

Міністерство освіти і науки України
Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника
Юридичний інститут

Збірник наукових статей

**Актуальні проблеми
вдосконалення чинного
законодавства України**

Випуск XXV

Редакційна колегія: д.ю.н., доц. Васильєва В.А. (*головний редактор*); акад. АПрНУ, д.ю.н., проф. Луць В.В.; акад. АПрНУ, д.ю.н., проф. Костицький М.В.; акад. АПрНУ, д.ю.н., проф. Погрібний О.О.; акад. АНВШУ, д.ю.н., проф. Дзера О.В.; д.ю.н., проф. Фріс П.Л.; д.ю.н., доц. Галянтич М.К.; д.ю.н., доц. Стефанчук Р.О.; д.ю.н., проф. Коссак М.В.; д.ю.н., проф. Майданик А.Р.; д.ю.н., проф. Кириченко О.А.; к.ю.н., доц. Кобецька Н.Р.; к.ю.н., доц. Вівчаренко О.А.; к.ю.н., доц. Логвінова М.В.; к.ю.н., доц. Ославський М.І.; к.ю.н., доц. Присташ Л.Т.; к.ю.н., доц. Багай Н.О.; к.ю.н., доц. Загурський О.Б.; к.ю.н., доц. Микитин Ю.І. (*відповідальний секретар*).

A43 Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст] : Збірник наукових статей. Випуск 25. – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2011. – 252 с.

У збірнику досліджуються актуальні проблеми державного будівництва, питання теорії та історії держави і права, правової реформи в Україні, екології, боротьби зі злочинністю. Вносяться та обґрунтовуються пропозиції щодо вдосконалення ряду інститутів конституційного, цивільного, кримінального та інших галузей права.

Для науковців, викладачів, аспірантів, здобувачів, студентів, слухачів, курсантів юридичних інститутів та факультетів, юристів-практиків.

Actual problems in the field of the formation of the Ukrainian State, questions of theory and history of state and law, law reforms in Ukraine, ecology, struggle against criminality are researched in this issue. The propositions on the perfection of some institutions of constitutional, civil, criminal and other spheres of law are submitted and analyzed.

Good for scientists, professors, post-graduate students, students of law departments, practising lawyers.

Реєстраційне свідоцтво: серія КВ №4150. Видається з 1996 року.

Адреса редколегії: 76018, м.Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а. Юридичний інститут Прикарпатського національного університету імені В.Стефаника. Тел./факс (0342) 50-87-60.

Зміст

Філософські, історичні, методологічні, організаційні та загально-теоретичні проблеми держави і права	6
Жукевич І. В. <i>Співвідношення явних та неявних принципів права із системою принципів права</i>	6
Луцький І. М. <i>Філософсько-правові аспекти становлення демократії та громадянського суспільства в Україні</i>	12
Наум М. Ю. <i>Критицизм як метод пізнання позитивного права</i>	18
Онищук І. І., Шутак І. Д. <i>“Пастки” в юридичних документах та способи їх розпізнавання</i>	22
Присташ Л. Т. <i>Політика колонізації шкільної та вищої освіти в Галичині у складі Польщі (1867-1918 рр.)</i>	28
Саветчук Н. М. <i>Оригінальні ідеї державотворення у державно-правовій думці М. Драгоманова та І. Франка</i>	31
Шевчук Л. С. <i>Характерні особливості законотворчого процесу Української Центральної Ради</i>	34
Яворська І. <i>Становлення та розвиток ідей міжнародної судової правотворчості</i>	39
Конституційний лад та права людини. Питання адміністративного та фінансового права. Адміністративне судочинство	46
Ляхович У. І. <i>Правовий зміст та класифікація прав державного службовця</i> .	46
Удод М. В., Ворфоломєєва І. С. <i>Права людини як об’єкт конституційного захисту</i>	54
Фріс І. П. <i>До питання про правову регламентацію організації і діяльності нотаріату</i>	60
Яцків І. І. <i>Загальні положення протидії корупції: адміністративно-правовий аспект</i>	64
Цивільне та сімейне право. Проблеми господарського та корпоративного права. Питання цивільного та господарського судочинства	69
Бабецька І. Я. <i>До питання про правову природу переважних прав в корпоративних правовідносинах</i>	69
Васильєва В. А. <i>Проблеми вдосконалення правового регулювання договорів про надання посередницьких послуг та його закріплення у чинному законодавстві</i>	74
Височан В. М. <i>Захист прав споживачів у сфері надання комунальних послуг</i>	80
Длугош О. І. <i>Воля та волевиявлення у правочині</i>	85

Зайцева - Калаур І. В. <i>Легальне та доктринальне визначення поняття "засоби масової інформації"</i>	90
Зварич Ж. І. <i>Співвідношення свободи панорами та вільного використання творів у контексті фотографування об'єктів авторського права</i>	93
Калаур І. Р. <i>Окремі аспекти застосування норм цивільного й господарського кодексів України та норм спеціальних законодавчих актів для правового регулювання відносин найму (оренди)</i>	99
Ковалишин О.Р. <i>Перспективи застосування інституту групового позову в корпоративних спорах</i>	102
Корольов В. В. <i>Судовий та виконавчий секвестри: екскурс в процесуальні науки</i>	107
Мироненко І. В. <i>Поняття та зміст міжнародної правової допомоги в цивільних справах</i>	110
Мороз Г. В. <i>Право спільної сумісної власності на земельну ділянку: окремі питання</i>	115
Олійник О. С. <i>Окремі аспекти правового регулювання зміни умов шлюбного договору, розірвання шлюбного договору чи визнання шлюбного договору недійсним в Україні</i>	119
Полетило К. С. <i>Судовий захист права власності людини і громадянина на інформацію</i>	123
Сішук Л. В. <i>Поняття та види правонаступництва: цивільно-правовий аспект</i>	132
Саракун І.Б. <i>Порядок та строки переведення акцій на бездокументарну форму існування</i>	136
Слома В. М. <i>Спадковий договір за законодавством України</i>	144
Сохан В. Б. <i>Суб'єкти корпоративних правовідносин</i>	148
Тоніевич Є. Д. <i>Сімейно-правова санкція як об'єкт наукових досліджень</i>	153
Проблеми охорони навколишнього природного середовища	158
Багай Н. О. <i>Екологізація аграрного законодавства України: суть та напрями</i>	158
Берляч Н. А. <i>Концепції розвитку законодавчого регулювання органічного виробництва в АПК: порівняльно-правовий аналіз</i>	162
Вівчаренко О. А. <i>Земельна ділянка України під охороною джерел міжнародного права навколишнього середовища</i>	167
Вітовська І. В. <i>Правовий режим природних ресурсів виключної (морської) економічної зони в історичному аспекті поділу морського простору</i>	173
Черногуз А. Ф. <i>Класифікація збитків, заподіяних власникам земельних ділянок та землекористувачам (на базі норм конституційного, цивільного та земельного законодавства України</i>	176
Питання трудового права та права соціального забезпечення	180
Кохан Н. В. <i>Удосконалення правового регулювання гарантій, що забезпечують виконання працівниками покладених на них обов'язків</i>	180
Проблеми кримінально-правової, кримінально-виконавчої та кримінологічної (профілактичної) політики	188
Козодай М. А. <i>Психологічні аспекти вибору засобів виправлення неповнолітніх засуджених</i>	188
Митрофанов І.І. <i>Проблеми поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" у кримінальному праві</i>	192
Соловій О. Я. <i>Позитивна посткримінальна поведінка як умова звільнення від кримінальної відповідальності</i>	199

Стеблінська О. С. <i>Стан законодавчого забезпечення запобігання міжнародному наркобізнесу</i>	202
Сьоміна Н. А. <i>Спірні питання щодо визначення механізму вчинення злочину та його класифікація</i>	207
Питання кримінального судочинства	213
Басиста І. В. <i>Окремі аспекти генезису рішень слідчого</i>	213
Герасимчук О. П. <i>Участь потерпілого в апеляційному провадженні у кримінальній справі</i>	217
Когутич І. І. <i>Про ситуативну обумовленість дій державного обвинувача у ході розгляду кримінальних справ</i>	221
Круль С. М. <i>Інформаційно-аналітичні технології в криміналістичній діяльності слідчого</i>	228
Микитин Ю. І. <i>Європейські правові акти у сфері відновного правосуддя</i>	231
Савченко В. А. <i>Проведення негласних слідчих дій під час досудового розслідування: проєкт КПК України та європейський досвід</i>	236
Тунтула О. С. <i>Класифікація практичних дій з отримання антикримінальних доказів: можливості удосконалення</i>	241
Харченко І. Г. <i>Наука, як джерело криміналістичних рекомендацій</i>	248

Філософські, історичні, методологічні, організаційні та загально-теоретичні проблеми держави і права

Жукевич І. В.

Співвідношення явних та неявних принципів права із системою принципів права

УДК 340.11

Явні принципи права – закріплені в праві основоположні засади, керівні ідеї, які визначають особливості виникнення, розвитку і функціонування права, які в основному знаходять своє вираження в писаних джерелах права, зокрема, в нормативно-правових актах. Натомість, неявні принципи права – це основоположні засади, керівні ідеї, які незакріплені в писаних джерелах права, проте виражаються в правовосвідомості та юридичній практиці. Оскільки явні та неявні принципи права недостатньо відомі юридичній науці, слід визначити їхнє місце в системі класифікації принципів права сучасної юридичної науки.

На підставі проведених класифікацій принципів права слід визначити співвідношення явних та неявних принципів права із системою принципів права, показати особливості явних та неявних принципів права, які відрізняють їх від інших груп принципів права, висвітлити сучасні підходи до класифікації принципів права.

Проблематикою принципів права займалися А. Барак, В. Беліх, Ж. –Л. Бержель, Д. Вінницький, Д. Галліган, О. Коваль, А. Колодій, С. Лисенков, Р. Лівшиц, Н. Мішина, В. Нікітінський, О. Орловський, О. Петришин, Л.Петрова, П. Рабінович, С.Рабінович, О. Скакун, Є. Скурко, В.Ткаченко, Ф. Хайек, М.Цвік, С. Шевчук та інші.

У правовій науці склалися доволі різні підходи до класифікації принципів права. Більшість вчених-теоретиків виділяють в основному загальноправові, міжгалузеві, галузеві та принципи правових інститутів. Так, П. М. Рабінович виділяє наступні види принципів права: 1) загальноюкодські (основоположні), 2) типологічні, 3) конкретно-історичні (загальні, галузеві, міжгалузеві) [14,с. 120]. О. Ф. Скакун у свою чергу виділяє загальноююдські (цивілізаційні) принципи права та принципи національної системи права, які за сферою дії поділяються на: а) загально-правові (загальногалузеві), міжгалузеві, галузеві, підгалузеві, інституційні [16,с. 244].

М. В. Цвик, В. Д. Ткаченко, О. В. Петришин проводять класифікацію принципів права за такими підставами: 1) за формою нормативного вираження такі, що закріплені в міжнародних та внутрішньодержавних деклараціях, конституціях і поточному законодавстві; 2) за сферою дії: а) загальноправові, б) міжгалузеві, в) галузеві та г) принципи правових інститутів; 3) за змістом: а) загально-соціальні (економічні, політичні та ін.) і б) спеціально-соціальні [6, с. 194].

Не слід ототожнювати явні та неявні принципи права із загально-правовими, міжгалузевими, галузевими та принципами правових інститутів. Переважна більшість загально-правових принципів права є явними, оскільки знайшли своє першочергове вираження в Конституції та законах. Наприклад, розділ I Конституції України "Загальні засади" присвячений загально-правовим принципам права. Міжгалузеві, галузеві та принципи правових інститутів меншою мірою є явними, оскільки їхнє закріплення відбувається постійно в результаті розвитку тих чи інших галузей права та на розвиток і деталізацію загально-правових принципів права. Неявні ж принципи права відображають тенденції розвитку галузей права, оскільки наперед визначають ті принципи, що мають бути закріплені в нормах галузей права.

Так, С. Шевчук дещо по-новому підходить до класифікації принципів права, з якої бачимо, що і явні, і неявні принципи права заслуговують свого самостійного місця. На його думку, "принципи права можуть бути: 1) створені або відкриті судами у процесі здійснення судочинства, тобто є результатом судової правотворчості; 2) шляхом судової правотворчості розкривається їх додатковий обсяг та зміст, якщо вони попередньо закріплені у текстах Конституції та законах (наприклад, конституційне право на свободу слова, зміст якого розкривається конституційним судом у процесі здійснення судочинства; 3) являють собою стандарти прийняття судових рішень та визначають параметри судової правотворчості" [19, с. 71].

Це означає, що принципи права можуть існувати і поза законом, в результаті "судової правотворчості" впливати на розвиток та формування права, застосовуватися судами, тобто принципи права можуть бути неявними. Неявні принципи права є неписаними, проте дієвими з практичної точки зору, відображаючи не стільки "букву закону", а "дух права".

О. Орловський, у свою чергу, виділяє дві групи принципів права, які частково співвідносяться з явними та неявними принципами права, а, зокрема, норми-принципи (безпосереднє їх закріплення має місце у тих випадках, коли формулювання норми закріплює певний правовий принцип) та принципи, що прямо не закріплені в правових нормах, але можуть бути виведені з них (ці принципи вміщуються в законодавстві, немовби у прихованому виді) [12, с. 84].

На нашу думку, явні принципи права та норми-принципи співвідносяться між собою, як зміст і форма. А тому ці два поняття не слід ототожнювати. Використання поняття "явний принцип права" виражає принципи права як фундаментальну правову категорію. Неявні принципи права дійсно з "вміщуються в законодавстві, немовби у прихованому виді". Проте їх зміст та значення тільки цим не обмежується, оскільки під ними можна розуміти і ті принципи права, що взагалі не закріплені в законодавстві, але отримали суспільне визнання; принципи права, які застосовуються в юридичній практиці; керівні ідеї правосвідомості, реалізовані в праві.

О. Коваль вважає, що в праві можуть бути реалізовані лише ідеї, які не містять заперечення існуючого державного правління та політичного режиму. Це ще одна з причин того, що принципи права не можна виводити лише із законодавства – тоталітарні держави не поділяють певних ідей сучасного людства [7, с. 27].

На думку Л. В. Петрової, право має надюрідичну сутність, це означає, що принципи права існують і поза межами системи джерел права, як начала, що виражають

найважливіші закономірності та є основою правової системи, становлять її головний зміст, мають вищу імперативність і загальну значимість, і пронизують її внутрішню структуру й визначальним чином впливають на механізм зв'язку і взаємодії з іншими соціальними системами. Природне право є джерелом до- і надпозитивних правових принципів (право на свободу, власність, безпеку, право на опір гнобленню тощо), які можуть бути втілені в багатьох сотнях норм позитивного права, і правомірність таких норм ґрунтується саме на їх узгодженні з природним правом та його принципами. Якщо ґрунтуватися на висновку, що право виражає надпозитивну справедливість, її основні (свобода) і опосередковані (права людини) принципи, а конституційно свобода та права людини визнані нормами прямої дії і мають найвищу юридичну силу, то у разі суперечності між (загальним) принципом і (спеціальним) законом їхня вага вимірюватиметься на основі пріоритету принципу верховенства права перед законом [13, с. 73].

Стосовно явних та неявних принципів права, слід зауважити такі особливості: зникають старі принципи, з'являються нові, зміст яких повсякчас уточнюється, доповнюється, трансформується таким чином, щоб відповідати реаліям сучасного суспільства та ідеалу правової держави.

Постійний розвиток принципів права робить вкрай важливим закріплення їх повного переліку в нормах права, адже однією з ознак норм права є їх мінливість, коли йдеться про внесення змін і доповнень. Принципи права можуть бути закріплені у будь-яких джерелах права, необов'язково у тексті Основного закону або у тексті нормативних актів [11, с. 22].

С. Рабінович підтверджує існування принципів права у правовідносинах як однієї з форм існування права. Діалектичне осмислення процесу становлення й формування основоположних принципів потребує розгляду не лише ідеальних форм їх існування (ідеї, вимоги), але й – в аспекті взаємозв'язку суцього і належного у праві – також і характеру їхніх зв'язків із предметом правового регулювання та з динамікою правовідносин. На відміну від ідей, правові відносини як соціально-емпірична форма існування принципів права, поки що не привернули достатньої уваги дослідників. Цей підхід дає змогу розглядати принципи не лише як засади регулювання, але й функціонування правовідносин (принципи дії), як об'єктивні соціально-правові закономірності, засобами відображення та моделювання яких, своєю чергою, виступають відповідні правові ідеї [15, с. 315].

С. Л. Лисенков у своїх дослідженнях також приходить до висновку про наявність явних та неявних принципів права. Він зауважує, що принципи права можуть бути: а) легалізовані, тобто закріплені в законі; б) виведені зі змісту і сенсу законодавства; в) сформульовані юридичною практикою, наприклад: "вислухаємо й іншу сторону", "ніхто не може передати іншому більше прав, ніж він сам має" та ін. Усі принципи права, незалежно від обсягу їхньої нормативності, здійснюють спеціально-юридичний, тобто регулятивний вплив на поведінку людей. При цьому принципи права можуть діяти двома шляхами: 1) опосередковано, через конкретні приписи, на зміст яких вони впливають; 2) безпосередньо, тобто виступати орієнтирами поведінки конкретних учасників правовідносин [10, с. 135].

Різні підходи щодо класифікації принципів права склалися і в російській правовій науці. Так, зокрема, Є. В. Скурко розглядає принципи права як "узагальнення із актів реалізації прав, що впливають із норм "писаного права", які вироблені з практичною метою професійними юристами даної правової системи, і які складають таким чином, звичай правозастосування, або за аналогією дослідників римського права, "право юристів" відповідної правової системи" [17, с. 5-6].

