у пресі низку статей, в яких закликав безболісно позбавляти життя злочинців, засуджених до страти, а їхні тіла використовувати для наукових дослідів, окремі органи - для трансплантації. Згодом, ставши свідком безглуздо жорстоких самогубств, Кеворкян прийшов до думки, що особам, які зневірилися, безнадійно хворим, бажаним завершити життя самогубством, потрібна допомога. Від запатентував свій винахід, згодом названий журналістами «машиною смерті» або «машиною суїциду». За допомогою пристосування у вигляді штатива з трьома крапельницями можна було швидко та безболісно умертвляти людей. Фактично особа самостійно вирішувала, коли саме відкрити кран крапельниці та особисто обирала один медичний препарат з трьох запропонованих: один - сильне снодійне, другий - речовина, яка блокувала дихання, третій - спричиняв зупинку серця. Таким способом померло 130 осіб.

У 1976 році Верховний суд Каліфорнії виніс ухвалу, яка дає хворим право відмовитися від лікування, що підтримує життя. Цей приклад наслідували багато інших штатів. Зараз практика ейтаназії в США досить поширена, зокрема не виконується реанімація, якщо пацієнт завчасно висловився проти неї, і тоді над його ліжком з'являється табличка «НО», що означає «не оживляти». Американська медична асоціація, визнаючи пасивну ейтаназію, окреслює її низкою законодавчих вимог - волевиявлення пацієнта, його заповіт для близьких обов'язкові для виконання; заява повинна бути зроблена в стані, коли людина «емоційно і розумово повністю компетентна», підписана двома свідками.

Публікація французького журналіста Жака-Марі Бурже в «Парі-Матч» (№ 43, 1989) спричинила потужний резонанс. У статті оприлюднили інформацію про судовий процес над чотирма медичними сестрами і санітарками служби геріатрії однієї з віденських лікарень. Способом убивства обрали внутрішньовенне передозування снодійних для невиліковно хворих людей, згодом, усвідомивши безкарність своїх дій, і для дуже вимогливих осіб старшого віку. На допиті в поліції одна з медсестер, Стефанія Майер, засвідчила, що з 1987 до 1989 року санітарка Вальтро Вагнер учила її робити зловісну процедуру - «полоскання роту» - затискати ніс жертві, заповнюючи в той же час рот водою. Поліція не змогла з'ясувати увесь список людей-жертв цієї вбивці: 200 або 300?

Дві третини французьких лікарів схвалюють добровільний відхід у разі болісної і невиліковної хвороби. У Голландії ейтаназію офіційно застосовують лікарі і згідно з законом їх не переслідують. Республіканський Комітет медичної етики Росії здійснив анкетування лікарів і оприлюднив таку інформацію: про пасивну ейтаназію стосовно невиліковно хворих висловились «за»/«проти» - 50% / 50%; про активну ейтаназію в аналогічних випадках - відповідно 36,6% / 55,6%; про можливість поради хворому як здійснити самогубство, якщо особа усвідомлено про це просить - 13,6% / 84,0%. Окрім онкологів і педіатрів, решту спеціалістів вважають за можливе виконувати пасивну ейтаназію. Найбільш активними її прихильниками є анестезіологи та реаніматологи, це очевидно, оскільки саме вони найчастіше опікуються хворими, які перебувають у термінальному стані. І тільки терапевти та онкологи категоричні стосовно оприлюднення ними пацієнту можливого способу здійснення самогубства. Стосовно допомоги лікаря у виконанні пацієнтом самогубства (асистоване самогубство/assisted suicide) Всесвітня Медична Асамблея категорично осудила активну роль лікаря, зазначивши, що хворі мають право на пасивну ейтаназію, але не оприлюднила це конкретно (Заява про самогубство за сприяння лікаря, прийнята 44-ою Всесвітньою Медичною Асамблеєю, Мадрид, Іспанія, вересень 1992 року).

Висновки і пропозиції. 1. Сучасна проблема ейтаназії вимагає відповіді на два питання: про право людини на вибір між життям і смертю - і цього права її ніхто і ніколи не позбавляв -

і про право людини, яка вибрала смерть, на допомогу стороннього (асистента? родича? лікаря?). Складність проблеми саме в другому.

2. Головні етичні та юридичні засади стосовно ейтаназії, які інтегровані з міжнародними стандартами моралі та медицини, були внесені до законопроекту «Про застосування ейтаназії в Україні», але цей документ відхилили у парламенті 2012 року. Тому питання стосовно ейтаназії в Україні надалі відкрите для обговорення і його потрібно вирішувати, якщо ми справді хочемо вважати себе поколінням людей, вільних у виборі способу життя та умов смерті. Головні ознаки ейтаназії, які дають можливість її здійснити, такі:

- єдина мета ейтаназії - це припинення страждань хворого;
- хворий повинен сильно страждати (сильний біль і нестерпні страждання спричинені невиліковною хворобою);
- пацієнт повинен наполегливо і декілька разів оприлюднити бажання щодо припинення свого життя, або, якщо він не має змоги чітко висловити свою волю, таке прохання повинні засвідчити його близькі, родичі;
- пацієнт чи його законний представник мають бути об'єктивно, своєчасно, повністю інформовані про наслідки цього втручання;
- припинити життя чи прискорити смерть може спеціальний уповноважений суб'єкт;
- діяльність такого суб'єкта є усвідомленою, у формі дії або бездіяльності, передбачаючи наслідки цих дій;
- наслідок ейтаназії - смерть пацієнта.

3. Легалізація ейтаназії розширить каталог природних прав людини - противники ейтаназії просто зможуть не використовувати це право, а особи, які дійсно цього потребують, зможуть цим правом скористатися. Головну увагу слід приділити процедурі виконання ейтаназії, оскільки лише у разі її довершеності, зловживань можна буде уникнути.

4. Нині немає клінічно-фізіологічних досліджень, котрі б підтвердили перевагу конкретного способу отримання легкої смерті; не визначено які спеціалісти повинні виконувати функції ейтаназіологів, а це мають бути професіонали із знаннями клінічної фізіології, психології, медичної технології ейтаназії, високоморальні особистості в умовах ринкових медичних послуг; немає чітких юридичних положень, котрі б унеможливили зловживання ейтаназією (у Нідерландах є багато правопорушень, які свідчать про неготовність суспільства до використання ейтаназії як безпечної системи).

5. Уникнути судових процесів стосовно неправомірного застосування ейтаназії, необгрунтовано прискорених шляхів її узаконення допоможе планомірне використання комплексу психологічних, технічних, юридичних доказових і доступних медичних заходів.

Можливо у майбутньому ейтаназія стане нормою суспільства. Для прискорення періоду юридично та морально безпечної ейтаназії і для хворих, і для лікарів, потрібне вже зараз виховання нового світогляду щодо очікування безболісної смерті одночасно з високою правосвідомістю суспільства.

**ВСЕБІЧНІСТЬ, ПОВНОТА Й НЕУПЕРЕДЖЕНІСТЬ
ВСТАНОВЛЕННЯ ОБСТАВИН КРИМІНАЛЬНОГО
ПРАВOPOPУШЕННЯ: ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ І
НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ**

Нор В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Новий КПК України на відміну від свого попередника (КПК 1960р.), передбачив спеціальну главу (главу другу), визначивши у ній 22 засади, яким має відповідати зміст та форма кримінального провадження.