Таким чином, Є. В. Скурко є прихильником нормативного розуміння принципів права, а значить, підтримує існування принципів права, які випливають із норм, тобто явних принципів права. Натомість, заперечує існування неявних принципів права, що, на нашу думку, не дозволяє глибше з'ясувати сутність та зміст права та таких його принципів, які використовуються у юридичній практиці, але нелегітимізовані в законодавстві в нормах права.

Р. З. Лівшиц та В. І. Нікітінський класифікують принципи за критерієм закріплення на безпосередні (норми-принципи) та опосередковані (принципи прямо не зафіксовані, але які можуть бути виведені з норм) [9, с. 32].

Ті принципи права, які не закріплені в правових нормах в законодавстві виражаються в "неявному" вигляді. В. С. Білих і Д.В. Вінницький пропонують класифікувати принципи права на явно (прямо) виражені і зрозумілі в силу закону. При цьому останні "випливають із положень Основного закону шляхом тлумачення їх Конституційним судом" [3, с. 152].

Згідно поглядів Ф. А. Хайека загальне визнання отримала думка, що саме проявом ідеї природного права є визнання можливості безпосереднього застосування принципів права, які не обов'язково мають бути записані у статтях нормативних актів [18, с. 123].

Законодавча фіксація керівного положення (принципу) ще не означає його кінцевий і безумовний перехід із сфери правосвідомості в практичну площину. Необхідно забезпечити реалізацію принципів права в процесі нормотворчої і правозастосовної діяльності, а також у поведінці суб'єктів права.

Р. Давид та К. Жоффре-Спінозі виділяють загальні принципи права (як джерела права), що можуть бути знайдені як у законі, так і поза законом [5, с. 108].

Професор Д. Галліган вважає, що правопорядок у кожному суспільстві скеровується не буквою писаних законів, а певною кількістю ідей, які тільки втілюються у законі та правових нормах [2, с. 72].

А. Барак нараховує три види фундаментальних принципів: етичні цінності (справедливість, мораль, права людини), соціальні цілі, які скеровують одночасно й діяльність держави і вимоги громадської безпеки, чіткість та стабільність відносин між особами та права людини, належні правила поведінки (обґрунтованість, чесність та добросовісність) [1, с. 85-86].

Конституційний суд України та суди загальної юрисдикції застосовують не тільки явні принципи права (закріплені прямо самими законами), але й неявні принципи права, які не закріплені прямо текстуально у законах, є "неписаними принципами" та виражають загальні цінності правової системи. Саме на цьому акцентує увагу Ж. -Л. Бержел, який вважає, що загальні принципи права є положеннями (правилами) об'єктивного права, які можуть втілюватися, а можуть і не втілюватися у текстах, але обов'язково застосовуються у судовій практиці та мають достатньо загальний характер [4, с. 168-172].

А тому загальні принципи права містяться у текстах конституцій, або є неявними (прихованими, неписаними) та створюються органами конституційної юрисдикції у процесі здійснення судочинства.

Найбільш вдалу характеристику системи принципів права, на нашу думку, визначив А. М. Колодій, які виділяє такі принципи: 1) правосвідомості; 2) правоутворення; 3) правотворчості, а серед них - законотворчості і нормотворчості; 4) системи права: а) загально-правові (основні); б) міжгалузеві; в) галузеві; г) інститутів права; 5) структури права: а) загальносоціального і юридичного; б) публічного й приватного; в) регулятивного і охоронного; г) матеріального й процесуального; д) об'єктивного й суб'єктивного; 6) правореалізації, а серед них - правозастосування; 7) правоохорони, а серед них - правосуддя та юридичної відповідальності [8, с. 39].

Явні та неявні принципи права співвідносяться тісно із принципами структури права. А зокрема, більшість неявних принципів права з початку свого існування є загально-соціальними. Пізніше, в результаті правотворчості, вони трансформуються у принципи юридичного права, які більшою мірою є явними принципами права. Що стосується принципів публічного права, то вони, в першу чергу, є явними принципами права, оскільки визначають засади владних відносин особи і держави, і тому це зумовлює їх "видимість", прозорість. Натомість принципи приватного права внаслідок диспозитивних аспектів опосередковано визначають відносини між особами, які неможливо повністю відобразити у явних принципах права, залишають певні межі для існування неявних принципів права. Принципи процесуального права більшою мірою є явними принципами права, оскільки процедура та порядок вчинення процесуальних дій врегульовані достатньо за допомогою норм, що закріплюють ці принципи права. Так, зокрема ст. 129 Конституції України визначено загальні засади правосуддя, Розділ II Закону України "Про судоустрій України" від 7 лютого 2002 р. закріпив засади здійснення правосуддя в Україні. У Загальних положення процесуальних кодексів України прямо або опосередковано закріплено також явні принципи права. Принципи регулятивного права можуть бути як явними, так і неявними. Принципи охоронного права повинні бути більшою мірою явними, визначаючи чіткі критерії, начала захисту прав та охоронюваних законом інтересів громадян і організацій. Принципи матеріального права з однієї сторони є і явними принципами права, закріплюючи статичну розвинутих тієї чи іншої галузі права; з іншої сторони є і неявними принципами права, закріплюючи динаміку розвитку, перспективи розвитку тих основоположних засад, які в майбутньому стануть явними принципами права. Багато принципів правореалізації, які є явними принципами права, не застосовуються. Зокрема, принцип верховенства права не набув ще того значення, яке б повинен мати в умовах існування демократичної правової держави. Проте, неявні принципи права, які визнаються суспільством, використовуються в юридичній практиці, відповідають певним європейським соціальним цінностям реалізуються правом. Так, зокрема, дотримання певних моральних засад суспільства, які згадуються в Сімейному кодексі України, є звичайною нормальною практикою правозастосування в сімейних відносинах. Принципи правосуддя і принципи юридичної відповідальності також в основному є явними, оскільки перші визначають загальні засади здійснення судочинства, а другі підстави притягнення до юридичної відповідальності.

Отже, всі вищенаведені класифікації ще раз підтверджують правильність виділення принципів права за формою зовнішнього вираженні на явні та неявні та займають самостійне місце в системі принципів права.

1. Barak A. Foreword: A Judge on Judging: The Role of Supreme Court in a Democracy // *Harvard Law Review*. – 2002. – № 116.
2. Galligan D. *Discretionary Powers: A legal Study of official discretion*. –Oxford: Clarendon Press.
3. Бельх В. С. , Винницький Д. В. *Налоговое право России*. – М.: Норма, 2004.–320 с.
4. Бергель Ж. –Л. *Общая теория права*. – М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. – 576 с.
5. Давид Р., Жоффре-Спіннози К. *Основные правовые системы современности*: Пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 316 с.
6. *Загальна теорія держави і права: Підручник для студентів юрид. спеціальностей вищих навчальних закладів* /За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченко, О. В. Петришина. – Харків: Право, 2002. – 432с.
7. Коваль О. *Поняття та основний зміст принципів права України*// *Адвокат*. – 2005. – № 7. – С. 25-29.

8. Колодій А. М. Принципи права України: Монографія. – Київ: Юрінком Інтер, 1998. – 206с.
9. Лившиц Р. З., Никитинский В. И. Принципы советского трудового права // Советское государство и право. – 1974. – № 8. – С. 31-39.
10. Лисенков С. Л. Загальна теорія держави і права. Навчальний посібник. – К.: "Юрисконсульт", 2006. – 355 с.
11. Мішина Н. Принципи українського конституціоналізму (на матеріалах конституційного реформування місцевого самоврядування)// Юридична Україна. – 2009. – № 3. – С. 21-25.
12. Орловський О. Поняття принципу права // Науковий вісник Чернівецького університету. Збірник наукових праць. – Вип. 11. Правознавство. – Чернівці. – 1997. – С. 83-91.
13. Петрова Л. В. Джерела права (Критичний методологічний досвід)// Вісник Академії правових наук України. – 1997. – № 1 (8). – С. 65-76.
14. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: Навчальний посібник. – Вид. 10-те, доповнене. – Львів: Край, 2008. – 224с.
15. Рабінович С. Основоположні принципи права як об'єкт загальнотеоретичного дослідження. Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2009. – Вип. 48. – С. 312-317.
16. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 520 с.
17. Скурко Е. В. Принципи права. – М.: Ось-89, 2008. – 192 с.
18. Хайек Ф. А. Право, законодавство та свобода: Нове викладення широкіх принципів справедливості та політичної економії: В 3 т. / Пер. з англ. – К.: Сфера. Т.1.: Правила та порядок. – 1999. – 196 с.
19. Шевчук С. Судова правотворчість у контексті застосування принципів права // Вісник Академії правових наук. – 2007. – № 4(51). – С. 54-70.

Жукевич І. В. Співвідношення явних та неявних принципів права із системою принципів права

Визначено співвідношення явних та неявних принципів права із принципами системи та структури права. Проаналізовано різні підходи до визначення принципів права за формою зовнішнього вираження на явні та неявні.

Ключові слова: принципи права, явні принципи права, неявні принципи права, система принципів права, загальні принципи права, принципи структури права, принципи системи права.

Жукевич И. В. Соотношение явных и неявных принципов права с системой принципов права

Определено соотношение явных и неявных принципов права с принципами системы и структуры права. Проанализированы разные подходы к определению принципов права по форме внешнего выражения на явные и неявные.

Ключевые слова: принципы права, явные принципы права, неявные принципы права, система принципов права, общие принципы права, принципы структуры права, принципы системы права.

Zhukevych I.V. Coorelation of Obvious and Unobvious Principles of Law with the System of Law Principles

The author defines coorelation of obvious and unobvious principles of law with the system of law principles. He analyzes different approaches to the definition of law principles as obvious and unobvious according to external form of expression.

Keywords: law principles, obvious law principles, unobvious law principles, system of law principles, general law principles, structural law principles, principles of law system.

Філософсько-правові аспекти становлення демократії та громадянського суспільства в Україні

УДК 342.34

Становлення демократично-правової держави і громадянського суспільства в Україні супроводжується підвищеною криміналізацією всіх сфер життя, посиленням безробіття, поглибленням бідності, знеціненням моральності та зростаючою недовірою до влади. Водночас треба визнати, що Конституція України 1996 р. юридично закріпила демократичну норму суверенітету народу (ст. 5), рівність громадян перед законом (ст. 24). Крім того, ст. 3 Конституції України дає юридичне визнання пріоритетності прав і свобод громадян щодо держави. Правове визнання юридичного статусу народу як єдиного носія і джерела влади є гарантією розбудови громадянського суспільства.

Отже, правові норми Основного закону України дають підставу твердити, що юридичні засади становлення соціальної правової демократичної держави, ринкової економіки та громадянського суспільства є достатніми. Проблема полягає в тому, що декларовані Конституцією демократично-правові норми існують значною мірою лише *de iure*, а фактичний стан справ є гострим драматизмом, якому притаманні, по-перше, наявна корупція, підкуп і продажність службових осіб державних структур, по-друге, відчуження "слуг народу" від самого народу [1, 263].

Історичний вибір українським суспільством демократії, правової держави, ринкової економіки та громадянського суспільства потребує сучасного філософсько-правового осмислення суперечливих процесів, що відбуваються, та об'єктивного аналізу причин, які породжують деструктивні суспільно-політичні й економічні явища, їх взаємозв'язок з інтересами суб'єктів державотворення. Важливість дослідження цієї проблеми є актуальною для філософії права, оскільки реальна можливість виходу українського суспільства з глибокої та затяжної кризи залежить від теоретичного аналізу основних детермінант, що породжують і відтворюють кризові явища. Серед цього кола проблем ключовим і складним є новий концептуальний філософсько-правовий аналіз і визначення громадянського, політичного і владно-державного потенціалу, його спрямованості на утвердження верховенства права, соціальної справедливості та розвиненої духовності. Без вищеназваних чинників побудова демократичної держави і громадянського суспільства майже неможлива. Тому потреба у продовженні досліджень проблеми становлення правової демократичної держави і громадянського суспільства з урахуванням здобутків як вітчизняних науковців, так і зарубіжних досвіду, очевидна.

Проблема філософського пізнання нових, сучасних принципів державотворення та громадянського суспільства дістала своє відображення в творах зарубіжних філософів П. Асснера, І.Дугласа. Над нею працюють і вітчизняні вчені - О.Дергачов, О.Білий, Є.Бистрицький, А.Білоусов, І. Буракова, О.Забужко, М. Костицький, С.Макеєв, В.Полохало, Р. Шпорлюк.

Метою і завданням цієї статті є спроба концептуального обґрунтування та теоретико-методологічного осмислення трансформаційних змін у суспільній свідомості, визначення спрямованості основних тенденцій та виокремлення ключових світоглядних орієнтацій, установок, поглядів, ідей. Згідно з поставленою метою, є потреба розв'язати такі основні завдання: 1) здійснити теоретичний аналіз особливостей існуючої суспільної свідомості в контексті правових, економічних та політичних реформ; 2) дати

філософсько-правову оцінку світоглядно-ціннісних пріоритетів різних соціальних груп та визначити основні фактори, які їх зумовлюють.

Об'єктом і предметом дослідження є сучасне українське суспільство з його світоглядно-ціннісними орієнтаціями та ідеалами. Спробуємо вирізнити в суспільній свідомості найбільш значущі фіксовані погляди, світовідчуття та орієнтації, які впливають на загальний рух світорозуміння. Якщо громадянин України відчуває себе громадянською особистістю, то це значною мірою залежить від інших реформаційних явищ, які були закладені в перебудовчому, а згодом - розбудовчому періодах.

Демократизація в перебудовчий період була ідеєю перспективи, не надто віддаленої від ідеологічного спекулятивного дискурсу, який криє у собі певний скептицизм. Ця орієнтація відповідала духу дисидентських рухів, які поєднували ідею демократії з правами громадян та націй на свої суверенітети. В такий спосіб помітно змінювалися акценти в ідеології перебудови.

Деградація політики у сучасній Україні полягає в тому, що її публічність висловлюється не в термінах об'єктивної реальності, а в сенсі надії на майбутній стрибок в економічних, соціальних і політичних перетвореннях, які мають забезпечити високий рівень життя. Саме з огляду на означену закономірність політика в сучасному українському суспільстві постає утопічним сподіванням. До базових складників української публічної політики Є. Бистрицький відносить "містично-сакральне дійство" та "стійкий ірраціональний елемент". У політиці, "інтимні порухи душі вирішують долю держави і громадян" [2, 76].

Недостатня філософсько-правова обґрунтованість принципово нової ідеї, яку політика втілює у правових нормах реформування економіки, будучи неминучою ознакою вольової маніфестації влади, перетворюється в штучну перешкоду для свого дальшого поширення й розвитку. Очікувані й передбачувані результати деяких законів, спрямованих на формування ринкової економіки і громадянського суспільства, як правило, містять можливість зміцнення "тіньової економіки". Дослідники права стверджують, що в Україні створюється багато перехідних і досить диверсифікованих між собою юридичних норм, ефективність дії яких малопередбачувана за умов одночасного високого рівня тіньового сектору, який здебільшого діє за кримінальними принципами [3,9].

Нехтування саморозвитком громадянського суспільства та створенням реально діючого правового механізму суверенізації особи є передумовою становлення тіньової економіки, корумпованої влади, тіньової політики. Філософсько-правове бачення вирішення і проблеми ґрунтується на ідеї розширення суб'єктивної свободи та рівноправності кожного громадянина. Як вважає В.Селіванов, "соціальні "правила гри", зокрема законодавче поле, що встановлюється сучасною державою, покликані стримувати конкурентні, іноді деструктивні прагнення в межах збереження цілісності суспільства, організації взаємодії індивідуального і суспільного, приватного і публічного факторів" [4, 37]. За всієї незаперечності політичних аргументів щодо формування демократичної правової держави, громадянського суспільства і ринкової економіки, кожен з них вартий, на наш погляд, ретельного філософського правового осмислення. Маємо враховувати й те, що співіснування трьох згаданих елементів забезпечується досягненням загальноцивілізаційності через духовний саморозвиток особистісного начала, як у його індивідуально-громадянських, так і в суспільно-громадських виявах.

Тож на особливу увагу заслуговує політика взаємоузгодження прав особи, суспільства й держави. "Держава, - писав К.Поппер, - повинна існувати для людської особистості - на благо вільних її громадян і їхнього вільного суспільного життя, тобто заради вільного суспільства, а не навпаки" [5, 186]. У сучасних філософсько-правових

заходах розбудови демократії в Україні переважають державоцентристські конструкції із зрослим потенціалом нарощування бюрократичного начала в його загрозливих для особистої свободи формах. Цей феномен є традиційним збереженням тоталітарної системи державної влади СРСР. Періоди радянського компартійного тоталітаризму та перебудовчо-розбудовчого неототалітаризму виробили політичну культуру нехтування особистістю. Тому для забезпечення послідовності демократичного правового прогресу в Україні потрібно знаходити і встановлювати оптимальні співвідношення між різними структурними ланками - приватним правом в економіці, громадянським правом, політичним правом та ін.

У сучасному суспільстві значною мірою знецінено філософсько-правовий світогляд розбудови української державності, розвиненої економіки, а моральна криза викликає сумніви щодо доцільності перетворень. Разом з тим постає дилема: чи продовжувати розвивати реформи на основі попереднього напрямку - адже витрачено багато зусиль, і є вже певні зримі позитивні наслідки, чи "згорнути" їх, перегрупувати політичні сили та зосередитися на пошуку нових напрямів проведення структурних реформ у всіх сферах життя? Розв'язання виниклої проблеми деякі політики вбачають у реформуванні структури влади, зміні президентської форми правління на парламентсько-президентську.

Провідний експерт Українського центру економічних і політичних досліджень імені Розумкова Юрій Якименко, осмислюючи особливості філософсько-правового світовідчуття українського суспільства останніх десяти років, дійшов висновку у своїй статті "Громадська активність в Україні: чи приречені мати те, що маємо?" про законсервованій стан образи на владу, незалежно від посад і персоналій, та стан відчуження народу від політики [6, 1]. З цього випливає, що за наявної тенденції недовіри народу до влади нові політичні парадигми реформ, які мають принципове значення, сприятимуть утопічним сподіванням відшукати обнадійливу форму політичного устрою.

Після пережитої драми реформування економіки, спаду виробництва, посилення бідності й морального занепаду людей запропонована реформа політичного устрою стане останньою надією і може дістати "схвалення" громадської думки. На сьогодні стає зрозумілим лише одне: трансформація існуючої владної структури є справді суспільною потребою, але її легітимація може бути реальною лише за наявності розвинутих інституцій громадянського суспільства та правової демократії, за умов громадянсько-політичного лібералізму й загальноцивілізаційної духовності. Маємо також враховувати, що співіснування виборних і адміністративне призначених ієрархічних структур влади спричиняє спотворення двопалатного парламенту. Цим значною мірою зумовлена особлива складність пошуків шляхів політичної злагоди партій та громадських рухів у стратегії і тактиці реформування інститутів Президента й Верховної Ради України.

Осмислюючи особливості маргіналізації філософсько-правового світовідчуття в сучасному українському суспільстві, слід взяти до уваги той незаперечний факт, що воно позбавлене вкоріненості в національну культуру і духовність. Адже українській світоглядній традиції органічно чужий гіперактивізм, натомість тут переважає потреба жити в злагоді зі світом - з природою та іншими людьми [7, 569]. Загалом традиційну національну культуру з її духовністю характеризують цілісність, єдність, систематичність і, головне, субординаційність цінностей. Оскільки українська національна культура сплюндрована експансією іншоетнічних культур і держав, то ми лише тепер дістаємо можливість відродити гуманістичне й високоморальне соціокультурне середовище, яке має стати надійною основою демократизації суспільного життя та становлення громадянського суспільства.

Духовність нації є похідною від збереженої традиційної міри народу та її вдосконаленням на основі гуманізму й просвітництва. У гегелівській концепції філософії права політичну гему держави організує “моральний універсам”, тобто об’єктивний дух, який входить у свої права” [8, 54, 59]. Держава, згідно з філософсько-правовими поглядами Гегеля, повинна забезпечити єдність ідеї права, моральності, наявного буттєвого принципу. Це загальний принцип становлення правової держави і громадянського суспільства, що визначає динаміку його саморозвитку. У правових відносинах виражається певна конфігурація духовних відносин і моральності, що складаються між різними соціальними верствами суспільного організму.

У сучасній філософсько-правовій світоглядній позиції політичних лідерів, попри всі суттєві відмінності, властиві лівим, правим і центру, спільною лишається думка, що в об’єктивному розгортанні демократії і права не міститься ніяких гарантій для здійснення юридичної відповідальності державних мужів за ті політико-правові акти, які призвели до погіршення життя людей, зумовили розкрадання народного майна, у великих розмірах або привласнення його з використанням службового становища. М.Косів, народний депутат України, в цьому контексті пише, що негативні наслідки проведення реформ у незалежній Україні триватимуть доти, доки не будуть названі особи, відповідальні за стан справ в Україні: неможливо знайти відповідь на питання “Що робити?”, не знайшовши відповідь на питання “Хто винен?” [9, 1].

Згідно з сучасною філософією права, треба, по-перше, жити у сфері можливостей, які визначені чинним законодавством, по-друге, чітко окреслити юридичну відповідальність за політико-правові рішення посадових осіб, що є відповіддю на питання “Хто винен?”. Йдеться про стратегію формування, функціонування і розвитку такої системи права, яка б гармонійно забезпечувала взаємодію об’єктивно наявних у суспільстві як приватних, так і публічних потреб та інтересів особи, суспільства й держави, їх взаємну відповідальність [10, 17].

Зрозуміло, виникає питання, чи є соціально-економічні й соціально-культурні втрати показником прогресу правових реформ в Україні, чи сприяють вони розвитку свободи підприємницької діяльності та поліпшення добробуту людей, чи призводять до занепаду економіки, соціально-культурної сфери. Відомий соціальний філософ П.Сорокін цю проблему теоретично обґрунтував так: не можна вважати прогресом будь-який політико-правовий акт, якщо він прямо чи опосередковано викликає зменшення щастя і збільшення страждань [11, 510].

На основі вищезгаданої філософської парадигми не можна однозначно стверджувати, що запропоновані і впроваджені в практику політико-правові реформи спричинили прогресивний розвиток економіки, суспільства, політики, культури. Справді, довести на фактичному матеріалі тінізації економіки, корупції влади, безробіття, злиденності, постійного зростання соціальних захворювань та посилення конфронтації між різними політичними силами наявність прогресивних змін в українському суспільстві неможливо. Ця тенденція означає заперечення багатьох реформадійних цінностей і не сприяє Україні посісти гідне місце в Європейському співтоваристві. Міжнародна політика сучасних держав ґрунтується на інтеграційних філософсько-правових концепціях, котрі є підґрунтям політичних, торговельних, економічних, культурних механізмів інтеграції у світові та регіональні структури.

У цих концепціях демократичні права, гуманізм, громадянське суспільство універсально пов’язані з правами особи, найповнішим різновидом яких є право на свободу слова. У міжнародних правових інституціях, куди Україна прагне долучитися, права особи - не частка юридичної норми, а вся її сутність, що забезпечує функціонування громадянського суспільства. Отже, існують реальні шляхи і нова

надія на створення єдиного демократичного правового поля та інформаційного й економічного простору.

Політико-правовій думці українських політичних сил властиві різні концептуальні підходи до інтеграційних процесів. Частина правих сил і центр в парламенті проголошують необхідність провадження західної філософсько-правової концепції, реформування всіх сфер життя. Є й альтернативні погляди. Зокрема, ліві сили орієнтують на входження в євразійський простір разом із Росією. Праві сили дотримуються думки, що Україна може увійти в міжнародні інституції як національно-демократична держава, основою якої є мовно-культурний етнос. Сьогодні, вважають вони, українська національно-мовна й національно-культурна соціалізація повинна бути тісно пов'язана з формуванням національного патріотизму й національної громадянськості.

У цьому контексті заслуговує на увагу філософсько-правова думка одного з засновників теорії громадянського суспільства, Ш.Монтеск'є, про те, що "політична добродійність" влади значною мірою визначається "любов'ю до законів і вітчизни" [12, 107]. Збереження та розвиток основ національної української духовності сприятиме солідарності громадян різних етнічних спільнот. У сучасному українському суспільстві національну та громадянську ідентичність ще не сконструйовано. Традиції національного патріотизму інколи зумовлюють суперництво і навіть конфлікти, що не сприяє становленню громадянського патріотизму.

Громадянська культура в Україні може утвердитися як синтезована національна культура. Це означає, що громадянин може бути і націонал-патріотом, і патріотом-громадянином Української держави. Додержання цих двох орієнтацій сприятиме взаємопроникненню суспільних і міжособових зв'язків, прискорюватиме процес інтеграції етнічних груп в український мовно-культурний простір та допоможе зберегти свою національно-культурну ідентичність. Підтримка відповідної рівноваги в розвитку національних культур українського суспільства - одна з найбільш складних проблем влади. Зміщення правових основ громадянської солідарності для політичної участі збільшить потенціал реального впливу на публічну владу.

Національний патріотизм не тотожний громадянському. Але вони виступають духовною силою громадянської самобудови і конституються у вигляді покликання створювати гідне для всіх національних груп життя. Політико-правова система України, її носії, і творці, прагнучи забезпечення демократичного правового статусу в історичній перспективі, не можуть обійтися без створення рівноправних умов для саморозвитку національних особливостей. Філософсько-правова парадигма подальшого реформування політичної сфери полягає в тому, щоб дати змогу законодавцю створити юридичні норми, згідно з якими виконавча влада могла б постійно координувати зусилля різних громадських національно-патріотичних об'єднань для утвердження спільних інтересів держави й суспільства. Сучасна філософія права в Україні має методологічно забезпечити ідеологію розбудови такої держави, яка б збирала під свої знамена всі верстви і національні спільноти та прошарки, духовно інтегрувати їх, щоб українське суспільство не було розірваним протилежними намірами, бажаннями, прагненнями. В такому контексті філософія права є передусім теорією управління суспільством.

1. Якушик В. Корупція в посткомуністичних країнах // Політологія посткомунізму. - К., 1995.
2. Вистрицький Є. Домінування сакрального типу політичного дискурсу // Політологія посткомунізму. - К., 1995.
3. Геєць В. М., Буковинський С. А. Перспективи економіки світу, окремих регіонів і країн на порозі третього тисячоліття // Фінанси України. - 1997. - №3.

4. Селіванов В. Приватно-правові засади концепції державної політики захисту прав і свобод людини в Україні // *Право України*. – 1997. – № 11.
5. Демони миру і боги війни. – К., 1995.
6. Дзеркало тижня. – 26.10.2002 р.
7. Бичко І. В. , Табачковський В. Г. , Горань Г. І. та ін. *Філософія*. 2-е вид. – К., 1994.
8. Гегель Г. В. Ф. *Філософія права*. – М., 1990.
9. Косів М. Ми справді маємо те, що маємо // *Сільські вісті*. – 8 квітня 2003 р.
10. Селіванов В. *Методологічні проблеми запровадження конституційних принципів* // *Право України*. – 1997. – № 6.
11. Сорокін П. *Человек, цивилизация, общество*. – М., 1992.
12. Монтескье М. *О духе Законов 1748* // *Избранные произведения*. – М., 1955.

Луцький І. М. Філософсько-правові аспекти становлення демократії та громадянського суспільства в Україні

В статті автор розглядає проблеми утвердження демократії та становлення громадянського суспільства в Україні через призму філософської та правової методології. З точки зору філософії права окрему увагу приділено співвідношенню громадянського та національного патріотизму.

Ключові слова: демократія, демократизація, громадянське суспільство, реформа політичного устрою, громадянський патріотизм, національний патріотизм.

Луцкий И. М. Философско-правовые аспекты становления демократии и гражданского общества Украины

В статье автор рассматривает проблемы утверждения демократии и становления гражданского общества в Украине через призму философской и правовой методологии. С точки зрения философии права отдельное внимание уделено соотношению гражданского и национального патриотизма.

Ключевые слова: демократия, демократизация, гражданское общество, реформа политического строя, гражданский патриотизм, национальный патриотизм.

Luskyi I.M. The Philosophical and Legal Aspects of Formation of Democracy and Civil Society in Ukraine

The author of the article examines the problems of claiming of democracy and building of civil society in Ukraine through the prism of philosophical and juridical methodology. From point of philosophy of the law separate attention is spared correlation of civil and national patriotism.

Keywords: democracy, democratization, civil society, reform of political sistem, civil patriotism, national patriotism.

Критицизм як метод пізнання позитивного права

УДК 340.124

В історії філософсько-правової думки, як відомо, виокремлюють два основні підходи щодо розуміння права: природно-правовий і позитивний. Так з точки зору позитивістів, право – це продукт державної влади, це правові норми, що являють собою систему законодавства, яке підтримується “силою даної держави в даний історичний період”[1, с. 122]. Тому будь-який волеустановлений закон є правовим. Як бачимо, позитивістів не цікавлять ідеї та природа права. Їх цікавить вияв волі держави в даному історично обумовленому суспільстві. Тобто основним аргументом для них є те, що позитивне право є конкретним фактом, його можна “вивчити”, “проаналізувати”, а природне право – це лише ідеї, принципи. Такі теоретичні положення щодо розуміння права можуть призводити і призводять до прийняття волеустановлених правових норм (що є штучними утвореннями, справою людських рук), які нерідко порушують права і свободи громадян, відстоюють інтереси тільки окремих груп осіб, а не більшості членів суспільства, не завжди відповідають уявленням про належне, принципам рівності і справедливості, які лежать в основі природного праворозуміння. Це і визначає **актуальність** дослідження щодо необхідності критичної оцінки позитивного права, його філософського осмислення.

Метою дослідження виступає обґрунтування об’єктивності філософсько-критичного осмислення і пізнання позитивного права.

Ще з античної доби мислителі та філософи задумувались над правовим буттям, намагались дати відповідь на питання: яким має бути волеустановлене право, яке його призначення та роль в суспільстві. Тому для розв’язання проблем правової реальності був знайдений ідеал природного права. Інакше кажучи, філософське осмислення права встановленого державою, призвело до необхідності розмежування права на природне (*ius naturale*) і позитивне (*ius civile*). Починаючи ще із Цицерона, в державно-правових вченнях зароджується глибока думка, яка призводить до висновку, що є щось вище, ніж закон або позитивне право, яке розуміється як відповідна система законодавства, встановленого волею держави і підтримуваного силою тої чи іншої держави в даний історичний період. І таким ідеалом є природне право, яке зазнає у ході історичного поступу різних підходів та наукових інтерпретацій. Визначальним є те, що мислителі “виводять” розуміння природного права із природи (Цицерон)[2, с. 23], природи людини (Г.Гроцій)[2, с. 44]. Є й інші тлумачення природного права, але їх характеристика не є метою нашого дослідження. Тому в контексті нашої теми ми зупинимось на поглядах І.Канта, який в природному праві бачить сукупність апріорних моральних вимог, пропонує позитивному праву, що повинно служити критичним виміром оцінки позитивного права.

Дух кантівської етики або його імперативу можна виразити так: кожен повинен діяти таким чином, щоб зберегти свою свободу, але при умові поваги і захисту свободи інших. На основі цього імперативу І.Кант буде своє вчення про право, зміст і призначення якого він бачить в тому, щоб звести волю і свавілля індивідів у розумні і необхідні межі. І тому право з його погляду, “... це сукупність умов, за яких свавілля одного (особи) може бути поєднано із свавіллям іншого з погляду загального закону волі”[3, с. 93]. При допомозі категоричного імперативу І.Кант обґрунтовує сутність природного права. Тобто перед категоричністю природно-правових норм усі люди рівні, бо це вимоги морального всезагального закону.

До таких висновків І.Кант приходить, розробляючи свою критичну філософію. Уже в солідному віці "він кидається в п'ятьма та протиріччя, аби через них досягти світла розуму, ... ґрунтовно вивчає догматизм та скептицизм, усе більше переконуючись у тому, що до мети може призвести лише третій напрям думок: "Відкритим є один лише критичний шлях. ... В обох випадках кантівська "критика чистого розуму", як констатував Мишель Фуко в своїй відповіді на питання "Що є критика?", розробила ескіз того, що я назвав би настановою сучасності"[4, с. 148-149]. Тобто, після того як філософія все більше залутувалась в догматизмі, Кант починає розробку своєї критичної філософії, робить поворот філософії, ставить нові вимоги до неї, вважаючи за необхідне "підрізати коріння" розуму в своїх "Критиках.." Він пише: "Наша епоха є справжньою епохою критики, якої має зазнати все. *Релігія* завдяки своїй *святості та законодавцтву* завдяки своїй *величчю* хочуть цієї критики завчай уникнути. Але тоді вони викликають слухну підозру супроти себе і не можуть претендувати на невідому повагу, яку розум віддає тільки тому, що може витримати його вільний і відкритий іспит" [5, с. 334]. Він підкреслює, що час, в який він живе, є добою критики. Це був так званий коперніканський поворот Канта. Інакше кажучи, "Кантів критичний поворот філософії є водночас антропологічним поворотом, його критична філософія, по суті, є антропологічною філософією"[5, с. 337].

Видатний філософ і правознавець Євген Спекторський у промові, присвяченій столітнім роковинам смерті І.Канта, підкреслював, що критична філософія мислителя є сучасною, бо, виходячи із загальних принципів, прагне накреслити критерії для оцінки і перебудови наявної дійсності. "Такими критеріями... Кант вважав для свого часу ідею природного права, як раціонального принципу загальнолюдської індивідуальності, а відтак, – ідею моральної держави..."[6, с. 347].

Отже, критицизм як метод пізнання соціальної дійсності дає можливість проаналізувати і дати оцінку позитивного права, побачити його в світлі ідей і принципів природного права. Розрізнення природного і позитивного права не є аж ніяк умовним, а має практичне значення. Таке розмежування є реальним і досить чітким. Так, наприклад, природне право покликане обмежити свавілля державної влади, а позитивне – особистості. Крім цього, природне право покликане створити необхідні умови для цілісності суспільства, його гармонії. Тому Дж. Локк, Г. Гроцій, І. Кант вважали, що завдання держави – забезпечити реалізацію природного права, бо воно визначає правила поведінки (дій) як для чиновників, так і для інших членів суспільства, забезпечення їхньої свободи. Тому критична філософія має дуже велике значення для сучасного правознавства, соціальної філософії. Критична філософія І.Канта "намагається показати, що в нашому пізнанні належить емпірії, а що вноситься до нього нашим розумом. Таким чином, вона очищує пізнання від будь-яких догматичних і метафізичних домішок, очищує вона й суспільну філософію від... натуралістичного матеріалізму..."[6, с. 349].

Природно-правова традиція виходить, по-перше, з того, що суспільні відносини треба врегульовувати з метою забезпечення свободи людини, реалізації її природних прав, справедливості і рівності в суспільстві. Ці та інші моральні положення природного права складають його основу, не втрачали і не втрачатимуть своєї актуальності. В цьому і полягає ідея права. По-друге, найдосконаліші закони, правові норми не можуть передбачити множинність і різноманітність суспільних ситуацій, життєвих обставин щодо їх законодавчого врегулювання або розв'язання. Тому-то єдино вірний шлях у майбутнє – це шлях врегулювання суспільних відносин на основі принципів права, верховенства права, здорового глузду.

Ось чому в розв'язанні цієї проблеми важливе значення має критицизм як один із основних напрямів у філософії права. Власне філософія права це і є критичне

міркування про право. Точніше критицизм є методом пізнання сутності позитивного права, правотворчої діяльності з точки зору природного права. Бо останнє є "... сукупність апріорних моральних вимог, пропонованих позитивному праву, як критична інстанція, що дає моральну оцінку позитивного права з погляду його справедливості чи несправедливості (Платон, І.Кант)" [7, с. 35].