Не дивлячись на те, що розробники проекту нового КПК вважали, що перелічені в його главі другій засади не є вичерпними, тим не менше в новоприйнятому Кримінально-процесуальному кодексі (далі – КПК) вказівка на невичерпність засад відсутня. Тому є підстави вважати, що перелік засад кримінального провадження є вичерпним. Проте навряд чи є таким підходом можна погодитися. Річ в тім, що питання про систему засад кримінального судочинства (кримінального провадження) завжди було одним з дискусійних в кримінальній процесуальній доктрині. Дослідники засад (принципів), на загал погоджують з тим, що засади (принципи) – це закріплені у кримінальному процесуальному законі основні, базові, керівні положення, які визначають порядок діяльності органів досудового розслідування, прокурора і суду з метою виконання завдань кримінального провадження та виражають найбільш істотні його властивості, природу і сутність, - не доходять єдності щодо їх системи, та необхідності формулювати і визначати їх безпосередньо у кримінальному процесуальному законі. В новоприйнятому КПК засади кримінального провадження закріплені, як зазначалось, в окремій главі. Вперше у кримінальному процесуальному законі були закріплені такі засади, як: верховенство права, недоторканність права власності, заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне й те саме правопорушення, доступ до правосуддя, розумність строків вчинення процесуальних дій та ухвалення рішень. Проте новий КПК не закріпив як окремої і традиційної для раніше діючих кримінально-процесуальних законів засади всебічності, повноти та об'єктивності дослідження обставин кримінальної справи – засади, на основі якої має відбуватись діяльність в рамках кримінального провадження органів досудового розслідування, прокурора і суду. Засади, яка забезпечує досягнення істини у встановленні обставин кримінального провадження.

2. В КПК 1960р. названа засада (принцип) була закріплена в ст. 22. У відповідності з нею прокурор і органи досудового розслідування зобов'язалися вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявляти як ті обставини, що пом'якшують, та і ті, що і обтяжують його відповідальність. Новий КПК, на жаль, цієї засади як самостійної і визначальної для діяльності не лише названих органів (сторони обвинувачення), але й суду не передбачив. Розробники цього закону назване основне і керівне положення включили до засади законності (ч. 2 ст. 9 КПК), доповнивши його положенням про необхідність надати їм (обставинам) належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень.

Мабуть законодавець (насамперед розробники проекту нового КПК) виходив з того, що засада законності в ході застосування матеріального і процесуального законодавства органами, що здійснюють кримінальне провадження, передбачає насамперед його точне і неухильне виконання, чим, чим і забезпечує всебічне, повне і об'єктивне дослідження обставин справи. Проте такий підхід навряд чи можна вважати вдалим і виправданим. Адже в широкому розумінні засади законності більшість з передбачених новим КПК засад кримінального провадження можна віднести до її положень. Крім того, позбавлення положення всебічності, повноти і об'єктивності (неупередженості), «статусу» окремої засади в діяльності органів, що реалізують кримінальне провадження, призвело до певних неузгодженостей в механізмі кримінального провадження, на що в подальшому буде звернена увага.

3. Положення (нормативна вимога) про всебічне, повне й неупереджене встановлення (дослідження) кримінального провадження (кримінальної справи) означає насамперед висунення і дослідження органами досудового розслідування і судом всіх реально можливих версій щодо самої події кримінального правопорушення, особи, яка його вчинила, та її вини. При цьому дослідженню підлягають як обставини, що викривають, так і виправдовують підозрюваного / обвинуваченого, а також як ті, що обтяжують, та і ті що пом'якшують його покарання. Саме такий підхід забезпечує всебічність дослідження обставин кримінального провадження.

Вимога повноти їх дослідження означає з'ясування всіх елементів (обставин) в структурі предмета доказування у кримінальному провадженні (ст. ст. 91, 485, 505, 368 КПК), а об'єктивність (неупередженість) передбачає недопустимість обвинувального чи виправдувального ухилу під час формування доказової бази та її дослідження всіма органами, що ведуть кримінальне провадження. Власне, з метою недопущення таких ухилів, аналізована засада передбачає вимогу виявляти та піддавати оцінці як обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також ті, що пом'якшують чи обтяжують покарання. Лише за таких умов (дотримання цих вимог) може бути ухвалене законне і обгрунтоване рішення у кримінальному провадженні.

При цьому необхідно звернути увагу на ту обставину, що вимога встановлення (дослідження) обставин кримінального провадження всебічно, повно й неупереджено стосується не лише органа досудового розслідування і прокурора, як це сформульовано в ч.2 ст. 9 КПК, а й суду. На суд в особі його головуючого також покладається обов'язок не лише забезпечити здійснення учасниками судового засідання (учасниками кримінального провадження) їхніх процесуальних прав і виконання їхніх обов'язків, але й спрямовувати судовий розгляд на **забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження** (ч. 1 ст. 321 КПК). Іншими словами, законодавець вимогу реалізації засади всебічності, повноти й неупередженості встановлення обставин кримінального провадження покладає не лише на органи досудового розслідування, як це зафіксовано у ч. 2 ст. 9 КПК, а й на суд. Такий підхід є абсолютно слушним, хоч його реалізацію у новому КПК під кутом зору законодавчої техніки навряд чи можна визнати вдалою, оскільки названа вимога стосується не лише органів досудового розслідування, як це визначено в ч. 2 ст. 9 КПК, але й суду. Тому зазначеній нормі необхідно було серед органів, які реалізують названу вимогу, назвати й суд. В такому випадку не було б необхідності аналогічну вимогу (обов'язок) передбачати у спеціальній нормі, яка стосується лише суду.

Вимога встановлювати обставини кримінального провадження повно, всебічно і неупереджено стосується всіх органів, які його ведуть, а її дотримання забезпечено відповідними процесуальними гарантіями. До таких насамперед слід віднести: вимогу оцінки доказів за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження всіма суб'єктами, які її здійснюють (ст. 94 КПК); вимогу, звернену до суду, обґрунтувати свої рішення на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду (ч. 2 ст. 370 КПК); віднесення до підстав для скасування або зміни судового рішення апеляційним судом (ч. 1 ст. 409 КПК) неповноту судового розгляду (ст. 410 КПК) та невідповідність висновків суду, викладених у судовому рішенні фактичним обставинам кримінального провадження (ст. 411 КПК) та інші.

4. Пострадянська кримінально-процесуальна доктрина під впливом зміцнення і розширення засади змагальності та диспозитивності у кримінальному процесі почала схилитися до перегляду його засад. Якщо радянське вчення про принципи кримінального процесу в їх системі неодмінно передбачало засаду встановлення у кримінальній справі об'єктивної істини, і лише на цій основі ухвалення відповідних рішень суду, то пізніше, особливо на перших роках пострадянського періоду, її почали замінювати засадою всебічності, повноти і об'єктивності встановлення (дослідження) обставин кримінальної справи. Такий підхід знайшов своє відображення і в кримінально-процесуальному законодавстві у тому числі й у КПК України 1960р. В ході т. зв. «малої судової реформи» 2001 роки з числа суб'єктів, які зобов'язані вживати всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, був виключений суд (ст. 22 КПК 1960 р.). Відповідні зміни були внесені і в

до ст. 260 КПК 1960 р., згідно яких з головуючого судового засідання був знятий обов'язок спрямовувати судовий розгляд «на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного дослідження обставин справи і встановлення істини». Новий КПК України, як вже відзначалось, передбачив положення щодо необхідності встановлення (дослідження) обставин кримінального провадження всебічно, повно й неупереджено, але не як окрему його засаду, а як складову (елемент) засади законності, з чим погодитися навряд чи можна.

5. Всебічність, повнота й неупередженість встановлення (дослідження) обставин кримінального провадження – це насамперед спосіб, за допомогою якого досягається істина, без якої правосуддя у цьому провадженні неможливе. Досягнення ж істини можливе лише за умови всебічного, повного й неупередженого встановлення (дослідження) обставин кримінального провадження (справи) на підставі належних, допустимих, достовірних і достатніх для сформування внутрішнього переконання доказів. Обов'язок суду ухвалити в результаті розгляду кримінальної справи законне, обґрунтоване і вмотивоване судове рішення (вирок, ухвалу) без дослідження за загальним правилом її обставин всебічно, повно і неупереджено, тобто без встановлення істини, неможливо. Тож, не дивлячись на те, що збирання доказів у кримінальному провадженні покладається на його сторони, а не на суд (ст. 93 КПК), суд зобов'язаний (цей обов'язок випливає зі статей 321 та 370 КПК) забезпечити з'ясування всіх обставин кримінального провадження всебічно, повно і неупереджено не лише перевіркою поданих сторонами доказів та їх джерел шляхом їх зіставлення, але й одержанням інших доказів, які підтверджують або спростовують докази, що перевіряються, як за клопотанням сторін, так і за власною ініціативою. Проявляти її кримінальний процесуальний закон дозволяє (і зобов'язує) судові при проведенні в суді допитів свідків, потерпілих, експертів (в тому числі й одночасного допиту двох і більше вже допитаних учасників кримінального провадження), проведенні експертизи, огляді речових доказів, дослідженні документів, огляді певного місця (місця події). При цьому якщо суд ухвалює рішення за власною ініціативою вчинити ту або іншу судову дію з метою одержання доказової інформації він не стає на бік сторони обвинувачення чи захисту, оскільки наперед невідомо якого характеру (обвинувального чи виправдувального) будуть одержані докази. Такі дії вчиняються ним для всебічного, повного й неупередженого встановлення обставин кримінального провадження, що й необхідне для встановлення істини у справі. З наведених міркувань дослідженню обставин кримінального провадження саме таким чином необхідно було б надати «статус» його окремої засади, а не включати це визначальне для всього кримінального провадження і для всіх органів, що його ведуть, як один із елементів засади законності. Визначення і дотримання засади всебічності, повноти і неупередженості у дослідженні обставин кримінального провадження є чи не найважливішою гарантією ефективного вирішення його завдань, встановлених ст. 2 КПК України.

**ПРАВО ОБВИНУВАЧЕНОГО НА УЧАСТЬ У ФОРМУВАННІ
ДОКАЗІВ СВОЄЇ НЕВИНУВАТОСТІ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ
ТА ЙОГО ВІДПОВІДНІСТЬ СТ.6 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ
ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД**

Павлишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

13 квітня 2012р. в Україні прийнятий, а з 20 листопада цього ж року набув чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України. Як відзначили розробники цього кодексу та й окремі закордонні спеціалісти, новий КПК у порівнянні з кодексом 1960 р. вирізняється прогресивністю та істотним зміщенням акцентів в сторону реалізації засади змагальності провадження.

У цьому контексті цілком природно як у теоретиків так і практиків з кримінального процесу виникає запитання: чи дійсно новий КПК України побудований на засаді змагальності, чи наділяє він сторони провадження рівними можливостями, зокрема в частині формування доказової бази, чи відповідає за ним право підозрюваного (обвинуваченого) на участь у формуванні доказів своєї невинуватості стандартам ст.6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Відповідно п.д ч.3 ст.6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод «кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше право допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення».

Європейський суд з прав людини дещо ширше тлумачить наведене право. Зокрема у справі Брікмонта проти Бельгії Європейський суд зазначив: «на національного суддю покладається обов'язок вирішити питання про необхідність або можливість викликати до суду свідка, і тільки виняткові обставини можуть привести до висновку про несумісність із статтею 6 Конвенції недопуску особи як свідка. Національна влада повинна вирішувати питання про корисність показань свідків. Конвенція не вимагає присутності і допиту усіх свідків з боку обвинуваченого, які будуть ним запропоновані. У відповідь, вона вимагає **повної рівності** в частині показань свідків між обвинуваченням і захистом, як на це, втім, вказують слова "**на тих же умовах**", що містяться в статті 6 ч.3 п.д». У справі Енгель та інших проти Нідерландів Європейський суд уточнив: «Стаття 6 ч.3 п.д не вимагає присутності і допиту усіх свідків з боку обвинуваченого. Її основною метою, як це витікає із слів "**на тих же умовах**", являється в даному випадку **повна "рівність сторін"**. З цією умовою стаття надає компетентним національним органам вирішити питання, які показання свідків потрібні у цій справі в цілях **справедливого судового розгляду** - основної вимоги статті 6». У справі Віддаль проти Бельгії Європейський суд пішов ще далі, зазначивши: «За загальним правилом, національні суди, особливо суди першої інстанції, в принципі, зобов'язані оцінювати засоби доказування, які вони мають у своєму розпорядженні.

Спосіб надання доказів тісно пов'язаний із здійсненням права на захист. Так, що торкається доказів, представлених стороною обвинувачення, це право вимагає, щоб обвинуваченому були надані адекватні і достатні можливості оспорити показання свідків і запитати про них автора, у момент подання або пізніше.

Поняття "**Рівність сторін**" не вичерпує зміст п.д ч.3 статті 6, як і ч.1 даної статті, застосування якої, разом з іншими, має на увазі цей підпункт. Завдання Європейського Суду полягає у встановленні того, чи провадження у розглядуваній справі мало **справедливий характер**, визначений частиною 1».

Таким чином згідно роз'яснень Європейського Суду з прав людини сторона обвинувачення і сторона захисту (обвинувачений) повинні мати рівні можливості щодо збирання і подання доказів. Чи передбачена така рівноправність новим КПК України?

Для того, щоб дати відповідь на ці запитання очевидно потрібно проаналізувати статус підозрюваного (обвинуваченого) за новим кримінально-процесуальним законодавством України.

Згідно з пп.8, 9 ч.3 ст.42 нового КПК підозрюваний, обвинувачений має право: збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази; брати участь у проведенні процесуальних дій. Пункт 14 цієї ж частини надає їм право ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування в порядку, передбаченому статтею 221 цього Кодексу, та вимагати відкриття матеріалів згідно зі статтею 290 цього Кодексу. Крім того, у п. 1,2 ч.4 цієї ж статті зазначено, що обвинувачений також має право брати участь під час судового розгляду у допиті свідків обвинувачення або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення; збирати і подавати суду докази.

Таким чином законодавець закріпив за підозрюваним (обвинуваченим) так само як і за стороною обвинувачення право збирати і подавати докази. Але чи таке право є рівним для обох сторін? Для того, щоб відповісти на це запитання потрібно проаналізувати способи за допомогою яких вони можуть збирати докази.

У ч.1 ст.93 КПК зазначено, що збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим у порядку, передбаченому цим Кодексом.