Необхідність правового критицизму (критичної оцінки) позитивного права є об'єктивною. Це перш за все, пояснюється тим, що волеустановлене право не може бути ідеально досконалим, істинним, так як воно твориться людьми. Про це ще зауважив Т.Аквінський. Однак правотворці, державна влада знаходять і будуть знаходити аргументи, які засвідчують, що це з їх точки зору, єдино вірний шлях щодо регулювання тих чи інших відносин, обґрунтовуватимуть доцільності таких правових норм. Тому це завжди вимагає необхідності оцінки позитивного права, його критичною осмислення, як позитивно не оцінювали б право його творці, називаючи його суспільною цінністю, ба навіть, святістю. І це тільки може унеможливити сліпе «сприйняття» права як цінності, створеної авторитетом законодавчої влади. Інші аргументи пов'язані з державою і тим незаперечним фактом, що позитивне право – це воля державної влади, яка направлена на врегулювання суспільних відносин. Але при цьому слід мати на увазі, що таке врегулювання в основному визначається інтересами держави, даною доцільністю, виражається в законах та інших загальнообов'язкових нормах і підтримується силою, примусом державних інституцій, може бути небезпечним для членів суспільства. Якраз в цій очевидній реальності і таїться можливість держави при допомозі позитивного права бути злом, а не благом (Арістотель) для людини, суспільства у вигляді встановлення різних недемократичних політичних режимів. Адже ж "позитивне право – це реальний, існуючий у законах, інших правових документах, фактично відчутний (і тому "позитивний") нормативний регулятор, на основі якого визначається юридично дозволена поведінка, а суди, інші державні установи виносять юридично обов'язкові імперативно-владні рішення" [8, с. 18].

Необхідність критичного підходу до розуміння позитивного права визначається і реаліями сучасності, що стосується, на наш погляд, і українського суспільства. А саме: "Сучасні фахівці соціальної теорії відзначають дедалі більшу "юрідизацію" ліберальних суспільств – безпрецедентний рівень проникнення в соціальне життя державного права, що все сильніше позначається на приватних справах індивідів", констатує Браян Таманага, професор Кембріджського університету [9, с. 56]. Разом з тим, він відмічає: "Менше закону – це більше свободи. З такої точки зору, законодавство, незалежно від його демократичного положення, завжди становить загрозу... у ліберальних суспільствах сьогодні менше свободи, незалежно від їх славновісних механізмів правового захисту" [9, с. 56].

Інакше кажучи, критицизм має дати відповідь: чи кожен закон є правовим і чи має він право на реальне та моральне існування як регулятор суспільних відносин, поведінки людей. Цей метод дозволяє проаналізувати і дати оцінку з точки зору природно-правової концепції волеустановленим нормативно-правовим актам щодо їх сутності, закріплення в них моральних цінностей, прав і свобод вільної особистості, а також утвердити в правовій реальності, в правосвідомості громадянського суспільства положення про те, що ідеали природного права мають бути фундаментом позитивного права, першоджерелом його змісту, а не будь-яка воля або веління держави.

Однак зроблені висновки автоматично не вирішують всіх проблем правового буття, зокрема, які є і в правотворчій діяльності нашої держави. На наш погляд, успішне і позитивне розв'язання проблем правової політики в Україні має в основному належати наковцям в галузі права, в яких сформована критична свідомість, юристам, юридичним навчальним закладам. А це вимагає і певних змін у підходах підготовки майбутніх

юристів. "Ідеї справедливості правової держави, верховенства права, підпорядкованості політики закону стали наріжним каменем творення права в постсоціалістичних та пострадянських державах. Закладені вони і в основу Конституції України 1996 року" [10, с. 27]. Щоб втілити в життя першу статтю Основного Закону – побудувати правову, демократичну, соціальну державу, з нашої точки зору, потрібно на державному рівні в особі міністерства освіти і науки запропонувати вищим юридичним навчальним закладам обов'язковий мінімум аудиторних годин з таких дисциплін як "Теорія держави і права", "Філософія права", "Історія вчень про державу і право" тощо. Адже ж тенденція йде до того, що ці та інші теоретичні дисципліни постійно скорочуються, або окремі з них взагалі не читаються для майбутніх юристів. То ж виникає питання, яким чином можна підготувати юриста-теоретика природного права і юриста-практика позитивного права, тобто справжнього правотворця. Тоді – як же можуть повнитись закони, в основі яких закладені ідеї природного права. "Право – це не каральний меч. Це насамперед добро, правда, справедливість, порядок. В основі цього порядку – висока моральна культура й духовність нації. Тому юрист мусить бути високодуховною, освіченою, інтелігентною людиною"[11, с. 13]. Як і коли сформувати критичне мислення у юриста, коли за погонєю за кількістю оцінок неможливо навчити цьому майбутнього спеціаліста у вищому закладі освіти. Лауреат нобелівської премії мислитель і педагог Пауло Фрейре у своїй праці "Формування критичної свідомості" акцентує увагу на порушеній нами проблемі, привертаючи увагу на необхідність педагога розглядати питання, які виносяться на обговорення занять із студентами, якомога більш проблематично, щоб навчити їх критичному мисленню, хоч це зазвичай вимагає часу. З цього приводу він пише, що нерідко висловлюються твердження, мовляв "не можна втрачати часу", "є навчальний план, який потрібно виконати", і знову, коли мова йде про те, що не можна гаяти часу, час, уважайте, згайний. Молодь відчужується від навчання думками з підручників, які майже завжди вербально наративні"[12, с. 134]. Далі розвиваючи цю думку, мислитель підкреслює, що "роль педагога – не в тому, щоб "наповнити" учня "знаннями", технічними чи будь-якими іншими. Вона полягає радше в тому, щоб просуватися до нового як для педагога, так і для учня способу мислення через діалогові стосунки між ними. . . Що простіше й покірніше учні сприймають зміст, яким їх "наповнюють" учителі в ім'я знання, то менше вони здатні мислити й то більше вони стають просто "пацугами". Найкращим студентом . . . є той, хто . . . критично осмислює ідеї (Платона, Маркса, Канта) (пояснення наше – Н.М) й наважується також мислити"[12, с. 134].

1. Бачинин В. А. Філософія права і преступлення.– Х.: Фолио, 1999.– 607 с.
2. Див. Шульженко Ф. П., Наум М. Ю. Історія вчень про державу і право: Курс лекцій/ За заг. ред. акад. АгрП України, д-ра юрид. наук, проф. В. В. Копейчикова.–К.: Юрінком Інтер, 1997.– 192 с.
3. Цитата за: Філософія права: Навч. посібн./ О. Т. Данільяна, Л. Д. Вапращна, С. І. Максимов та ін.; за заг. ред. О. Т. Данільяна.– К.: Юрінком Інтер, 2002.– 272 с.
4. Гаер, Манфред. Світ Канта: Біографія (з нім. пер. Л.Харченко.– К.: Юніверс, 2007.–336 с.
5. Цитата за: Класики політичної думки від Платона до Макса Вебера: пер. з нім.– Київ: Тандем, 2002.–584 с.
6. Євген Спекторський. Кант і соціальна філософія / К.: Дух і Літера, 2001.–517 с.
7. Кравець В. М. Природне право як ідея та ідеал позитивного права /Філософські та методологічні проблеми права. Випуск 1.– К.: Атіка, 2009.– 152 с.
8. Алексеев С. С. Філософія права: История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы.–М.:Норма, 1998.–336 с.

9. Таманага Брайн. Верховенство права: історія, політика, теорія/ Перекл. з англ. А.Ішенка.–К.: Вид. дім Києво-Могилянська академія, 2007.–208с.
10. Костишкий М. В. Філософський аналіз європейського права та його трьох світоглядних джерел /Філософські та методологічні проблеми права. Випуск 1.– К.: Атіка, 2009.– 152 с.
11. Андрейцев В. Безробіття загрожує некваліфікованим юристам// Дзеркало тижня.–2001.–20-26 жовтня.–С. 13
12. Фрейре Пауло. Формування критичної свідомості /З англ. пер. О. Дем'ячук. – К.: Юніверс, 2003.–176 с.

Наум М.Ю. Критицизм як метод пізнання позитивного права

У статті досліджується питання необхідності критики для розуміння сутності позитивного права, а також для формування у юриста високої громадянської зрілості.

Ключові слова: право, держава, критицизм, юрист, позитивне право.

Наум М.Ю. Критицизм как метод познания позитивного права

В статье исследуется вопрос необходимости критики для понимания сущности позитивного права, а также для формирования у юриста высокой гражданской зрелости

Ключевые слова: право, государство, критицизм, юрист, позитивное право

Naum M.Yu. Criticism As The Learning Method Of Positive Law

In the article the author investigates the problem of criticism necessity to understand the positive law nature and to form the lawyer's high civil maturity.

Keywords: law, state, criticism, lawyer, positive law.

Оцифрук І. І. , Шутак І. Д.

“Пастки” в юридичних документах та способи їх розпізнавання

УДК 347.781.55 + 303.642.022

Актуальність вивчення юридичної техніки обумовлена тим, що вона, як цілісний, соціально-правовий інститут, як практичний метод створення та розвитку діючого права, об'єктивно необхідна людському суспільству. Юридична техніка відноситься до числа “вічних” правових явищ, які ніколи не втрачають своєї актуальності. Будучи засобом створення й удосконалення права, юридична техніка супроводить його на всіх етапах розвитку, відображаючи національні та історичні особливості.

На відміну від правової політики, яка є провідником впливу “зовнішніх” чинників, що визначають стратегічні напрями формування правової системи, юридична техніка – внутрішній, власне юридичний інструментарій, що дозволяє удосконалювати правову систему і підтримувати її “в робочому стані”. Юридична техніка – це сукупність певних прийомів, правил, методів, що застосовуються як при розробці змісту та структури правових актів, так і при їх втіленні в життя. Елементами юридичної техніки є юридична термінологія, юридичні конструкції, способи побудови нормативно-правових актів [3].

Значний внесок у вивчення проблем юридичної техніки здійснили такі зарубіжні та вітчизняні вчені-теоретики як Ю. А. Тихомиров, М. Л. Давидова, Н. А. Власенко, Д. А. Керимов, А. С. Пиголкин, А. А. Ушаков, А. Ф. Черданцев, В. М. Баранов, С. С. Алексєєв, С. П. Хижняк, Е. С. Шугрина, І. О. Виля, Т. С. Подорожна, А. Ф. Ткачук та ін.

Юридично-технічний рівень нормативно-правового акту є одним з найбільш важливих показників його якості. Технічна досконалість правових норм – вирішальна умова стабільності та впорядкування суспільних відносин. Вирішенню цього завдання служать прийоми й засоби юридичної техніки. На жаль, незважаючи на величезну популярність технічно-юридичної проблематики, у сучасній вітчизняній теоретико-правовій літературі практично відсутні комплексні монографічні роботи з юридичної техніки й домінує законотворчий нахил у її вивченні.

Техніка юридичного письма незамінна в якості ідеальної і матеріальної основи професійної компетентності парламентаріїв, службовців державного апарату, юристів. Основним в цій групі є мова права, точніше, сукупність різноманітних мовних засобів, використовуваних у процесі правотворчої діяльності. Основу термінологічної системи права, що виступає своєрідним ядром, об'єднуючим всі структурні елементи та стилістичні зрізи юридичної мови, утворюють наукові терміни, що змінюються і розвиваються в міру розвитку юридичної науки [6, с. 9].

Знання законодавства дозволяє не тільки ефективно його застосовувати в законних інтересах зацікавлених громадян та організацій, а й використовувати неправомірним чином. При підготовці юридичних документів, недобросовісні юристи закладають в них безліч положень – так званих пасток. Л. Кураков в словнику-довіднику з економіки й права подає “пастку” як ситуацію, що нагадує замкнуте коло; положення, в якому спроба вийти з кризи одним шляхом веде іншим шляхом до тієї ж кризи [12].

Пастки потрапляють в тексти юридичних документів через некомпетентність та неуважність укладачів. Розпізнати їх не так просто, проте вони можуть мати вирішальне значення для результату правового спору. До найбільш типових юридичних пасток відносять: прийняття (підписання) документа органом (посадовою особою) за межами своєї компетенції; недотримання вимог, що пред'являються до змісту або форми документа; неналежне оформлення документа; логічні пастки: взаємовиключні або суперечливі положення; прогалини у правовому регулюванні; колізії, фактографічні помилки (наприклад, відсилення до актів, які не існують); широке або вузьке тлумачення там, де це неприпустимо; підміна поняття: неточна термінологія, незнання термінів; друкарські помилки, описки тощо [10, с. 75].

Особливу групу юридичних пасток складають юридичні колізії. Юридична колізія (від лат. *collision* – “стикаюся”) – це протиріччя один одному формально діючих правових актів, що регулюють ті ж самі суспільні відносини (що стосуються до тих самих питань). Юридична колізія створює в правозастосовній практиці проблему вибору нормативно-правового акту, необхідного для застосування в даному конкретному випадку, порушує питання про вибір одного нормативно-правового акту із числа, що претендують на регулювання даного питання. Серед видів можливих юридичних колізій, насамперед, розрізняють наступні: між Конституцією (Основним Законом) і всіма іншими актами; між актами одного органу; між законом і підзаконним актом; між підзаконними актами [7, с. 47].

Юридичні колізії можуть виникати у всіх сферах суспільного життя. До найбільш типових юридичних колізій відносяться:

- Неправомірність видання тих чи інших законів і підзаконних актів, неадекватність оцінки їх співвідношення між собою і з Конституцією України;
- Деформація статусу або позаправова освіта державного, громадського органу, організації, посадової особи;
- Довільне співвідношення прав, обов'язків і відповідальності учасників спору;

- Суб'єктивна оцінка достовірності юридичних документів;
- Неправомірні юридичні дії (бездіяльність);
- Неправомірні юридичні факти;
- Перешкоди до здійснення компетенції того чи іншого суб'єкта, втручання в компетенцію;
- Невиконання правових рішень;
- Протиріччя між нормами внутрішнього державного і міжнародного права [7, с. 471].

Існують різні способи розпізнавання юридичних колізій. Найбільш адекватною формою їх попередження слугує попереднє включення в текст юридичного документа (особливо це важливо для нормативно-правових актів і договорів) положень про порядок розгляду спорів, відповідальності за невиконання. Способами вирішення юридичних колізій є: судовий розгляд, претензійний порядок, погоджувальні процедури, третейський суд і т.д. [10, с. 75].

Одна з найбільш поширених юридичних пасток – це розташування найбільш принципових пунктів в кінці договору або в примітці до інструкції, неправильне використання бланкетної або відсылної норм. Наприклад: у текст юридичного документа часто включається така фраза: “Невиконання або неналежне виконання... тягне юридичну відповідальність згідно з чинним законодавством”. На жаль, не завжди автори таких фраз перевіряють, чи дійсно це питання регулюється чинним законодавством. І дуже часто виявляється, що такого складу правопорушення немає, тобто залучити до відповідальності неможливо [11, с. 75].

Друкарські похибки штучно створюють юридичну пастку. Щоб розпізнати їх наявність потрібно звірити текст договору з типовими зразками. В інших випадках необхідно опиратися на принцип доцільності [10, с. 76].

Правильно і грамотно написані юридичні документи завжди відрізняються чіткістю і точністю, вони прості за формою і зрозумілі по суті, й не тільки юристам. Велика частина письмової роботи юристів, депутатів, посадових осіб безпосередньо служить потребам суспільства, особливо при підготовці законодавчих актів, кодексів і статутів. Недбале складання договору або заповіту може призвести до зупинки підприємства або затримати успадкування майна на роки.

Юридичний документ – це матеріальний носій правової інформації. Як правило, юридичні документи – це тексти, що існують на паперовому носії. Практично кожній людині доводиться стикатися з тими чи іншими юридичними документами: в одних випадках – як творець тексту юридичного документа, в інших – при реалізації норми права, як адресата (виконавця правових приписів) [11, с. 12].

Юридичний документ – це сукупність форми і змісту, до яких пред'являються формальні і неформальні вимоги, що визначаються специфікою і видом юридичного документа. До формальних вимог відносяться: зміст юридичного документа, тобто прийняття (видання, підписання) документа в межах компетенції та уповноваженою особою; його несуперечність чинному законодавству України; форма юридичного документа, тобто найменування, реквізити тощо; структура юридичного документа. До неформальних вимог відносяться: зміст юридичного документа; форма; структура; логічність і послідовність викладу; етичність викладу матеріалу; юридична мова; правильне використання юридичної та іншої термінології [8, с. 137-138].

Щоб розпізнати пастки в тексті юридичного документа, слід дотримуватися базового принципу, який стверджує, що закон, по можливості, має більш вичерпно регулювати коло питань, віднесених до предмета регулювання, не залишаючи поза ним суттєвих фрагментів, що можна віднести до цього кола. Важливим елементом правотворчості є дотримання правила, яке наголошує на тому, що при підготовці нормативно-правового акту його слід формувати таким чином, щоб не виникло потреби вдаватися до винятків із загальних правил [8, с. 72].

Цінним в практичній площині є положення ст. 4.5 “Принципів міжнародних комерційних договорів” Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА), відповідно до якого умови договорів повинні тлумачитися таким чином, щоб усім їм було надано значення, а не позбавляти сили яких-небудь із них. Такий підхід може успішно використовуватися й для тлумачення законів: всі нечіткі положення та норми закону повинні тлумачитися так, щоби тлумачення однієї норми не скасовувало змісту іншої норми закону. Всі положення закону мають бути рівноцінними. Таким чином, ще на етапі підготовки проекту нормативно-правового акту необхідно: не допускати (вилучати) будь-які взаемовиключні положення, використовувати лише потрібну та точну термінологію; віднайти оптимальну структуру нормативно-правового акту, яка сприятиме придатності його до застосування; застосувати точну термінологію, яка надає закону чіткості й точності; використовувати просту й зрозумілу мову, яка забезпечуватиме ясність та доступність викладених норм [1, с. 46-47].