Частина друга цієї статті визначає способи збирання доказів стороною обвинувачення. Зокрема, сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом 1) проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, 2) витребування та 3) отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, 4) отримання висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, 5) проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом.

Відповідно до ч.3 цієї статті, сторона захисту, потерпілий здійснює збирання доказів шляхом 1) витребування та 2) отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, 3) отримання висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; 4) ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, 5) а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Аналіз цих норм дозволяє зробити щонайменше два висновки.

1. Сторона захисту, а відповідно і підозрюваний (обвинувачений), на відміну від сторони обвинувачення, не вправі проводити слідчих та негласних слідчих дій, а лише вправі ініціювати їх проведення.

2. Таким чином їхні можливості у збиранні доказів не є однаковими.

Але можливо такий висновок є не зовсім правильний, оскільки порядок ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій зможе урівняти їхні можливості.

Відповідно до абзацу 2 ч.3 ст.93 ініціювання стороною захисту, потерпілим проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань, які розглядаються в порядку, передбаченому статтею 220 цього Кодексу.

Згідно з положеннями цієї статті клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника про виконання будь-яких процесуальних дій слідчий, прокурор зобов'язані розглянути в строк не більше трьох днів з моменту подання і задовольнити їх за наявності відповідних підстав.

Про результати розгляду клопотання повідомляється особа, яка заявила клопотання. Про повну або часткову відмову в задоволенні клопотання виноситься вмотивована постанова, копія якої вручається особі, яка заявила клопотання, а у разі неможливості вручення з об'єктивних причин – надсилається їй.

Аналіз положень цих норм насамперед вимагає з'ясування до якого слідчого чи прокурора з відповідними клопотаннями має звертатися підозрюваний. Очевидно, що оскільки законодавець вживає власне терміни «слідчий», «прокурор», то він має на увазі не будь-якого слідчого чи прокурора, як представників органів досудового розслідування чи прокуратури ін-

акше так би й зазначив, а саме того слідчого, котрий здійснює конкретне провадження та прокурора, котрий здійснює за ним нагляд. Тобто вирішення такого клопотання покладається на сторону обвинувачення у конкретному провадженні, інтереси котрої не співпадають з інтересами сторони захисту.

І хоча, відповідно до ч.2 ст.9 КПК, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень, насправді головним їхнім завданням є розкриття злочинів та покарання винних. На цьому ще колись наголошував О.М. Ларінім. Зокрема він зазначав: «практично односторонній обвинувальний ухил в діяльності органів розслідування, прокуратури – не така вже і рідкість. Не випадково більша частина судових помилок (за якими часто стоять слідчі помилки) полягає в постановленні необґрунтованих обвинувальних (а не виправдувальних) вироків, у призначенні покарань, явно несправедливих за своєю тяжкістю (а не за м'якістю)». Через те надія на об'єктивність слідчого є досить таки ілюзорною.

Про саме такі сподівання свідчить і те, що таке клопотання має бути розглянуте і вирішене в строк не більше трьох днів з моменту подання, а не негайно, і за наявності відповідних підстав задоволене, а в іншому випадку в задоволенні клопотання має бути відмовлено. Тут правда напрошується і думка про те, що такі клопотання можуть заявлятися з метою навмисного затягування розслідування, а тому в цих випадках такі клопотання потрібно відхиляти.

Постанова слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій може бути оскаржена слідчому судді. За результатами розгляду такої скарги слідчий суддя відповідно до ч.2 ст.307 може винести ухвалу про:

- 1) зобов'язання слідчого чи прокурора вчинити певну дію;
- 2) відмову у задоволенні скарги.

При цьому виконувати таку ухвалу буде той самий прокурор, чи слідчий, котрий спочатку відмовив стороні захисту у проведенні відповідної слідчої чи негласної слідчої дії.

Очевидно, що такий порядок не сприятиме ефективній реалізації стороною захисту права збирати докази. Якщо виходити із засади змагальності, то сторона захисту мала б мати можливість самостійно проводити відповідні слідчі дії і якщо не особисто, то через використання послуг вже широко відомих у світі детективних агентств. При цьому як процесуальну гарантію можна було б передбачити обов'язковість дозволу слідчого судді на їх проведення. Поте, як зазначає переважна більшість вчених і практиків, наше суспільство поки що не готове до такого кардинального реформування кримінального процесу. Тому, як видається, оптимальним за таких обставин був би порядок, за яким клопотання сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника про виконання будь-яких процесуальних дій мав би відразу розглядати і вирішувати слідчий суддя. Якщо ж слідчий суддя прийде до висновку про необхідність проведення відповідної слідчої чи негласної слідчої дії і постановить про це відповідну ухвалу, виконувати її має не той слідчий, котрий задіяний у відповідному провадженні, а той, котрий не зацікавлений у його результатах.

Всі інші закріплені у ст.93 нового КПК способи збирання доказів є однаковими як для сторони обвинувачення так і сторони захисту. Однак такий висновок є дещо поверхневим. Так, хоча обидві сторони провадження можуть збирати докази шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, насправді такі їхні можливості не є рівними. Якщо невиконання таких вимог слідчого чи прокурора тягне за собою відповідальність, передбачену кодексом про адміністративні правопорушення (Стаття 185-6. Невжиття заходів щодо окремої ухвали суду чи окремої постанови судді, подання органу дізнання, слідчого або протесту, припису чи подання прокурора; Стаття 185-8. Ухилення від виконання законних вимог прокурора), то невиконання таких вимог підозрюваного (обвинуваченого) та навіть їхнього захисника-адвоката, на сьогодні не тягне за собою жодних наслідків. Правда тут потрібно зауважити, що проект відповідних змін до кодексу про адміністра-

тивні правопорушення у частині відповідальності за невиконання законних вимог адвоката уже розглянутий, однак як вони будуть діяти на практиці поки що сказати важко.

Як зазначає з цього приводу професор В.Т. Нор «Стаття 22 КПК закріплює рівність прав сторін на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів. Проте сторона захисту і далі фактично позбавлена рівної можливості щодо збирання та подання доказів. Захисник може лише ініціювати перед слідчим, прокурором, слідчим суддею проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій з метою одержання сприятливих для захисту доказової інформації. Закріплене в ч. 3 ст. 93 цього Кодексу право сторони захисту збирати докази шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок тощо, у більшості перелічених шляхів його реалізації належним чином не забезпечене примусом виконання. Тож, не дивлячись на наявність у кримінальному провадженні деяких положень, спрямованих на сприяння захисту (положення *favor defensionis*) з метою вирівнювання дисбалансу щодо доказування між стороною обвинувачення і стороною захисту, все ж таки змагальність в «чистому вигляді» у кримінальному провадженні за цим Кодексом не знаходить своєї реалізації.»

З усього наведеного можна зробити висновок, що новий КПК України не наділяє сторону обвинувачення і сторону захисту рівними можливостями щодо формування доказів, а відповідно право підозрюваного (обвинуваченого) на участь у формуванні доказів своєї невинуватості нарівні з стороною обвинувачення у цій частині не відповідає ст.6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

ОСОБЛИВОСТІ ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ПРО ЗЛОЧИНИ, ПЕРЕДБАЧЕНІ СТ. 175 КК УКРАЇНИ ДО ЄДИНОГО РЕЄСТРУ ДОСУДОВИХ РОЗСЛІДУВАНЬ

Фігурський В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Як відомо, КПК України від 13 квітня 2012 року, скасував таку стадію кримінального процесу, як порушення кримінальної справи. Так, відповідно до частини другої статті 214 цього кодексу досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. При цьому постанова про порушення кримінальної справи не складається.