Недотримання формальних і неформальних вимог може спричинити різні наслідки. Найбільш важливим наслідком є визнання документа незаконним, недійсним. Існує два види незаконних актів – нікчемні та оспорювані. Абсолютно незаконні (нікчемні) акти визнаються такими в силу прямої вказівки закону. Оспорюваними вважаються акти, які в момент ухвалення були дійсними, але існують підстави, які дозволяють визнати акти незаконними. Оспорювання здійснюється в офіційному порядку й полягає в пошуку доказів, що дозволяють визнати акт незаконним [10, с. 72].

Неякісно сформульований юридичний документ породжує правові суперечки. В окремих випадках після призупинення дії юридичного документа повністю або частково, за результатами оскарження, можливе визнання акта незаконним або неконституційним. Іншими словами, документ втрачає юридичну силу. Серед інших наслідків оскарження є такі як: скасування акту нижчого органу вищим; анулювання правостановлюючих документів (дії ліцензії, дозволи тощо); опротестування юридичного документа прокурором; відмова в реєстрації нормативного акту, правостановчого документа, а також іншого юридичного документа; визнання правочину недійсним; необхідність використання погоджувальних, третейських процедур з приводу суперечок про рішення і дії юридичного характеру [10, с. 74].

Уникненню пасток при роботі з текстом юридичного документа сприяє перевірка наявності в чинному законодавстві будь-яких вимог до форми та змісту юридичного документа. Форма та зміст документа можуть залежати від узгодження волі сторін (сторони). Підготовка юридичного документа з ігноруванням передбаченої законом форми приводить, з одного боку, до фактичної наявності документа, а з іншого – до формальної його відсутності. Цю ситуацію може використовувати в своїх інтересах будь-яка зі сторін.

Основний спосіб розпізнання пасток в юридичному документі – це повністю й дуже уважно його прочитати, перевіривши, чи однаковий сенс вкладається в терміни та слова. Невизначеність і багатозначність юридичної та іншої термінології, а також подвійний сенс повсякденних слів і виразів найчастіше використовуються для введення в оману.

Юридичні пастки можуть бути зауважені під традиційною форс-мажорною фразеологією. Наприклад, навряд чи один із учасників договору зрадіє, коли дізнається, що друга сторона може бути звільнена від відповідальності, а дія самого договору може бути припинена внаслідок справжньої дрібнички, яка, проте, була завбачливо передбачена у форс-мажорному застереженні. Саме тому не буде зайвим більш прискіпливо роздивитися відповідні умови договору. Випадкові та навмисні пастки в юридичних документах використовуються недобросовісною стороною у протиправних інтересах. Наприклад: у договорі найму житлового приміщення (ст. 819 ЦК України) замість обов'язку наймодавця "здійснювати капітальний ремонт житла" зазначається дещо інший обов'язок – "проводити ремонт житла" (без зазначення термінів останнього) [9, с. 457].

Розпізнати та уникнути багатьох логічних пасток, що зустрічаються в юридичних текстах, допоможе знання законів логіки. Нерідко в претензійному листуванні трапляються софістичні звороти й вирази, які відводять від предмета спору та суті справи. Усі положення юридичного документа необхідно розглядати як рівноцінні, тому, на етапі підготовки юридичного документа слід виявляти й усувати будь-які взаємовиключні й суперечливі одне одному положення. Текст нормативно-правового акту слід сформулювати логічно, щоб розуміння однієї норми чи статті не було можливе лише на основі іншої норми чи статті, які йдуть далі за змістом нормативно-правового акту. Загалом це правило можна сформулювати так: виклад нормативного акту має бути побудовано від загального до часткового, від права до процедури, від правила до винятку, від постійного до тимчасового [2, с. 24-25].

Хоча більшість вчених вважає, що вищенаведені норми за своєю природою не є технічно-юридичними, можна погодитися з думкою Н. А. Власенко про своєрідність функціонального призначення таких правил, які дозволяють розглядати їх у контексті даної проблематики. Н. А. Власенко пропонує наступні додаткові правила як-от: визначеність і однорідність предмета правового регулювання; неприпустимість конкуренції колізійних правил, зокрема "*lex posteriori derogat lex priori*" (лат. "новий закон скасовує попередній") і "*lex specialis derogat generali*" (лат. "спеціальний закон скасовує загальний закон"); відсутність прогалінг; мінімізація відсилань [4, с. 179].

Чіткість і зрозумілість юридичного письма є передумовою розпізнавання юридичних пасток та ефективного застосування нормативно-правового акту. Повноцінне регулювання правовими нормами суспільних відносин можливе за умови розуміння їх положень суб'єктами правовідносин. Дотримуючись вимог техніки юридичного письма, творець правового документа забезпечить логіку викладу, точність формулювань, та зрозумілість. За допомогою чітко визначених юридичних термінів та звичайних мовних конструкцій виключається термінологічна багатозначність. Правові норми зрозумілі та доступні для користувачів, якщо вони сформульовані професійною юридичною мовою. Мова вважається єдиним будівельним матеріалом, з якого створюється правова матерія, причому словесна форма властива далеко не лише закону, а практично всім аспектам права.

1. Артеменко В. Проектування нормативно-правових актів: [навчальний посібник] / В. Артеменко. – К.: Фонд "Європа XXI", 2007. – 256 с.
2. Берджерон Роберт. Правила нормопроекування / Р. Берджерон. – 1998. – 41 с.
3. Большой юридический словарь. – М.: Инфра-М, 2009. – 864 с.
4. Власенко Н. А. Правила законодательной техники в нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации / Н. А. Власенко // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сб. статей: В 2 т.: под ред. д.ю.н., проф., акад. В. М. Баранова. – Нижний Новгород, 2001.

5. Власенко В. А. Язык права / В. А. Власенко. – Иркутск, 1997. – 176с.
6. Давыдова М. Л. Теоретические и методологические проблемы понятия и состава юридической техники: автореф. дис. на соискание ученой степени доктора юрид. наук: Волгоградский гос. ун-т / М. Л. Давыдова. – Волгоград, 2010. – 50 с.
7. Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. М., 1999. – 377с.
8. Ткачук А. Законодавча техніка: [практичний посібник]. Як готувати проекти законів / А. Ткачук. – К.: [ін-т. громад. суп-ва], 2004. – 184 с.
9. Цивільний кодекс України: Науковий практичний коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Годубевої. – 2-е вид., перероб. та доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 744 с.
10. Шугрина Е. С. Техника юридического письма: [учеб. –практ. пособие] / Е. С. Шугрина. – М., 2000. – 272 с.
11. Язык закона / Боголюбов С. А., Казьмин И. Ф., Локшина М. Д., Москвин С. С., и др.; под ред.: Пигоякин А. С. – М.: Юрид. лит., 1990. – 192 с.
12. Экономика и право: Большой толковый словарь-справочник. Авт. –сост. Л. П. Кураков, В. Л. Кураков. – М.: Вуз и школа, 2003. – 868с.

Онищук І. І., Шутак І. Д. “Пастки” в юридичних документах та способи їх розпізнавання

В науковій статті аналізуються найбільш типові юридичні пастки та способи їх розпізнавання при роботі з текстом юридичного документа. Висвітлюється техніка юридичного письма в якості ідеальної і матеріальної основи професійної компетентності парламентаріїв, службовців державного апарату, юристів. Акцент ставиться на дотриманні вимог техніки юридичного письма як передумові розпізнавання юридичних пасток та ефективного застосування нормативно-правового акту.

Ключові слова: юридична пастка, юридична техніка, техніка юридичного письма, юридичний документ, юридична мова, колізії.

Онищук И. И., Шутак И. Д. “Ловушки” в юридических документах и способы их распознавания

В научной статье анализируются наиболее типичные юридические ловушки и способы их распознавания при работе с текстом юридического документа. Освещает техника юридического письма в качестве идеальной и материальной основы профессиональной компетентности парламентариев, служащих государственного аппарата, юристов. Сделан акцент на соблюдении требований техники юридического письма как предпосылке распознавания юридических ловушек и эффективного приложения нормативно-правового акта.

Ключевые слова: юридическая ловушка, юридическая техника, техника юридического письма, юридический документ, юридический язык, коллизии.

Onyshchuk I. I., Shutak I. D. "Traps" In Legal Documents And Methods Of Their Recognition

The scientific article examines the most common legal traps and how to recognize them while working with text legal document. The technique of legal writing, as an ideal and the material basis of professional competence of members of parliament, officials of the state apparatus, and lawyers is outlined. Emphasis are placed on compliance with the requirements of legal writing techniques as a precondition of legal recognition of traps and the legal act effective use.

Keywords: legal trap, legal technique, legal writing, legal documents, legal language, collisions.

Політика колонізації шкільної та вищої освіти в Галичині у складі Польщі (1867-1918 рр.)

УДК 342.56(019)

За сучасних умов реформування освіти в Україні особливо актуальним є вивчення історичного досвіду організації освіти на українських землях, зокрема в Галичині.

Метою наукової статті є врахування даного історичного досвіду для вироблення правильних підходів в процесі здійснення реформи в шкільній та вищій освіті.

В Галичині, переважно населеній українцями, було надано повну політичну, економічну і культурну перевагу польським поміщикам і буржуазії. Один з тодішніх авторів відверто визнавав, що "Галичина лише формально залишалася австрійською провінцією з австрійською конституцією, австрійськими законами, австрійським правосуддям і адміністрацією. В дійсності ж все управління краєм, здійснення правосуддя і представництво краю перейшли до рук шляхтичів, які, обійшовши конституційні закони, запровадили в Галичині порядок терору, хабарництва і прямого насильства".[10] Маючи на своєму боці центральний уряд, тримаючи в своїх руках усю державну управу Галичини і крайове самоврядування, розпоряджаючись величезною земельною власністю, всілякими грошовими і культурними засобами, поляки всіма силами боролися з українським рухом. Цей справедливий висновок підтвердив академік АН України І. Крип'якевич. Він писав: "Коли в 1867 році польська аристократія ввійшла в порозуміння з династією Габсбургів, вона зобов'язалася підпорядкувати австрійську державну політику, а за те здобула для себе необмежену владу в Галичині – право безконтрольно розпоряджатися всіма силами країни. Польська шляхта поставила собі завдання створити в Галичині базу для майбутньої польської держави і до цих стремлень притягла все польське громадянство, звертаючи його проти українського народу. Хоч у Галичині формально були обов'язкові австрійські конституційні закони, проте їх принатурено так, щоб полякам заповнити надзвичайні привілеї, а можливості національного розвитку українців звести нанівець".[5]

Панівні польські кола, захопивши в свої руки всю крайову адміністрацію, суд, школи, університет та різні культурно-освітні установи, перетворили їх у знаряддя свого панування на західноукраїнських землях. 22 червня 1867 року австрійський уряд видав закон, який санкціонував політику колонізації школи в Галичині. У 1869 році польська мова була введена в суді і в управлінні. Незабаром (1879р.) був колонізований університет у Львові, а в 1884 році польська мова стала офіційною на залізничному транспорті.

Панування польських поміщиків у галицькому селі було настільки велике, що вони зберегли за собою право так званої презентації, тобто вибору парафіяльних священиків, які лише після цього призначалися єпископом.

Боротьба навколо мови велася не тільки в австрійському парламенті, але й в крайовому сеймі. Законодавство, щоправда, встановлювало, що в крайових сеймах можуть вживатися мови даного краю, але цього положення не дотримувалися. У Галичині офіційною мовою вважалася польська. І лише на початку ХХ ст. в Галицькому крайовому сеймі почала допускатися, з великими обмеженнями, українська мова. Слід підкреслити, що українські депутати неодноразово порушували перед сеймом питання про користування рідною мовою як в сеймі, так і в окремих крайових установах, але безрезультатно. Так, коли група депутатів-українців у 1888 році внесла пропозицію про обов'язок маршалка відкривати і закривати сесії польською і українською мовами

та відповідати на українські заяви на українській мові, польська сеймова більшість з обуренням виступила проти цієї законної вимоги. [6]

Внаслідок жорстокого соціального і національного гніту переважна більшість дітей Галичини зовсім не вчилася в школі. В Крайовій шкільній раді, яка під контролем Галицького сейму керувала початковими і середніми школами, урядували польські і австрійські чиновники.

Щоправда, в 1908 році у Східній Галичині були 2343 початкові українські школи, але до них призначали учителів-поляків, які не володіли українською мовою. А шкільні інспектори радили дітям в українських школах переходити на польську мову. Тому не випадково галицькі українці вимагали поділу Крайової шкільної ради на українську для українських і польську для польських шкіл, бо, як писав М. Грушевський, "яке велике діло, щоб народ мав школу добру на своїй рідній мові – без цього не може бути він просвіченим, заможним, щасливим..." [2]

Якщо в селі все ж і були початкові школи українські, то в містах їх майже не існувало. Наприклад, у Львові в 1910-1911 навчальному році з 39 початкових шкіл було 38 польських. У результаті такої політики серед українського населення Галичини ще на початку ХХ ст. було 79,8% неписьмених. [4]

У 1910 році в краю існувало 67 державних середніх шкіл. За законом від 22 червня 1867 року відкриття середньої школи в Галичині залежало від рішення Галицького сейму, який намагався всілякими засобами полонізувати західноукраїнські землі і не дбав про збільшення кількості українських шкіл. Галицьким сеймом було встановлено, що навчання в середніх школах на території Галичини повинно проводитись польською мовою, що ж до української мови, то вона допускалася тільки в окремих випадках і за дозволом сейму. В результаті такого положення тривалий час існувала лише одна так звана Академічна українська гімназія у Львові. І лише після довгої боротьби в сеймі пізніше були відкриті ще чотири українські гімназії: у Перемишлі /1887/, Коломиї /1898/ і Станіславі /1905/, а паралельні /окремі українські/ класи (з 1907 року) – в Бережанах і Стрию. Одна українська гімназія припадала на 655889 українців, в той час як одна польська – на 33506 поляків. [7]

І тут мав рацію колишній професор Львівського університету М. Грушевський, стверджуючи, що заснування нових українських середніх шкіл доводилось випрошувати і вимолювати у польських верховодів, а властиво виторговувати за які-небудь поступки з інших українських домагань. [3]

Ще гірше виглядала справа з вищою освітою. Навчання у Львівському університеті велось на польській мові і майже виключно польською і німецькою професурою. Навіть такий видатний представник української інтелігенції як Іван Франко не міг одержати посаду доцента. Українці вимагали створення на своїх землях українського університету, але вимога ця не була задоволена австрійським урядом. В університеті часто доходило до кривавих сутичок між польською шовіністичною молоддю і студентами-українцями. Під час однієї з таких сутичок у 1910 році був убитий студент-українець юридичного факультету Адам Коцко. [4]

Тривалий час у Галичині, як і в усій Австрії, до навчання у вищій школі не допускалися жінки. Лише в 1897 році вони були допущені до навчання на філософському (він об'єднував кафедри як природничих так і гуманітарних наук), а в 1900 році - на медичному факультеті Львівського університету. Юридичний факультет і Львівський політехнічний інститут, незважаючи на ряд заходів, аж до розпаду Австро-Угорщини залишалися недоступними для жінок.

Для українців Галичини освіта фактично була недоступною. Австро-угорські колонізатори і польські поміщики всіма силами перешкоджала культурному розвитку робітників і селян. Трудове населення було відсталим, неписьменним, що полегшувало

польському уряду проводити свій політичний і економічний гніт щодо населення Галичини. Коли на одному з засідань Галицького сейму обговорювалось питання про можливість відкриття кількох нових початкових шкіл, поміщицький депутат Оскард відверто заявив: "Що стосується народних шкіл, то не добре те, що панове, хочете їх поширювати. . . бо як всі почнуть гордуватися до школи, то не буде кому працювати". [9] Трохи пізніше селянський депутат Гурик, характеризуючи стан освіти на селі, навів у сеймі слова одного повітового старости, що "всяка освіта для селянина є шкідлива, бо селянинові – плуг і лопата". [9] А в 1906 році Крайова шкільна рада офіційно дала вказівку не приймати сільських дітей до міських шкіл.

Яскравим прикладом повного ігнорування інтересів українського народу можуть бути і рішення влади про розподіл коштів крайового бюджету. За бюджетом 1912 року з фонду допомоги приватним школам українські навчальні заклади одержали лише 350 крон. У тому ж році Галицький крайовий сейм виділив 10 тисяч крон на польські і українські спортивні товариства. Але з цієї суми українські товариства одержали всього 575 крон. [1]

1. Галичина, Вуковина, Угорська Русь. – М., 1915, с. 85.
2. Грушевський М. С. Про українську мову і українську школу. К., 1991.
3. Грушевський М. С. Ілюстрована історія України. К., 1990.
4. Історія Львова в документах і матеріалах. Збірник документів і матеріалів. К., 1986.
5. Крип'якевич І. П. Історія України. Львів, 1990, с. 286.
6. Куляницький В. С. Державний лад і право в Галичині (в другій половині XIX ст.). Львів, 1966. 40-44.
7. Куляницький В. С. Галицький сейм в системі колоніального апарата Австро-Венгрії. Автореферат кандидатської дисертації. М., 1953.
8. Куляницький В. С. Крайова шкільна рада – знаряддя національного гноблення трудящих Галичини /1867-1918 рр./ - Проблема правознавства. Випуск 15. К., 1970.
9. Куляницький В. С. Галицький крайовий сейм – знаряддя соціального і національного пригнічення трудящих /1861-1918рр./.-Вісник Львівського університету. Серія юридична, 1958.
10. Цит. За працею Куляницький В. С. Державний лад і право в Галичині. С. 20

Присташ Л. Т. Політика колонізації шкільної та вищої освіти в Галичині у складі Польщі (1867-1918 рр.)

Дана наукова стаття спрямована на науковий аналіз історичного досвіду з питань організації освіти в Галичині у складі Польщі в період з 1867 по 1918 рік з метою використання даного матеріалу для вдосконалення національної освіти.

Ключові слова: Галичина, Польща, колонізація, шкільна і вища освіта.

Присташ Л. Т. Политика колонизации школьного и высшего образования в Галичине в составе Польши (1867-1918 гг.)

Данная научная статья направлена на научный анализ исторического опыта по вопросам организации образования в Галичине в составе Польши в период с 1867 по 1918 год с целью использования данного материала для совершенствования национальной образования.

Ключевые слова: Галичина, Польша, колонизация, школьная и высшее образование.

This article is focused on scientific analysis of the historical experience of organizing education in Galicia as part of Poland in the period from 1867 to 1918 in order to use this material for the improvement of national education.

Keywords: Galicia, Poland, polonization, school and highest education.

Саветчук Н. М.

Оригінальні ідеї державотворення у державно-правовій думці М. Драгоманова та І. Франка

УДК 340.12

В статті досліджуються питання бачення суспільного ідеалу видатними українськими мислителями М. Драгомановим та І. Франком, їх спільні погляди на необхідність реального забезпечення прав і свобод людини і з цією метою удосконалення держави на засадах утвердження правового статусу особи, розвитку місцевого самоврядування. Ці питання є актуальними для сучасного українського державотворення. Метою дослідження є аналіз державно-правових поглядів видатних мислителів щодо прав і свобод людини, принципів організації місцевого самоврядування.

Філософія національної ідеї припадає на добу XIX століття. Тому на порядку денному цього часу ставало питання щодо варіантів політичного життя націй, перспективи розвитку різних народів. Ця ідея почала зароджуватись і на українських землях, які в той час були розділені між Австро-Угорською і Російською імперіями. Щоб не відступити від історичної правди, треба визнати, що вироблення філософії української національної ідеї та основних її пріоритетів належить вітчизняним інтелектуалам, які були об'єднані в Кирило-Мефодіївському товаристві, в програмних документах якого Україна вперше постає як самостійна філософсько-державна проблема. Було поставлено питання щодо ліквідації самодержавства, кріпацтва, прагнення нового суспільного ладу на засадах свободи, справедливості і рівності, утвердження права українського народу на гідне місце в світовій історії.

Український національний рух, започаткований кирило-мефодіївцями в другій половині XIX століття, почав набувати подальшої ходи, яку уже неможливо було зупинити навіть силою двох імперських держав. І його розвиток, за висловом М. Грушевського, прямою лінією безупинно вів до Центральної Ради. Мається на увазі те, що народницька інтелігенція почала широко розгорнути просвітницьку роботу в масах. В багатьох містах України, в тому числі в стінах Київського університету, створюються самодіяльні напівлегальні або легальні організації ліберально-демократичної інтелігенції, засновується журнал "Основа". Однак безпосереднє теоретичне вироблення національної ідеї, а також обґрунтування зв'язаних з нею державно-правових концепцій належить видатним українським мислителям М. Драгоманову та І. Франку.

Український філософ, публіцист, громадський діяч – М. Драгоманов в 70-х роках XIX століття бере активну участь в Київській громаді, а згодом стає лідером її "лівого" крила. Антиукраїнський Валуєвський указ про заборону української мови царизмом суттєво вплинули на М. Драгоманова. З цього приводу вчений писав, що він "...за природною реакцією зайнявся старанніше вивченням українських питань,

спочатку педагогічних, потім і національних взагалі. Зрештою, з того часу з'явилися й інші нитки, що прив'язали мене до українського руху" [1, с. 48]. Таким чином, у цей нелегкий період для майбутньої долі українського народу з'являється потреба не тільки в розвитку української національної ідеї, а й розв'язанні в майбутньому проблемних питань державотворення на українських землях. В цьому зв'язку основна ідея переконань М. Драгоманова полягала в тому, що основною одиницею суспільства є особа, її добробут, невід'ємні права та життєві людські інтереси якої він кладе в основу своєї теоретичної побудови держави. Політичний розвиток людини повинен залежати від стану підлеглості її зовнішньому примусові до все більшого поширення стану свободи в суспільстві та державі. Однак аналіз розвитку людства засвідчує, що з появою держави люди втрачають первинну свободу і постійно прагнуть її повернути, навіть на певний час повертають, встановлюючи демократичні режими. Однак в кінцевому рахунку вони втрачають її. На цій підставі М. Драгоманов робить дуже цікавий теоретичний висновок щодо сутності держави, її співвідношення з суспільством. З цієї точки зору зміна форми державного правління ще сама по собі не веде до зміни сутності держави. Адже ж за своєю суттю державна влада є інститутом, який заперечує свободу індивіда, обмежує її і за логікою свого існування постійно прагне до обмеження прав і свобод особистості. У розв'язанні вказаних проблем необхідно виходити з осмислення вченим призначення держави, її ролі в суспільстві. У цьому зв'язку, він зазначає, що держави є "... органами, котрі виробляються в народному житті (по волі, по неволі, як трапиться) і змінюються з ним, і що без цих форм і органів, тобто і без політики, не може жити ніякий народ, ніяка людська громада... У XIX ст. ніякий громадський рух, в тому числі і національний, не обходиться без політики, без того, щоб примусити державні уряди перемінити чи встановити які державні закони" [2, с. 390-391].

Проте М. Драгоманов не вважав, що потрібно знищити державу. Навпаки – держава є необхідною формою політичної організації, тим паче, що нові держави якраз і виникають завдяки боротьбі поневоленних народів за своє національне та політичне звільнення. Але ця мета може бути досягнута при умові, якщо держава гарантуватиме громадянам участь у суспільних справах, свободу осіб і груп, де має бути розподіл справ на місцеві і державні. Аналізуючи різні типи і форми державного устрою, він приходить до висновку, що нові держави, щоб бути міцними, повинні стати насамперед добровільними об'єднаннями громадян, що свідомі своїх обов'язків і прав та зацікавлені в розвитку своєї держави. "... От дійти до того, щоби спілки людські, великі й малі, складались з таких вільних людей, котрі по волі походились до спільної праці й помочі в вільні товариства, – це й єсть та ціль, до котрої добиваються люди, і котра зовсім не подібна до теперішніх держав, своїх чи чужих, виборних чи не виборних. Ціль та зветься безначальство: своя воля кожному й вільне громадянство, й товариство людей і товариств" [3, с. 295-296].

Видатною постаттю, велетом думки в царині суспільного і державного буття цього часу був І. Франко. Він позитивно сприймав і підтримував ідеї М. Драгоманова щодо невід'ємних прав і свобод людини, побудови держави на громадських засадах. Мислитель у своїх державно-правових поглядах, в підходах до розуміння і оцінки держави, державної влади, волеустановленого права та їх призначення виходив із теорії прав і свобод людини, яка визнає, що людина сама собою є певним буттям, вільною істотою і має належні й невід'ємні від її сутності права. Ці права не є даром держави або установленними волею влади, законодавством, вони мають іншу природу. "Людина, як одна, так і інша, рівною мірою виходить з рук природи. Лише суспільні взаємини, в які вона потрапляє, робить з однієї людини селянина, з іншої – пана, з однієї – робітника, з іншої – паразита..." [4, с. 25]. Сутність філософської концепції права І. Франка полягала, таким чином, у відстоюванні думки, що природні права людини – право на життя,

свободу, гідність, рівність і справедливість – є вищим від встановленого державою законодавства.

І.Франко вірить в прогрес людського розвою, наслідком якого стане побудова іншого суспільного ладу, відмінного від тогочасного. Проаналізувавши різні політико-правові погляди щодо удосконалення держави, які панували в ті часи, він дійшов до розуміння того, що найбільшу загрозу для щастя і свободи людини, пригнічення її духовного стану несе веселля авторитарної держави і бюрократичної влади. Тому основою суспільного ідеалу мають стати добровільні громадські об'єднання вільних людей, де кожна особа і кожна громада є свободними одиницями, які в організації своєї життєдіяльності дотримуються засад рівності і добровільності, соціальної справедливості, вільно господарюють і самостійно розпоряджаються результатами своєї праці. Він уточнює, що "...так само в'яжуться в більших справах цілі повіти з повітами, краї з краями – і так повстане, низу вгору велика держава, яка держиться купи не силою примусу, війська, платних урядників, але силою спільних інтересів громад, повітів, країв, а силою так званого федералістичного устрою"[5, с. 467].

Отже, І.Франко підкреслює, що ці суспільні відносини регулюються без примусу, без нав'язування волі одних іншим, без наказів зверху як господарювати чи впорядковувати своє співжиття. Отож, такий суспільний ідеал будується "знизу вгору" і здійснює свою життєдіяльність на засадах рівності і розуму. Тут діє принцип, що кожна громада дбає про всіх своїх членів, створюючи умови для досягнення ними добробуту і щастя. Головним завданням громади є забезпечення автономії особистості та її розвитку.

Таким чином, І.Франко приходить до висновку про необхідність заміни в майбутньому державного управління громадським самоуправлінням. Він наголошував, що громада є найменшою складовою одиницею держави, але єдиною основою. Бо якщо громада не має міцної організаційної побудови, є нестійкою, то й побудований на ній державний порядок буде слабким і нетривким.

Як бачимо, що проблема місцевого самоврядування займала найважливіше місце у державно-правових концепціях М.Драгоманова та

І. Франка. Вони розуміли, що місцеве самоврядування саме по собі ще не вирішує всіх запитів та інтересів громадян, суспільства. Однак у той же час особлива важливість цього суспільно-державного інституту в тому, що він дає можливість як ніякий інший інститут поєднати інтереси громадян та інтереси суспільства, держави і нації.

Державно-правові погляди І.Франка та М.Драгоманова набагато випереджали свій час. Ідеї, які вони проголошували в другій половині XIX – на поч. XX століття є актуальними для сучасного українського державотворення, особливо стосовно прав і свобод людини, принципів організації місцевого самоврядування, децентралізації державної влади. Завдання полягає в тому, щоб звести до мінімуму вплив державної влади на обмеження свободи особистості і зменшити її негативні наслідки для суспільного життя. Вони наголошували на необхідності створення умов для розвитку кожною людиною своєї індивідуальності, своїх можливостей, розуміння нею самоцінності свободи. На їх думку, лише децентралізація держави, введення широкою системою самоврядування можуть розв'язати проблеми співвідношення людини і держави.

1. Драгоманов М. П. Вибране ("Мій задум зложити очерк історії цивілізації на Україні") / упоряд. Р. С Міщук / М. П. Драгоманов – К.: Либідь, 1991.– 688 с.

2. Драгоманов М. Сонячний промінь /М.Драгоманов // Літературно-публіцистичні праці у 2 т. – К.,1970.–Т.2. – 1970. – С. 386-392

3. Драгоманов М. "Передне слово" (до "Тромади" 1878 р.) /М.Драгоманов// Драгоманов М. П. Вибране.– К.: Либідь,1991.– С. 276-326.
4. Франко І. Чого ми хочемо /Іван Франко // Франко І. Збір. тв.: у 50 т. – К., 1986.– Т. 44, кн. 1.–1986. – С. 25-27.
5. Франко І. Вибрані твори: у 3 т. / ред. колегія: Скотний В. та інші; упор. Баган О. – Дрогобич: Коло, 2004.– Т.3: Літературознавство, публіцистика. – 2004.– 690 с.

Савечук Н. М. Оригінальні ідеї державотворення у державно-правовій думці М. Драгоманова та І. Франка.

В статті досліджуються питання бачення суспільного ідеалу видатними українськими мислителями, їх спільні погляди на необхідність реального забезпечення прав і свобод людини з метою удосконалення держави на засадах утвердження правового статусу особи та розвитку місцевого самоврядування.

Ключові слова: право, держава, громада, правовий статус особи, самоврядування.

Savetchuk N. M. Оригинальные идеи создания государства в государственно-правовой мысли М. Драгоманова и И. Франка.

В статье исследуются вопросы видения общественного идеала выдающимися украинскими мыслителями, их общие взгляды на необходимость реального обеспечения прав и свобод человека с целью усовершенствования государства на принципах утверждения правового статуса лица и развития местного самоуправления.

Ключевые слова: право, государство, общество, правовой статус лица, самоуправление.

Savetchuk N.M. The Original Ideas Of State Formation In M. Dragomanov'S And I. Franko'S State-Legal Views

In the article the author investigates the problems of social ideal vision by outstanding Ukrainian thinkers, their mutual views on the necessity of real human rights and freedoms security to the effect of state improvement on the basis of human legal status strengthening and local self-government development.

Keywords: law, state, community, human legal status, self-government.

Шевчук Л. С.

Характерні особливості законотворчого процесу Української Центральної Ради

УДК 94(477) "1917/1918": 34

Актуальність теми дослідження. Ефективність роботи парламенту країни зумовлює політичний, соціально-економічний та культурний розвиток держави в цілому. Саме тому важливим завданням сучасних істориків і юристів є пошук оптимальних моделей реформування системи парламентаризму на сучасному етапі розвитку державотворення в Україні. У цьому розумінні одним з найважливіших прикладів історії вітчизняного парламентаризму є досвід Української Центральної Ради (далі УЦР), як інституції, що реалізовувала законотворчий процес на демократичних засадах у складних військових умовах на початку ХХ століття.

Стан наукової розробки проблеми. Дана проблематика привертає увагу сучасних істориків і юристів. У дослідженнях таких авторів, як В. М. Єрмолаєв, Н. В. Єфремова, В. Ф. Верстюк, А. Ю. Іванова, М. Л. Копиленко, О. М. Мироненко, Т. О. Подковенко, В. Ф. Солдатенко, Д. Б. Яневський та багато інших висвітлюються та аналізуються окремі питання визначеної проблематики. Слід констатувати достатню

розробленість питання, проте, необхідно з нових позицій проаналізувати особливості законотворчого процесу Української Центральної Ради.

Мета і завдання статті. Метою та завданням даної статті є аналіз процесу розвитку та характерних особливостей законотворчого процесу Української Центральної Ради, як оригінального прикладу розвитку національного парламентаризму в умовах боротьби за державність на початку ХХ ст.

Основний матеріал. Формування організаційних структур УЦР і порядок їх роботи розпочалося практично з перших днів її існування. Газета "Вісті з Української Центральної Ради", повідомляючи про її створення та безупинне поповнення, сповіщала про утворення і склад Президії та її 9 комісій [1, с. 44-45]. Напружено готуючи Всеукраїнський національний конгрес, його порядок денний, УЦР виробляла принципові питання процедури засідань і розгляду справ. Спочатку передбачалося: "Центральна Рада бере на себе працю координуючу, а комісії працюють в межах своєї спеціальності" [1, с. 39]. Реорганізація Ради на Національному конгресі перетворила її на вищий український представницький орган. На перших же зборах УЦР стала очевидною необхідність створення Комітету Центральної Ради. Надалі організаційно-правовими формами її роботи стали загальні збори ("сесія", "повна Рада", "пленум") і засідання між ними Комітету або Малої ради. Другі загальні збори УЦР розпочалися за пропозицією М.Грушевського, "відчитанням протоколу перших загальних зборів УЦР" та "оглядом" роботи її Комітету [1, с. 69]. Цей порядок закріпився на наступних сесіях Української Центральної Ради [2, арк. 83].

Важливим нормативно-правовим актом, що регулював діяльність законодавчого органу, був прийнятий 1 серпня 1917 р. "Розклад роботи Малої Ради і її комісій" [1, с. 208], яким досить детально розписаний процес проходження законопроекту з моменту внесення його на розгляд до Малої Ради та до моменту прийняття, закріплено основні правила обговорення, голосування проекту на засіданні самої Ради та її комісій. Наслідком прийняття вищезазначених актів стала певна визначеність законодавчого процесу. Незважаючи на те, що законодавча діяльність була розпочата з чіткого визначення правових засад процесу законотворчості, пріоритети та напрямки державної політики визначалися тими складними політичними та економічними умовами, в яких перебувала на той час Україна. За браком кваліфікованих юристів, досить часто сила законів надавалась постановам, розпорядженням і навіть пояснювальним запискам окремих міністрів [3, С. 9]. Така тенденція спостерігається і при реалізації нормативно-правових актів у сучасній Україні.

Також важливим кроком, який визначав правові форми роботи УЦР, стало прийняття 23 квітня регламенту – "Наказу УЦР". За ним робота Ради мала проводитись через її загальні збори та Комітет УЦР. Збори могли бути черговими та екстремними. Перші повинні скликатись не рідше одного разу на місяць. На них всім членам Ради розсилаються "іменні запрошення" з порядком денним за десять днів до їх початку, а оповіщення друкувались ще й в газетах. На екстремні збори, за потребою, скликає Комітет, які вважаються дійсними за будь-якої кількості присутніх. Комісії для розгляду окремих справ і підготовки рішень УЦР та її Комітету створюються ним як на постійній, так і на тимчасовій основі. Обрані голови комісій (не члени Ради) стають її членами та Комітету. Такого права не мають запрошені члени комісії, які працюють на тимчасовій основі [4, с. 71-72].

Обсяг компетенції державної влади в УНР було визначено Законом "Про виключне право Центральної Ради видавати законодавчі акти УНР", у якому йшлося про те, що "до сформування Федеративної Російської Республіки і утворення її конституції виключне і неподільне право видавати закони для УНР належить Центральній Раді". Разом з тим, цей Закон не припиняв дії "всіх законів і постанов, які були видані до 27

жовтня 1917 року, оскільки вони не були скасовані чи змінені Універсалами, законами й постановами Центральної Ради, і надалі мають силу як закони і постанови УНР” [5]. Звичайно, така позиція Центральної Ради залишала майже без змін законодавство Російської імперії й Тимчасового уряду. Перебуваючи у такому складному становищі, Центральна Рада фактично видавала закони, виходячи з необхідності реагування на конкретні обставини. З одного боку, це зрозуміло, – нестача високопрофесійних кадрів, війна та розруха, внутрішні протиріччя, непослідовність дій, з іншого – не були визначені конкретні пріоритети державотворчого процесу.