Серйозна проблема, яку, як видається, породжує реалізація цієї норми, полягає у тому, що відсутність формального початку кримінального провадження робить неможливими відмову в порушенні такого (у випадку не підтвердження вчинення кримінального правопорушення в результаті попередньої перевірки заяви чи повідомлення) та оскарження факту його порушення.

Так, за даними Міністерства внутрішніх справ, Служби безпеки України й Державної податкової міліції, правоохоронні органи щорічно відмовляли у порушенні кримінальних справ майже за 3 млн. заяв і повідомлень про злочини. У такий спосіб, можна припустити, що з 20 листопада 2012 року (з моменту набрання чинності новим КПК України) зазначені органи зобов'язані провадити повне розслідування понад 3 млн. кримінальних правопорушень. Значна частина цих правопорушень не матиме судової перспективи, але їх розслідування призводитиме до обмежень прав і свобод громадян, діяння яких (можливо, фактично й не вчинені ними) стануть предметом розслідування.

До того ж, передбачений новим КПК України порядок початку досудового розслідування, фактично, скасовує так звану «попередню» перевірку заяв та повідомлень про вчинення кримінального правопорушення. Відтак склалася ситуація, за якої слідчі вимушені розслідувати найабсурдніші заяви і повідомлення про кримінальні правопорушення, у той час, коли відповідного слідчого реагування вимагатиме кримінальне провадження за тяжкими чи особливо тяжкими злочинами. Навряд чи це сприятиме підвищенню якості досудового розслідування і ефективності захисту прав громадян правоохоронними органами.

Інтерес до піднятої проблеми викликаний конкретним запитанням: чи є необхідність в існуванні етапу попередньої перевірки заяв та повідомлень про злочини, пов'язані з невивплатою заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат?

Досліджуючи це питання в рамках КПК України 1960 року, зроблено висновок, що у справах аналізованої категорії, поряд з початковим етапом розслідування, доцільно виокремлювати етап попередньої перевірки заяв і повідомлення про злочини, передбачені ст. 175 КК України. Це зумовлено такими міркуваннями:

- 1) обидва згадані етапи мають власні відмінні завдання;
- 2) обом їм властиві специфічні криміналістичні засоби вирішення цих завдань;
- 3) приводи до порушення кримінальної справи практично ніколи не містять достатніх відомостей (тобто достатньої підстави), які вказують на наявність ознак аналізованого злочину;
- 4) і, насамперед, – результати анкетування, аналізу слідчої і судової практики беззаперечно засвідчують те, що більшість доказової інформації збирається винятково під час попередньої перевірки повідомлення про злочини і що саме від якості проведення цієї перевірки залежить в більшій мірі успіх всього розслідування у справі.

У інший спосіб вирішується це питання з прийняттям нового КПК України, яким у певних межах унормовано дискусію щодо доцільності виокремлення етапу попередньої перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, в тому числі і про злочини, передбачені ст. 175 КК України. Адже, згідно цього нормативно-правового акта, тепер, як уже

згадувалось, не матимемо стадії порушення кримінальної справи, а отже – і етапу попередньої перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення.

Однак, на моє глибоке переконання, потреба в проведенні відповідної перевірки з тим, щоб розпочати досудове розслідування, як воно передбачено у ст. 214 нового КПК України, не зникла.

Не вдаватимось у детальні щодо цього розмірковування, а лише зазначу, що згідно ч. 1 цієї статті, слідчий чи прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування.

Зауважимо, що слідчий, прокурор зобов'язані внести відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань лише за умови, якщо вони містять обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Звичайно, що такі обставини, в певній мірі можуть наводитись потерпілим, заявником (під час подання заяви або повідомлення) чи частково можуть бути виявлені самостійно слідчим чи прокурором з інших джерел. Проте, як свідчить практика, зазначених відомостей, як правило, не вистачає, щоб з упевненістю стверджувати про те, що невиклата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат має злочинний характер. Адже, як відомо, Кодексом України про адміністративні правопорушення також встановлена відповідальність за порушення встановлених термінів виплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи виплату їх не у повному обсязі (ч. 1 ст. 41). Крім того, особа може заявити про невиклату їй винагороди, право на яку в неї виникло внаслідок укладання цивільно-правових угод тощо.

Видається, що у всіх цих випадках перед внесенням відомостей про таку невиклату до Єдиного реєстру досудового розслідування необхідно встановити обставини, що можуть свідчити про вчинення саме злочину, передбаченого ст. 175 КК України. А це, так чи інакше, часто і вимагатиме відповідних перевірочних дій, що є не чим іншим, як попередньою перевіркою заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення.

Зауважимо, що законодавець у цій же статті вказує на можливість проведення у невідкладних випадках до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань огляду місця події (ч. 3 ст. 214 нового КПК України). Метою такої процесуальної дії за описаної ситуації, без сумніву, є виявлення обставин, що можуть свідчити саме про вчинення кримінального правопорушення. З цього випливає, що і сам законодавець, скасувавши стадію порушення кримінальної справи, водночас, все ж передбачає можливість попередньої перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення.

Проте згідно нового КПК України «слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин... зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати досудове розслідування». Отож, за потреби, у розпорядженні слідчого (прокурора) є лише 24 години для проведення такої попередньої перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення. Виникає запитання чи буде результативною ця перевірка – без сумніву ні. Крім того законодавець не наділяє слідчого (прокурора) відповідними процесуальними засобами для здійснення такої перевірки. Серед таких він виокремлює лише огляд місця події. Зауважимо, що в зазначеній категорії кримінальних проваджень, як свідчить аналіз слідчої і судової практики, огляд місця події, як правило, є зайвим і, у такий спосіб, практично не проводиться.

Іншими словами, незважаючи на існування потреби в проведенні попередньої перевірки заяв і повідомлень про злочини, передбачені ст. 175 КК України, на практиці, згідно вимог нового КПК України, її неможливо реалізувати. Це зумовлено, насамперед, тим, що законодавець позбавив слідчого (прокурора) і колишнього (порівняно з КПК України 1960 року) мінімального арсеналу процесуальних засобів проведення такої, і достатнього часу на його застосування. У такий спосіб етап попередньої перевірки заяв і повідомлень про злочини, передбачені ст. 175 КК України, не зможе виконувати відповідних завдань, що характерні для нього, а отже бути достатньо результативним.

Натомість, законодавець пропонує замінити попередню перевірку заяв і повідомлень про злочини (в розумінні КПК України 1960 року) перевіркою, яка в окремих випадках може проводитись після внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань і початку розслідування. Для цього наказом Генеральної прокуратури України № 113 від 14 листопада 2012 року внесені зміни до Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань. Зокрема, його доповнено пунктом 2.2, згідно якого, якщо у заяві, повідомленні, всупереч вимогам частини 5 статті 214 нового КПК України, не наведено достатньої інформації про вчинене кримінальне правопорушення, то для її встановлення проводяться наступні дії: направлення вимоги до установ, підприємств, організацій про надання документів або відповідних даних тощо. Такі дії повинні бути виконані у строк, що не перевищує 7 днів.