Цього ж дня Центральна Рада ухвалила Закон “Про утримання Центральної Ради за державний рахунок”. Згідно з ним, всі члени Центральної Ради під час сесії мали одержувати 15 карбованців за день їхньої участі у роботі. Членам Малої Ради виплачували таку ж суму щоденно за перебування в її складі [, арк. 7].

Законодавча процедура в УЦР включала кілька стадій та етапів. Законодавча ініціатива або ж готовий законопроект надходив до відповідної комісії, яка, або сама готувала законопроект (Статут автономії України, проект Конституції, Закон про вибори до Установчих зборів УНР та ін.), або ж розглядала представлені, головним чином Генеральним секретаріатом (після IV Універсалу – Радою Народних Міністрів) та окремими секретарствами. Найважливіші і розлогі законопроекти розглядалися постатейно, в трьох читаннях чи в поіменному режимі. Саме за останньою процедурою приймалися Малою Радою III і IV Універсали [6. – Т1, с. 397; Т.ІІ, с. 102].

Про необхідність врегулювання певних суспільних відносин шляхом прийняття закону могла вирішувати також Центральна Рада, про що на її засіданні приймалась резолюція. Вона могла бути, наприклад, такого змісту: “Доручити Генеральному секретаріату розробити ряд законопроектів у справі планомірного задоволення потреб трудящих мас людності в справі робітничій, земельній, харчовій та освітній” [7, с. 3].

Після цього на засіданні Генерального секретаріату вирішувалося про те, якому конкретно секретарству або декільком секретарствам доручити вироблення вказаних законопроектів. У деяких секретаріатах були засновані департаменти або комісії, до обов’язків яких належало виготовлення законопроектів.

Готовий законопроект заслуховувався на засіданні Генерального секретаріату. У разі ухвалення законопроекту приймалося рішення про передачу його на розгляд Центральної (Малої) Ради. 29 листопада 1917 р. на засіданні Генерального секретаріату було прийнято постанову, відповідно до якої всі законопроекти, ухвалені Генеральним секретаріатом, мали подаватися до Центральної Ради в одному примірнику через Генерального писаря [8, с. 4].

На практиці виявилось, що обмеженість часу та брак кадрів унеможливлювали розможнення надісланих до Генерального писарства законопроектів, а, отже, перешкоджали ознайомленню з законопроектом усіх членів Центральної Ради. Тому було прийнято іншу постанову, згідно з якою ухвалені Генеральним секретаріатом, а в подальшому – Радою Народних Міністрів, законопроекти з пояснюючими записками та разом із супровідним листом направлялися до Генерального писаря з проханням внести для розгляду в Центральну Раду у кількості 50 примірників.

Прийняття рішення про необхідність прийняття певного закону, власне підготовку тексту законопроекту, розгляд його на засіданні Генерального секретаріату та передачу у разі ухвалення Генеральному писарю для внесення на розгляд Малої Ради складало зміст стадії, обов’язкової в разі внесення законопроекту Генеральним секретаріатом (за власною ініціативою або за дорученням Центральної Ради). Юридичним наслідком стадії було те, що ухвалений Генеральним секретаріатом законопроект обов’язково подавався до розгляду Малої Ради. Тому вважаємо за доцільне виділити проектну стадію та зазначити, що вона носила обов’язковий характер при внесенні законопроекту

Генеральним секретаріатом (за власною ініціативою або за дорученням Центральної Ради), але не була обов'язковою стадією при застосуванні права законодавчої ініціативи іншими суб'єктами цього права.

У квітні 1918 року було прийнято декілька нормативних актів [9], що певною мірою формалізували проектну стадію законодавчого процесу, починаючи з діяльності міністерств у справі подання законопроектів на розгляд Ради Народних Міністрів та завершуючи внесенням ухваленого законопроекту на розгляд Малої Ради.

Для внесення законопроекту на розгляд Ради Народних Міністрів кожне внесення, постанова чи законопроект у кількості двадцяти примірників надсилалися до канцелярії Генерального писарства за два – три дні до того засідання, на якому вони розглядалися. Для справ фінансового характеру, крім того, обов'язково мала бути попередня згода Міністра фінансів і Державного контролера [10, арк. 10].

У негалих випадках департаменти могли надсилати законопроекти минаючи загальну канцелярію, безпосередньо на ухвалу Ради Міністрів. Законопроекти, що вносились у Раду Міністрів зазначеним способом, все одно обов'язково надсилалися до канцелярії у двох примірниках "щоб всякий час мати змогу дати довідку міністрові про всі законопроекти, котрі знаходяться на розгляді Ради Народних Міністрів" [11, арк. 57].

Кожне внесення (проект закону чи постанови) відповідно до ст. 163, ч. II, т. 1 Зводу законів мало містити точну вказівку на існуючі закони чи постанови та письмово викладену думку міністра щодо проекту закону, який новою постановою скасовується або змінюється в частині або в цілому.

Незважаючи на негайну потребу та постійні нарікання з цього приводу з боку Генерального писарства, певного порядку, якого повинні додержуватися міністерства у справі подання на розгляд Ради Міністрів законопроектів або затвердження Радою Народних Міністрів міністерських постанов, не існувало. З метою врегулювання цього питання Генеральний писар у березні 1918 року звернувся до Міністерства Внутрішніх Справ із документом, в якому були викладені такі вимоги до порядку подання на розгляд чи ухвалу Ради Народних Міністрів законопроекту [12].

Порядок розгляду питань, пов'язаних з внутрішнім становищем в країні, перебігом політичних подій визначався прагненням УЦР направити їх в русло державотворення і залежав від характеру розглядуваних на зборах питань. Це й заслуховування посадових осіб з невідкладних справ (переговори з Тимчасовим урядом, військових, земельних продовольчих питань), доповідей з місць від різних громадських організацій і органів місцевого самоврядування, обговорення "біжучих справ" тощо. З найгостріших питань розгортались пристрасні дебати, фракційні наради, обговорення проектів резолюцій, постанов. З приводу надзвичайних подій відбувалися екстрені або закриті засідання Малої ради. З метою освідомлення або парламентського контролю Центральною Радою направляла своїх представників до різних установ, військових частин, делегації до Тимчасового уряду, головнокомандуючого Південно-Західним фронтом О.Брусилова, для вивчення надзвичайних подій (у справі полуботківців, "Переяславської республіки") тощо. Інші парламентські процедури (фінансові справи, прийняття бюджету тощо) відрізнялися лише їх спрощеним порядком.

Таким чином, Центральна Рада повністю реалізувала компетенцію і функції, порядок роботи парламентської установи, якою вона поступово стала попри всі недоліки і невирішені проблеми, особливо – територіального представництва. Останні – наслідки не лише непрофесійного складу УЦР, політичних уподобань її лідерів і діячів, але й надзвичайно складних обставин, в яких вона діяла. Звертає на себе увагу демократичний характер її роботи [13, с. 199].

Отже, процедури розгляду законопроекту та прийняття закону у роботі органів Української Центральної Ради характеризувалися нормативним визначенням у рамках регламентних документів, що говорить про високий рівень розвитку законотворчого процесу в Україні за порівняно короткий час та у гострих геополітичних умовах. Важливою характеристикою даних стадій законотворчого процесу є те, що була випрацьована власна законотворча процедура, що певним чином стала взірцем для роботи вищих представницьких органів в УНР Директорії та у рамках законотворчого процесу Західноукраїнської Народної Республіки.

у процесі реалізації своїх основних функцій – законотворчості – Українська Центральна Рада, у рамках регламентних документів, для вступлення у дію законодавчих та інших нормативних актів, широко використовувала засоби публікації. Підписання та обнародування законів проходило всіма доступними способами, але публікація у офіційних вісниках додавала законодавчій процедурі ознак повноцінної легітимності нормативних актів.

Первинна українська законотворчість проходила за досить складних обставин, що не сприяло дійсній системності законодавства. І справа навіть не в жорстких політичних умовах (зовнішніх та внутрішніх), що не давали можливості розвивати законодавство послідовно і систематично; не в тому, що різні державні утворення нерідко відкидали законодавчі здобутки своїх попередників. Справа – в часі, в поступовому накопиченні певної кількості нормативного матеріалу, який у відповідний момент дає відповідну якість [5].

Висновки. Таким чином, правові особливості законотворчого процесу, здійснюваного Центральною Радою, формувалися у процесі інституціоналізації вищих органів влади УНР. Правові засади законотворчого процесу були представлені низкою нормативних актів, що визначали компетенцію та форми реалізації державної влади Центральної Ради, як законодавчого органу. Регламентація законотворчого процесу у юридичному відношенні визначає політико-правову відмінність законотворчості УЦР від законотворчого процесу більшовицької Росії, де нормативні акти приймалися згідно політичної доцільності, ігноруючи правові основи законотворення. Правові основи законотворчого процесу Центральної Ради визначили цей законодавчий орган як приклад цивілізованого державотворення у екстремальних військово-політичних умовах, що є вагомим внеском у розвиток демократії на початку ХХ ст.

1. Українська Центральна Рада. Документи і матеріали. У 2-т. Нац. АН України, Ін-т історії України, Центр. держ. архів вищих органів влади і упр. України. – К., 1996. – Т. 1.: 4 березня – 9 грудня 1917 р. / В. Ф. Верстюк та ін. (упоряд.). – К.: Наук. думка, 1996. – 586 с.
2. Центральний державний архів вищих органів влади України (далі ЦДАВО України). – Ф. 1115. – Оп. 1. – Спр. 1.
3. Єфремова Н. Розвиток конституційного законодавства в Україні (1917-1920). – Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01/Н. В. Єфремова; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2002.
4. Єрмолаєв В. М. Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження). – Х.: Право, 2005. – 272 с.
5. Подковенко Т. О. Становлення системи законодавства України в 1917-1920 роках (Українська Центральна Рада, Гетьманат П. Скоропадського, Директорія УНР). – Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2004.
6. Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2-х т. Нац. АН України, Ін-т історії України, Центр. держ. архів вищих органів влади і упр. України. – К., 1996. – Т.1.: 4 березня – 9 грудня 1917 р. / В. Ф. Верстюк та ін. (упоряд.). – К.: Наукова думка, 1996. – 588 с.; Т. II. 10 грудня 1917 р. – 29 квітня 1918 р.. – К.: Наукова думка, 1997. – 422 с.
7. Нова рада. – № 110. – 8 серпня 1917 р.

8. Матеріали засідання Генерального Секретаріату // Вісті з УЦР. – № 19. – листопад 1917 р.
9. Обіжник МВС від 16 квітня 1918 р. та обіжник МВС від 19 квітня 1918 р. // Вісті з УЦР. – № 5. – травень 1917 р.
10. ЦДАВО України. – Ф. 1216. – Оп. 1. – Спр. 10.
11. ЦДАВО України. – Ф. 1216. – Оп. 1. – Спр. 9.
12. Іванова А. Ю. Законодавчий процес і законодавча техніка в період Центральної Ради, Гетьманату та Директорії. – Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 – теорія та історія держави й права; історія політичних і правових учень. – Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2005.
13. Єрмолаєв В. М. Українська рада: організація і порядок роботи // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – Вип. 32. – Х.: Хар.нац.ун-т внутр.справ., 2006. – С. 196-207.

Шевчук Л. С. Характерні особливості законотворчого процесу Української Центральної Ради

У запропонованій статті на основі аналізу архівних документів та наукової літератури автор робить спробу показати особливості законотворчого процесу Української Центральної Ради.

Ключові слова: Україна, держава, закон, процес, Центральна Рада.

Шевчук Л. С. Характерные особенности законотворческого процесса Украинской Центральной Рады

В предложенной статье на основе анализа архивных документов и научной литературы автор делает попытку показать особенности законотворческого процесса Украинской Центральной Рады.

Ключевые слова: Украина, государство, закон, процесс, Центральная Рада.

Shevchuk L.C. The Special Features of the Legislative Process of The Ukrainian Centralna Rada

In this article on the base of archive documents and scientific literature the author try to show specific of lawmaking process in .

Keywords: State, law, lawmaking, process, Ukraine, Centralna Rada.

Яворська І.

Становлення та розвиток ідей міжнародної судової правотворчості

УДК 341.64

Питання судової правотворчості протягом століть привертала увагу не тільки давньоримських, а пізніше, у середні віки – англійських та інших західноєвропейських авторів [5,18] але і багатьох відомих дослідників – юристів. Судове тлумачення іноді виступало в ролі справжнього джерела права. Так було у римському праві, і в часи Середньовіччя, у епоху Відродження, коли значний авторитет мало положення *"communis opinio doctorum"* ("загальна думка вчених") [4; 133].

Роль правосуддя у формуванні права настільки значна, що відомий вчений О. Холмс зазначав, що "право - це не що інше, ніж передбачення того, що судді будуть робити насправді". [26;173].

Питання правотворчої діяльності міжнародних судових органів і досі є спірним. [29;41] Серед аргументів, що наводяться дослідниками національного права та

ними ж використовуються в якості заперечення визнання судової правотворчості, використовується теза про суперечність принципу розподілу влад.

Рішенням суду все частіше надається характер актів, які творять право. Практика формує нові підходи, які істотно відрізняються від донедавна існуючої точки зору щодо судів, як до органів, які лише застосовують право. Функції участі у творенні норм права (правотворчі функції) відносили до компетенції судів ще з давніх часів. Римське право у початкових його формах мало саме прецедентний характер – воно являло собою “право суддів” – постанови преторів, інших посадових осіб, які вирішували конкретні життєві ситуації [19;72]. Лише потім, у результаті діяльності великих римських юристів, почали вироблятися нормативні узагальнення, принципи, чіткі юридичні конструкції, утверджуватися відповідна юридична термінологія.

У середні віки в результаті праці глосаторів, які тлумачили положення римського права, ці положення утвердилися у правосвідомості юристів Нового часу і врешті – решт в виді нормативних узагальнень втілились у законах.

З реформуванням політичного та економічного устрою держав питання судової правотворчості стали займати особливе місце у юридичній науці. Законотворчість та судочинство – це дві сумісних чаші. Яким є законотворчий стиль, таким є стиль судочинства.[22;41] На відміну від римської юриспруденції, котра була наукою, що узагальнювала юридичну практику, середньовічна наука намагалась сформулювати правові принципи. Римський юрист Павло писав: “Норма це те, що коротко викладає суть справи... За допомогою норм передається короткий зміст справи... і якщо вона неточна, вона губить свою корисність”. Згідно Дігестів Юстиніана, коли пропозиція має два значення, слід застосувати ту, яка є кращою та пристосована до даної справи. Іншими словами, не слід розглядати поза змістом, поза контекстом відносин, які вони узагальнюють. Саме тому жоден з римських юристів не ставився до юридичних норм як до відокремлених принципів.

Римське право хоча і утворювало складну систему норм, однак вони існували не окремо, а у вигляді системи практичних рішень у конкретних справах. Це засвідчує ту роль і значення, які надавалися практиці, яка в свою чергу і стала рушієм права, забезпечивши його подальший розвиток і вдосконалення.

У часи ж Середньовіччя юридична наука здійснила серйозний крок вперед. Юридичні максими, сформовані протягом століть були покликані забезпечити систематизацію права. Внаслідок абстрактності правових норм, принципів їх застосування, залишається простір для невизначеності, залишаючи тим самим місце для обговорення.[22;58]

У національній системі права можна погодитися з тезою, висловленою Т. Гобсом [22;60], який говорив про те, що необхідність тлумачення закону є елементом чи свідченням “нездорового” закону. Закон повинен йти до народу без посередників. Законодавець повинен дотримуватися наступних принципів: по-перше, закон повинен бути простим і стислим, слова повинні бути однозначними та сприяти однаковому тлумаченню; по-друге, закони не повинні вдаватися до тонкощів та деталей, оскільки вони призначені для людей, і являють собою не мистецтво логіки. По – третє, закон повинен оминати винятки, обмеження та відозміни [12;251].

У зв'язку з цим, головне завдання судді – встановлення точного значення закону, тобто того, що хотів сказати законодавець.

Ще Дж. Локк зауважував, що панування законодавчої влади не може бути абсолютним, хоча б у тому сенсі, що закон складається з об'єктиваних, безособових правил: “законодавча влада не може, за всього свого верховенства, вдаватися до прямого керування, видаючи декрети на свій розсуд, натомість вона передає частину

своїх повноважень юстиції і змушена узгоджувати свої рішення із чинними законами та діючими уповноваженими суддями.” [27]

В континентальній правовій системі, на відміну від англосаксонської, не прийнято відносити результати судової правотворчості до джерел права. Однак, як зазначає дослідниця ролі і місця судового прецеденту Румянцева В. Г., не можна не враховувати, що роль судової влади є значною в усуненні прогалин у правовому регулюванні суспільних відносин, у наповненні новим змістом вже існуючих норм права. Таким чином, у романо – германській правовій сім’ї правових систем діяльність верховних судів має конкретизуючий, а не правотворчий характер: вони виносять провідні роз’яснення щодо правильного застосування вже чинних правових норм і не створюють нових норм права. Водночас слід визнати, що у певних ситуаціях у країнах романо-германської правової сім’ї судді формували право безпосередньо з розгляду справ, і навіть конкурували у цьому з законодавцем.

Так, досліджуючи тенденції розвитку права в умовах глобалізації, М. Н. Марченко зауважує, що на сучасному етапі розвитку суспільства закон, як основний регулятор відносин, все частіше поступається місцем прецеденту, що створюється не лише національними, але і наднаціональними судами.[7;7]

Більше того, у останні роки спостерігається тенденція до зближення різних підходів у юридичній науці щодо ролі і місця судової практики у правотворчому процесі, що призводить до більш лояльного відношення у країнах континентальної правової сім’ї до результатів судової діяльності як джерела права. У західній юридичній літературі формується концепція функціонування у світі “глобального співтовариства судів”.[28; 204-215]

Аналізуючи прецедентну практику Європейського суду з прав людини, професор Т. Нешатаєва зазначає, що буде несправедливим не згадати про те, що міжнародні суди активно використовують досвід національних судів Англії, США, Франції, Німеччини. Зазначений досвід, що накопичений національними правосуддям під час вирішення спорів щодо захисту природничих прав людини [13;20] використовується незважаючи на різні підходи щодо трактування місця судової практики та її значення в рамках правової системи.