У такий спосіб, підсумовуючи, за отримання заяви чи повідомлення про вчинення злочину, передбаченого ст. 175 КК України, або після самостійного виявлення слідчим, прокурором з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення злочину аналізованого виду, уповноважені особи зобов'язані внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань і негайно розпочати розслідування. Після цього у строк 7 днів провести відповідну перевірку шляхом направлення вимоги до установ, підприємств, організацій про надання документів або відповідних даних тощо. За не підтвердження під час цієї перевірки обставин, які свідчать про вчинення злочину аналізованого виду, відповідно до пунктів 1 або 2 частини 1 ст. 284 нового КПК України, винести постанову про закриття кримінального провадження. Відомості про це вносяться прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань. За умови ж встановлення обставин, які свідчать про вчинення цього злочину, провести досудове розслідування відповідно до вимог нового КПК України.

Зміст

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

<i>Буряк Я.</i> ПРИНЦИПИ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МІСЦЕВИХ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАЦІЙ	3
<i>Галецька Н.</i> ФОРМИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ	5
<i>Гришук О.</i> ІДЕЯ СПРАВЕДЛИВОСТІ У ПРАВІ: ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ ВИМІР	8
<i>Добрянський С.</i> ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ПРАВОВИЙ ПРОСТІР ТА ПРАВА ЛЮДИНИ (НАПРЯМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ)	11
<i>Дудаш Т.</i> ФАКТОРИ, ЯКІ ВПЛИВАЮТЬ НА РОЗВИТОК ТЕРМІНОСИСТЕМ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ	14
<i>Косович В.</i> ПЛАНУВАННЯ ПРАВОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ	16
<i>Мочульська М.</i> ВПЛИВ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ НА ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ У КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ	19
<i>Ратушна Б.</i> СТРУКТУРА СУДОВОГО ПІЗНАННЯ	22
<i>Цебенко С.</i> ПРАВО НА ШЛЮБ ТА СІМ'Ю У СВІТЛІ ПРАВОСЛАВНОЇ ЦЕРКВИ	24

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

<i>Андрусяк Т.</i> ПЕТРО СТЕБЕЛЬСЬКИЙ – ОСНОВОПОЛОЖНИК УКРАЇНСЬКОЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НАУКИ	26
<i>Бедрій М.</i> ПРИНАРХ ЧЕРКАСЬКИЙ (1869-1941 РР.) ЯК ДОСЛІДНИК ІСТОРІЇ КОПНИХ СУДІВ І КОПНОГО СУДОЧИНСТВА	29
<i>Бойко І.</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ У ПЕРІОД ВІДРОДЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1917–1920 рр.)	32
<i>Гриб Н.</i> ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА МОВУ ЗА АВСТРІЙСЬКОЮ КОНСТИТУЦІЄЮ 1867 РОКУ	36

Карнасевиц Р. ФОРМУВАННЯ ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ ЯК ПРЕДМЕТ ІСТОРИКО – ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ	38
Кахнич В. НАУКОВО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ (1919–1939РР)	40
Кобилецький М. МАГДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО У ЧЕХІЇ	42
Коваль А. ПРИЧИНИ ФОРМУВАННЯ НОВИХ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИХ ПІДХОДІВ РОЗУМІННЯ ПРАВА ТА ДЕРЖАВИ В КІНЦІ ХІХ -НА ПОЧАТКУ ХХ СТОЛІТТЯ.	44
Кольбенко А. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ МОВ У ЗАХІДНО-УКРАЇНСЬКІЙ НАРОДНІЙ РЕСПУБЛІЦІ	47
Липитчук О. ПРОБЛЕМА РОСІЙСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ: ЦИВІЛІЗАЦІЙНИЙ ПІДХІД	49
Макаренко А. ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ СУДОВИХ ОРГАНІВ ЗА КОДЕКСОМ 1743 РОКУ	53
Мельник А. СЕЙМОВА І ПАРЛАМЕНТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ Ю.РОМАНЧУКА ЯК ЗАСІБ ОРГАНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО НАСЕЛЕННЯ У ГАЛИЧИНІ ТА ЙОГО ПОЛІТИЧНОГО ВИЗНАЧЕННЯ В АВСТРО - УГОРСЬКІЙ ДЕРЖАВІ	56
Миньо М. ДОГОВІР НАЙМУ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ: ДО ПРОБЛЕМ КЛАСИФІКАЦІЇ	58
Моряк-Протопопова Х. ПОВНОВАЖЕННЯ ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА У ВИБОРЧІЙ СИСТЕМІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ	61
Ригіна О. ДЕЯКІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ СУДІВ У СПРАВАХ МАЛОЛІТНІХ США	64
Семків В. НОВІ КОНЦЕПЦІЇ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ ТА ПРАВА	67
Сирко М. КОДЕКС НАПОЛЕОНА БОНАПАРТА В КНЯЗІВСТВІ ВАРШАВСЬКОМУ	69
Тищик Б. ПРО МАЛОВІДОМИЙ ПРОЕКТ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ (1920 Р.)	71

Федуцук-Паславська Г. СТОЇЦЬКІ ІДЕЇ У ЗАХІДНІЙ ПРАВОВІЙ ТРАДИЦІЇ	74
--	----

Шевчук Л. ВИТОКИ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ	77
--	----

Шуп'яна М. СМЕРТНА КАРА ЯК ВИД КРИМІНАЛЬНОГО ПОКАРАННЯ В АВСТРІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ 1852 Р.	79
--	----

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Бедрій Р. НОРМОТВОРЧІСТЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ	81
---	----

Бориславська О. КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ВЗАЄМВІДНОСИН УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ ТА ДЕРЖАВИ	83
--	----

Бориславський Л. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ І ЛЮДИНИ	85
---	----

Гураль П. ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО В УКРАЇНІ: ЕВОЛЮЦІЯ РОЗВИТКУ ТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	88
---	----

Заяць І. ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ОБ'ЄДНАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД	90
---	----

Кобрин В. ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ В СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ	92
--	----

Панкевич І. ВІЛЬНІ ВИБОРИ ЯК ПЕРЕДУМОВА ПОБУДОВИ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА	94
--	----

Пілат Є. ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ	96
---	----

Прус В. СТАБІЛЬНІСТЬ ВИБОРЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ – НЕОБХІДНА УМОВА ЗАКОННОСТІ ТА ДЕМОКРАТІЇ	99
--	----

Різник С. ПЕРСПЕКТИВИ РЕФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ	101
--	-----

Софінська І. КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ	103
---	-----

<i>Тищук Т.</i>	ЕФЕКТИВНІСТЬ РЕАЛІЗАЦІЇ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ	105
<i>Чоренький В.</i>	КОНСТИТУЦІЙНІ ОБОВ'ЯЗКИ ІНВАЛІДІВ ЯК ЕЛЕМЕНТ ЇХ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ	107
СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК		
<i>Бойчук Т.</i>	ПРАВОВИЙ СТАТУС УЧАСНИКІВ ВІДНОСИН У СФЕРІ ЗАОЩАДЖЕНЬ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	109
<i>Жмурко О.</i>	СУБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО МЕДИЧНОГО СТРАХУВАННЯ	112
<i>Льницький О.</i>	ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ЗАХОДІВ ВПЛИВУ ЗА ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА	114
<i>Кім Х.</i>	ПОНЯТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ	117
<i>Коцовська О.</i>	АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ	119
<i>Коцюрuba О.</i>	РЕФОРМУВАННЯ КОНКУРСНИХ ПРОЦЕДУР НАДАННЯ ПІДТРИМКИ ГРОМАДСЬКИМ ОРГАНІЗАЦІЯМ: ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ	121
<i>Криса Т.</i>	ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З ВИБОРАМИ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ	123
<i>Мостовий А.</i>	ПОРЯДОК ОПОДАТКУВАННЯ ТОВАРІВ, ЯКІ ПЕРЕМІЩУЮТЬСЯ ЧЕРЕЗ МИТНИЙ КОРДОН ГРОМАДЯНАМИ	126
<i>Самагальська Ю.</i>	ІНСПЕКЦІЙНІ ПРОВАДЖЕННЯ: ЗМІСТ ТА СТАДІЇ	128
<i>Ткач Г.</i>	ЗАСОБИ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ	131
<i>Труш М.</i>	ПІДСТАВИ ПРИЙНЯТТЯ ПОСТАНОВИ В АДМІНІСТРАТИВНІЙ СПРАВІ	133
<i>Хлібороб Н.</i>	ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ	135

Школик А.

ДОСТРОКОВЕ ПРИПИНЕННЯ ДІЇ ІНДИВІДУАЛЬНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ АКТІВ	137
--	-----

Янюк Н.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПОСАДОВА ОСОБА», «СЛУЖБОВА ОСОБА», «ОСОБИ, УПОВНОВАЖЕНІ НА ВИКОНАННЯ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВИ АБО МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ»	139
---	-----

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК**Балко О.**

ШЛЮБ І ШЛЮБНІ ВІДНОСИНИ У СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	141
--	-----

Верес І.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ АНДЕРРАЙТИНГУ	143
--	-----

Герц А.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ	145
--	-----

Гнатів О.

УКЛАДЕННЯ МИРОВОЇ УГОДИ У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО	146
---	-----

Дякович М.

ОХОРОНА ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ СПАДКОЄМЦІВ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ПРАВА НА СПАДКУВАННЯ	147
---	-----

Квіт Н.

ГАРМОНІЗАЦІЯ ПОВІТРЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ З ПРАВОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА МІЖНАРОДНИМИ СТАНДАРТАМИ НАДАННЯ ПОСЛУГ В СФЕРІ ПОВІТРЯНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ ПАСАЖИРІВ	149
---	-----

Косак В.

ЗАХИСТ ПРАВ ІНВЕТОРІВ НА ПЕРВИННОМУ РИНКУ ЖИТЛА	152
---	-----

Косак С.

ПРИПИНЕННЯ ВІДНОСИН ЗА ДОГОВОРОМ ОРЕНДИ ДЕРЖАВНОГО ТА КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА	154
---	-----

Лепех С.

КОМІСІЙНІ ПЛАТЕЖІ В КРЕДИТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ	156
---	-----

Михайлів М.

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА	158
---	-----

Михалюк О.

ПРЕДМЕТ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ТРЕТЬОЮ ОСОБОЮ У ДОГОВОРАХ ПРО НАДАННЯ ЮРИДИЧНИХ ПОСЛУГ	160
---	-----

Навроцька Ю.

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	162
--	-----

<i>Рубець І.</i> ПІДСТАВИ ВИЗНАННЯ БАТЬКІВСТВА В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ	165
<i>Сеник С.</i> ДІЯ ПРИНЦИПУ ГЛАСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	168
<i>Саванець Л.</i> ВІНДИКАЦІЯ БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ	170
<i>Скрипець Н.</i> ПРОЦЕСУАЛЬНІ НАСЛІДКИ НАЯВНОСТІ МІЖ СТОРОНАМИ ДОГОВОРУ ПРО ПЕРЕДАЧУ СПРАВИ НА ВИРІШЕННЯ ДО ТРЕТЕЙСЬКОГО СУДУ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	172
<i>Тарасенко Л.</i> ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ НАЙМУ ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ	174
<i>Угриновська О.</i> ЗАМІНА НЕНАЛЕЖНОЇ СТОРОНИ В ПОЗОВНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПРОБЛЕМНІ МОМЕНТИ	177
<i>Шама Н.</i> ПРАВО НА СПІЛЬНИЙ ЗАПОВІТ	179
<i>Шандра Р.</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ПРОМИСЛОВІ ЗРАЗКИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ПОЛЬЩІ	182
<i>Юркевич Ю.</i> ПОНЯТТЯ КОНЦЕНТРАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ	184
<i>Яворська О.</i> НАБУВАЛЬНА ДАВНІСТЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ	186
<i>Якубівський І.</i> ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	188
<i>Яримович У.</i> ДЕРЖАВНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНВЕТОРІВ ВІД ПРИМУСОВИХ ВИЛУЧЕНЬ ТА НЕЗАКОННИХ ДІЙ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ ТА ЇХ ПОСАДОВИХ ОСІБ	191

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

<i>Барабаш Н.</i> ПРАВО КОРИСТУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ РОЗВІДУВАЛЬНИХ РОБІТ: ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ	194
<i>Бурак В.</i> ІНДИВІДУАЛЬНИЙ САМОЗАХИСТ ПРАЦІВНИКАМИ СВОЇХ ПОРУШЕНИХ ПРАВ У ПРОЕКТІ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ	197

Ващишин М. ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬ ОПТОВИХ РИНКІВ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В УКРАЇНІ	199
Вісьтак М. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИВАТНИХ АГЕНТСТВ ЗАЙНЯТОСТІ В УКРАЇНІ	201
Гірник О. ВСЕЗАГАЛЬНІСТЬ ПРАВА НА СОЦІАЛЬНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ	203
Жолнович О. ТРУДОВИЙ ДОГОВІР – УНІВЕРСАЛЬНА МОДЕЛЬ НАЙМУ НА РОБОТУ	205
Кім О. СУДОВИЙ НОРМОКОНТРОЛЬ У СФЕРІ ТРУДОВОГО ПРАВА	207
Кульчицька О. МІНІМАЛЬНА ПЕНСІЯ ЗА ВІКОМ ЯК ДЕРЖАВНА СОЦІАЛЬНА ГАРАНТІЯ	209
Лешух Д. КОНТРОЛЬ І НАГЛЯД ЗА ДОТРИМАННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОХОРОНУ ПРАЦІ	211
Нискогуз Н. ПЕНСІЙНИЙ ФОНД ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВОВІДНОСИН ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ВІКОМ	214
Парпан Т. ГНУЧКИЙ РЕЖИМ РОБОЧОГО ЧАСУ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РИНКОВИХ ВІДНОСИН	216
Пилипенко П. ЩОДО ПОНЯТТЯ ЗАЙНЯТОСТІ ЗА НОВИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО ЗАЙНЯТІСТЬ НАСЕЛЕННЯ»	218
Рушинець Ю. СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ШКОДА» ТА «ЗБИТКИ, ЗАПОДІЯНІ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ»	220
Синчук С. КОМПЕНСАЦІЙНИЙ ХАРАКТЕР СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	222
Стасів О. ПОНЯТТЯ ОПЛАТИ ПРАЦІ ЗА КОНСТИТУЦІЄЮ УКРАЇНИ	225
Федорович В. СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТТЯ ЗЕМЛІ ЯК ПРИРОДНОГО ОБ'ЄКТА І ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ЯК НЕРУХОМОГО МАЙНА	227
Чернявська Г. ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕДУРНИЙ МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ	229

Чопко Х. ПРЕВЕНТИВНА ФУНКЦІЯ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА	232
СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ	
Антонюк Н. СПІВВІДНОШЕННЯ ОБМАНУ ІЗ ЗЛОВЖИВАННЯМ ДОВІРОЮ ЯК СПОСОБІВ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ	234
Бурдін В. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ (ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ)	237
Вакула І. ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ЗАМАХУ НА ЗЛОЧИН ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ	240
Василяш В. МЕЖІ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ	243
Гуменюк Ю. ВРАХУВАННЯ СУДОМ ФОРМ (ВИДІВ) ГОТУВАННЯ ДО ЗЛОЧИНУ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ ЗА ЙОГО ВЧИНЕННЯ	247
Денькович О. ІНСТИТУТ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У РІШЕННЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ	251
Гльницька С. СУБ'ЄКТИВНІ ОЗНАКИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 109 КК УКРАЇНИ	254
Кондра О. БЕЗПОСЕРЕДНІЙ ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ»	258
Марисюк К. ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ ПОВОДЖЕННЯ З УВ'ЯЗНЕНИМИ	261
Маркін В. ЧИ Є СВОБОДА ВІРОСПОВІДАННЯ ОБОВ'ЯЗКОВИМ ОБ'ЄКТОМ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО Ч. 1 СТ. 161 «ПОРУШЕННЯ РІВНОПРАВНОСТІ ГРОМАДЯН ЗАЛЕЖНО ВІД ЇХ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ НАЛЕЖНОСТІ АБО РЕЛІГІЙНИХ ПЕРЕКОНАНЬ» КК УКРАЇНИ?	263
Мартинишин Г. ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА СУКУПНІСТЮ ВИРОКІВ НЕПОВНОЛІТНІМ	266

Мелих Б. ОСОБЛИВОСТІ ПОМИЛОК ЩОДО ОБСТАВИН, ЯКІ ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ	268
Остапик Я. ДО ПИТАННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ЗУМОВЛЕНОСТІ ПРИЧЕТНОСТІ ДО ЗЛОЧИНУ	272
Палюх Л. ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ У СВІТЛІ НОВОГО КПК УКРАЇНИ	275
Панчак О. ВРАХУВАННЯ РОЛІ СПОЛУЧНИКІВ У ТЕКСТІ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПРИ ЙОГО ТЛУМАЧЕННІ	278
Плекан В. ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СПІВУЧАСТЬ В ХАБАРНИЦТВІ	280
Сибаль О. МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ОБСТАВИН, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ	282
Хилюк С. NULLUM CRIMEN SINE LEGE У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ	285
Ясеницький В. СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНІ НАСЛІДКИ ЯК ОЗНАКА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 140 КК УКРАЇНИ „НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ПРОФЕСІЙНИХ ОBOB'ЯЗКІВ МЕДИЧНИМ АБО ФАРМАЦЕВТИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ”	288

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Бабунич В. ТАКТИЧНІ ПРИЙОМИ УСПІШНОГО ПРОВЕДЕННЯ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ	291
Багрій М. ПРИНЦИПИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО З ПІДРОЗДІЛАМИ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВУ ДІЯЛЬНІСТЬ	294
Бобечко Н. МОДЕЛІ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ АПЕЛЯЦІЙНИХ І КАСАЦІЙНИХ ПІДСТАВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ	297

Бойко В. ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОВОГО ТА ОБВИНУВАЧЕНОГО ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ	300
Войнарович А. СУД ПРИСЯЖНИХ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ	302
Гузела М. ПРАВО НА СВОБОДУ І ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ У КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА ЙОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ	304
Гуменна Н. ПРАВОВІ ОСНОВИ РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО	307
Дільна З. УЧАСТЬ ПРОКУРОРА ПРИ ВИРІШЕННІ СУДОМ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВИКОНАННЯМ ВИРОКУ	310
Єзерський Р. РОЛЬ СЛІДЧОГО СУДДІ ЗГІДНО КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	312
Жолнович І. ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ	315
Ільків О. ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ «АСИМЕТРІЇ ПРАВИЛ ОЦІНКИ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ»	317
Калужинський О. ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ПІДГОТОВЧОМУ СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ	319
Калужна О. РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: ОКРЕМІ ВІДКРИТІ ЗАПИТАННЯ	321
Кахнич Х. ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ	324
Ковна У. ВПЛИВ ПІДЛІТКОВОЇ АГРЕСІЇ НА ФОРМУВАННЯ ОСОБИ ПРАВОПОРУШНИКА	326

Козутич І. ПЕРСПЕКТИВИ І ПРОБЛЕМИ ТЕХНІКО – КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКУМЕНТІВ, ЩО ЗАСВІДЧУЮТЬ ОСОБУ	328
Крушинський С. ПРОЦЕДУРА ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ ІНШІЙ СТОРОНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ	330
Лешикович Т. ТОЧНІСТЬ ОБСТЕЖЕНЬ НА ПОЛІГРАФІ	332
Литвин Н. ФУНКЦІЯ ЗАХИСТУ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЯ НА СТАДІЇ ВИКОНАННЯ ВИРОКУ	334
Луцик В. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	337
Мазур А. ЕЛЕМЕНТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА І ПРОКУРАТУРИ	339
Мазур М. ПРАВО ВИПРАВДАНОГО НА ВІДШКОДУВАННЯ ЗАВДАНОЇ ШКОДИ ТА ВІДНОВЛЕННЯ РЕПУТАЦІЇ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ	341
Максимишин Н. НОВІ ПІДХОДИ ДО ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОГО ДОПИТУ	344
Маланюк А. БЕЗПЕРЕРВНІСТЬ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЯК ГАРАНТІЯ ДОТРИМАННЯ РОЗУМНИХ СТРОКІВ СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ	346
Матейко Ю. НОВЕЛИ ІНСТИТУТУ ВІДКЛАДЕННЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ У НОВОМУ КПК УКРАЇНИ	349
Мурадов В. ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ТЕХНІКО- КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗАСОБІВ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ	351
Найда А., Малик О. ЕЙТАНАЗІЯ: ПРАВОВА СТОРОНА ПРОБЛЕМИ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ	354
Нор В. ВСЕБІЧНІСТЬ, ПОВНОТА Й НЕУПЕРЕДЖЕНІСТЬ ВСТАНОВЛЕННЯ ОБСТАВИН КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ: ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ І НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ	358

Павлишин А.

ПРАВО ОБВИНУВАЧЕНОГО НА УЧАСТЬ У ФОРМУВАННІ ДОКАЗІВ СВОЇ НЕВИНУВАТОСТІ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ ТА ЙОГО ВІДПОВІДНІСТЬ СТ.6 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД	361
---	-----

Фігурський В.

ОСОБЛИВОСТІ ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ПРО ЗЛОЧИНИ, ПЕРЕДБАЧЕНІ СТ. 175 КК УКРАЇНИ ДО ЄДИНОГО РЕЄСТРУ ДОСУДОВИХ РОЗСЛІДУВАНЬ	365
---	-----

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ
В УКРАЇНІ**

Матеріали ХІХ звітної
науково-практичної конференції

(7-8 лютого 2013 р.)

Ум. друк. арк. – 22. Обл.-вид. арк. – 30,4.
Тираж – 100

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