Так, у Франції судова практика розглядається в якості субсидіарного джерела права – “джерела в рамках закону” (авторитетними для судді є попередні судові рішення), в той час як у Німеччині судова практика набуває значення субсидіарного джерела права у виключних випадках: у випадку підтвердження під час вирішення аналогічних справ на місцевому рівні і після підтвердження рішення вищою судовою інстанцією [14;88]. З цього приводу переконливою є позиція Л. Корчевної щодо простеження тенденції “антиформалізму у праві”. [6;13] Незалежно від того, яке місце у системі джерел права відводили дослідники судовій правотворчості, питанням ідентифікації джерел права присвячено значну кількість досліджень. Вони зводилися до визначення сутності та змісту судової правотворчості, визначення юридичної природи прецеденту [8;9;23], його співвідношення з правовим звичаєм, визначення питання про соціально - правове значення судової практики.

Беручи до уваги те, що судова практика, поряд з “юридичним звичаєм” є “найдавнішим джерелом права” [18;191] та займає важливе місце у системі джерел права, у науковій юридичній літературі відношення до рішень міжнародних судових органів, судової практики є неоднозначним. Думки дослідників з цього приводу істотно різняться: починаючи від повного заперечення визнання правотворчої функції міжнародних судових органів і до визнання їх у якості безумовного джерела права.

Забезпечуючи дотримання міжнародної законності, виконання положень міжнародно-правових договорів, міжнародні судові органи виконують одну з важливих

функцій, функцію застосування права. У процесі здійснення цієї функції залежно від ступеня та характеру участі міжнародних судових органів у процесі міжнародної правотворчості зазначені органи приймають рішення, висновки, інші акти, які внаслідок визнання їх в якості джерела права здійснюють істотний вплив на розвиток міжнародного права.

Аналіз доктрини міжнародного права з питання про значення арбітражних та судових рішень як джерел міжнародного права, здійснений Г. І. Тункіним, підтвердив існування двох протилежних точок зору стосовно правотворчих функцій міжнародних судових органів. Відповідно до першої точки зору (прихильниками якої стали Дженікс У., Лаутерлахт Х., О'Коннел Д., Розен Ш., Стоун Ю., Фітцморіс, Браун Л., Т. Кеннеді та інші), міжнародні судові органи не тільки застосовують право, вони визначають що є право, змінюють його шляхом посилає на відповідні ситуації, що мали місце, формують загальні принципи і, у випадку неясності чи відсутності належного правового регулювання, встановлюють нові правові норми. [26;427].

Рішення цих установ носять характер судового прецедента. Методологічно таке судження є типовим прикладом перенесення у міжнародне право положень та принципів, які використовуються у внутрішньому праві міжнародних організацій [25;61].

Протилежної точки зору дотримувалися Г. Кельзен, Л. Оппенгейм, Г. Шварценберг, вважаючи, що міжнародне право існує лише у формі договору чи звичаю. Міжнародні судові органи повинні обмежитися функцією застосування права. Однак, разом з тим, науковці відзначали важливу роль міжнародних судових органів у процесі еволюції правового регулювання міжнародних відносин. Виявлення та усунення судовими органами прогалин у праві, усунення нечіткості у формулюванні норм, без сумніву, на їх думку, сприяло кодифікації і прогресивному розвитку усіх галузей міжнародного права.

Активізація міжнародного співробітництва, збільшення кількості міжнародних організацій призвело до збільшення у другій половині ХХ століття [15;140] кількості міжнародних судових органів. Ступінь та характер участі зазначених органів у процесі міжнародної правотворчості був обумовлений тим обсягом компетенції та повноваженнями, які, відповідно до статуту організації, їм було передано державами-членами.

Як наслідок, це спричинило перегляд ролі і значення у системі джерел міжнародного права судового рішення. Так, сучасні дослідники джерел міжнародного права, не розглядають ст. 38 Статуту ООН, як це було донедавна, нормою, яка визначає як перелік [11;46], так і ієрархію джерел міжнародного права. Як відзначає Сьмбатян [15;147] і з цієї тезою слід погодитися, Міжнародний суд ООН залишається особливо авторитетним органом міжнародного правосуддя, володіючи статусом *primus inter pares*. Рішення та консультативні висновки Суду, особливо у сфері звичаєвого міжнародного права, здійснюють істотний вплив на розвиток міжнародного права. Більше того, дослідник припускає, що Міжнародний суд ООН міг би взяти на себе функцію по виробленню принципів взаємодії між суддями та арбітрами різних органів міжнародного правосуддя... Відповідно зазначені принципи повинні були б відображати консолідовану позицію міжнародного суддівського співтовариства.

Таким чином, зростає роль міжнародних судових органів у регулюванні міжнародних відносин. Донедавна існуюча точка зору стосовно того, що судді повинні обмежуватися лише застосуванням права, втрачає свої позиції.

Свідченням цього також є діяльність Суду Європейського Союзу, органу, який здійснює тлумачення права Європейського Союзу з метою забезпечення його однакового застосування усіма суб'єктами ЄС, формулює принципи та норми права

зазначеної міжнародної організації. Свідченням ролі Суду Європейського Союзу у формуванні принципів права стало їх закріплення в положеннях установчих договорів, декларацій та безпосереднє посилання на практику Суду ЄС у роз'ясненнях до застосування Хартії Європейського Союзу про основні права. Йдеться про Роз'яснення до статті 52 – "Дія та тлумачення прав і принципів", у якій прямо зазначено, що тлумачення і застосування статті здійснюється на підставі судової практики. В якості прикладів, в порядку ілюстрації визначив в Хартії принципів у роз'ясненні вказуються статті 25, 26, 37. Більше того, в окремих випадках, як зазначено в документі, стаття Хартії може містити в собі елементи і права, і принципа: наприклад, статті 23,33, 34.

Так, завдяки практиці Суду ЄС було сформульовано та закріплено в установчих договорах принципи права ЄС, деталізовано положення установчих договорів, Суд долучився до формування корпоративного права ЄС, фінансового права, податкового права, транспортного права, митного права, інших галузей та політик, що визначають основи функціонування вільного ринку в ЄС.

1. Бошно С. В. Судебная практика: формы выражения /С. В. Бошно //Российская Академия юридических наук. Научные труды. Вып. 2. Т.1. М., 2002
2. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты /А.Н Верещагин. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 344с.
3. Долгополова М. В. Правосудие как субъект правового регулирования/ М. В. Долгополова// Правоведение. – 2008. –№4. –с. 237-244
4. Кононенко В. Рішення Європейського суду з прав людини як прецедент тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод / В. Кононенко// Право України. – 2008. – №3
5. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. – СПб., 1886. (3-е изд. 1894) (Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Авт. предисл. И. Ю. Козлихин. – науч. изд., [репринтное]. – М.: Юридический центр Пресс, 2003. – 430 с.
6. Корчевна Л. О. Проблема різноджерельного права: досвід порівняльного правознавства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.11 "Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових вчень"/ Л. О. Корчевна. – К., 2005. – с. 13
7. Марченко М. Н. Об основных тенденциях развития права в условиях глобализации//М. Марченко/ Государство и право. –2009. – №6
8. Марченко М. Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права// Государство и право. – 2006. – №8. – с. 22-28
9. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право/ М. Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Проспект, 2007. – 512 с.
10. Международное право: Учебник для вузов. – 2-е изд., изм. и доп./ [Отв. ред. проф. Г. И. Игнатенко и проф. Тиунов О.И]. – М.: Изд. НОРМА, 2002. – с. 116
11. Мерекко О. Теорія джерел міжнародного права/ О. Мерекко// Юридичний журнал. –2009. –№1(79)
12. Монтескье Ш. Избранные произведения /Ш. Монтескье. – М.: Госполитиздат, 1955
13. Нешатаева Т. Н. Уроки судебной практики о правах человека: европейский и российский опыт/ Нешатаева Т. Н. – М.: Издательский Дом "Городец", 2007
14. Скакун В. Ф. Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира: Учебник для студентов вузов /В. Ф. Скакун. – К: Видавничий Дім "Ін Юре", 2008. – с. 88
15. Смбалян А. С. Увеличение числа органов международного правосудия и их влияние на систему международного права/ А. С. Смбалян// Московский журнал международного права. – №3. –2008. – с. 140

16. Соловьев В. Ю. Понятие судебной практики/ В. Ю. Соловьев// Журнал российского права. – 2003. – №1. – с. 92-97
17. Соловьев В. Ю. Судебная практика в российской правовой системе: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01/ Соловьев Владислав Юрьевич: Москва, 2003. – 188 с.
18. Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. – Юрьев: Типография Маттисена, 1917. – 534с.;
19. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: Учебное пособие в 2-х томах. Т. 1. Вып. 1. – М: Изд-во "Юрид. колледж МГУ", 1995. – 308с.
20. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія / Хавронюк М. І. –К.: Юрисконсульт, 2006
21. Хорольський Р. В. Правові засоби вирішення міжнародних спорів у рамках Європейського Союзу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 "Міжнародне право"/ Р. В. Хорольський – Х., 2001. – 20 с.
22. Хорольський Р. В. Правові засоби вирішення міжнародних спорів у рамках Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11/ Хорольський Роберт Борисович. – Х., 2001. – 203 с.
23. Царьков И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права / Царьков И. И. – СПб.: "Юридический центр Пресс", 2006
24. Шевчук С. Судовий прецедент у праві ЄС/ С. Шевчук// Вюлетень Міністерства юстиції України. – 2007. – №6 (68). – с. 78-85
25. Энтин М. Л. Международные судебные учреждения: Роль международных арбитражных судебных органов в разрешении межгосударственных споров/ М. Л. Энтин. – М.: Международные отношения, 1984
26. H.Lauterpacht, *The development of International Law by the Internayional Court*, 1982,. –427 p.
27. Holmes O,W. *Collected Legal Papers*. –New York> 1920
28. John Locke, *Two Treaties of Government* (1690), II, XI, para. 136
29. Slaughter A. A *Global Community of Courts*//*Harvard InternationalLaw Journal*. Vol. 44.2003. –1. –p.204-215
30. A. Wentkowska. *Europejski Trybunał Sprawiedliwości i sądy krajowe*. –2004. –s. 41; Однак у західній юридичній літературі протягом останніх років активно розробляється концепція формування у світі "глобальної юриспруденції", метою якої є "сприяння" процесу уніфікації та універсалізації норм права на глобальному та універсальному рівнях з забезпеченням збереження достатнього національного регулювання та правової ідентичності - Slaughter A. A *Global Community of Courts* //*Harvard International Law Journal*. Vol. 44.2003. –1. – p. 202-203

Яворська І. Становлення та розвиток ідей міжнародної судової правотворчості

Досліджено роль і значення міжнародної судової правотворчості, прослідковано місце рішень міжнародних судових органів у системі джерел міжнародного права, проаналізовано вплив рішень Міжнародного суду ООН, Суду Європейського Союзу на розвиток міжнародного правотворчого процесу

Ключові слова: правотворчість міжнародних судових органів, практика Суду Європейського Союзу

Яворская И. Становление и развитие идей международного судебного правотворчества

Исследовано роль и значение международного судебного правотворчества, отслежено место решений международных судебных органов в системе источников международного права, проанализировано влияние решений Международного суда ООН, Суда Европейского Союза на развитие международного правотворческого процесса

Ключевые слова: правотворчество международных судебных органов, практика Суда Европейского Союза

Yavorska I. Formation And Development Of Ideas And Concepts Of International Judicial Drafting

The article analyses the role and significance of the international practice in judicial drafting. It investigates and defines the place the rulings of the international judicial bodies occupy in the system of sources of international law. The author assesses the impact of the decisions of the UN International Court, of the European Court of Justice upon the development of international legal drafting process.

Keywords: international legal drafting process, international judicial bodies, judicial practice by the European Court of Justice.

Конституційний лад та права людини. Питання адміністративного та фінансового права. Адміністративне судочинство

Ляхович У. І.

Правовий зміст та класифікація прав державного службовця

УДК 342.547

Мета статті – дослідити адміністративно-правовий статус державного службовця через призму вивчення його прав, як складових елементів.

На сьогоднішній день, відсутня єдина точка зору щодо змісту та кількості елементів адміністративно-правового статусу особи взагалі та адміністративно-правового статусу державних службовців зокрема. Але більшість науковців все-таки єдина у тому, що права і обов'язки складають серцевину будь-якого правового статусу, а раз так, то є його обов'язковими елементами. На зазначеній позиції стоять зокрема М. В. Вітрук, В. М. Горшенєв, В. В. Зуй, Н. Р. Нижник, С. Д. Дубенко, П. І. Павленко, О. С. Рогачов та інші вчені [1-7].

Виходячи з цього, ми також приєднуємося до висловлених думок і у якості першого складового елементу адміністративно-правового статусу державного службовця називаємо права державного службовця. Державний службовець, як і будь-який інший суб'єкт права, володіє певним комплексом прав. Зазначені права, з точки зору їх галузевої приналежності, є досить різними. Так, можна вести мову, про конституційні права державного службовця, про права державного службовця, визначені нормами цивільного законодавства тощо. Проте, ми досліджуємо лише ті права державного службовця, які дозволяють йому виконувати завдання і функції держави. Однак, перш ніж ми перейдемо до аналізу цього елементу правового статусу державного службовця, вважаємо за необхідне зупинитися на з'ясуванні сутності терміну "права".

Над вирішенням зазначеного завдання на протязі досить довгого часу працювала та продовжує працювати значна кількість вчених-правознавців, кожний з яких, з огляду на сферу своїх наукових інтересів, аналізував категорію "права", перш за все, з

галузевих позицій. Проте, разом з цим, широко представлені також і праці загально-правової спрямованості, які, на наш погляд, є найбільш корисними для з'ясування змісту зазначеного терміну.

Розмова про "права", у будь-якому випадку, має починатися із визначення тих суб'єктів, які цими права наділяються. У цьому плані можливо лише два варіанти. Це можуть бути або фізичні, або юридичні особи. Зупиняючись на фізичних особах, відмітимо, що при найзагальнішому підході під правами останніх слід розуміти усю сукупність соціальних можливостей, які мають місце у суспільстві [8]. Кожна з цих можливостей, як ми розуміємо, має знайти своє зовнішнє вираження, яке може бути реалізоване або у звичаях, або у нормах моралі чи нормах права. Кажучи іншими словами, певна частина соціальних можливостей знаходить своє відображення у правових актах, набуваючи, у зв'язку з цим, юридичного змісту. Таким чином, права особистості, з точки зору правової теорії, являють собою можливість певної поведінки, визначеної у правових нормах. Стандарти можливої поведінки особистості завжди динамічні, оскільки знаходяться у тісному взаємозв'язку з тими соціальними, економічними, політичними тощо процесами які відбуваються у суспільстві та державі. Усі ці процеси, впливаючи на формування державної політики у певній сфері, впливають, як наслідок, і на визначення меж можливої поведінки особистості, бо права завжди є похідними від волі держави.

Переходячи до більш конкретного визначення терміну "права", відмітимо, що на сьогоднішній день у науковій літературі його зміст, у цілому, з'ясований. Отже, право, зазвичай, визначається у якості міри можливої поведінки уповноваженої особи [9-11]. З цього визначення неважко побачити, що право існує не само по собі, а лише у тісному зв'язку з його носієм – особою, а кажучи точніше, суб'єктом правовідносин, бо, як наголошується у літературі, суб'єктивне право не може існувати поза правовідносинами [9].

Права державних службовців, визначені у нормах адміністративного права, являють собою підвид їх суб'єктивних прав, дозволяючи останнім, як наслідок, бути учасником державно-службових відносин. Розвиваючи цю думку, можна, певним чином перефразувавши визначення М. І. Матузова [12.], зазначити, що засновані на нормах адміністративного права суб'єктивні права державних службовців являють собою утворену і гарантовану державою через норми об'єктивного права особливу юридичну можливість діяти, яка дозволяє їм як носіям цієї можливості поводитися певним чином, вимагати відповідної поведінки від інших осіб, користуватися певним соціальним благом, звертатися в разі потреби до уповноважених суб'єктів за захистом з метою задоволення особистих інтересів і потреб, що не суперечать суспільним та державним.

Аналіз нормативних актів, які складають правову основу інституту державної служби, дозволяє дійти висновку про те, що державні службовці наділені достатньо великим переліком прав. З огляду на це, у науковій літературі, запропоновано певні варіанти групування прав державних службовців. Класифікація прав державних службовців є необхідним кроком, оскільки вона дозволяє з системних позицій подивитися на права державних службовців, полегшує їх вивчення та сприйняття. Сприяє класифікація прав державних службовців також і пошуку напрямків та способів удосконалення змісту як окремих прав та і їх певних груп.

Отже, повертаючись до групування прав державних службовців, розглянемо деякі пропозиції, що були висловлені з цього приводу. Так, на думку С. В. Ківалова та Л. Р. Білої права державних службовців необхідно поділити на ті, які: а) забезпечують з'ясування службовцем свого правового статусу і його правовий захист; б) сприяють безпосередньому виконанню службових обов'язків; в) сприяють підвищенню

посадової активності державного службовця, реалізації належних йому прав, свобод та забезпечують соціальні гарантії службовця [13]. Аналіз зазначеної класифікації прав державних службовців, у цілому дозволяє визнати її як таку, що має право на існування. Показовою у цьому плані є позиція Є. В. Охотського, який пропонує поділити права державних службовців на: статусні, функціональні та соціально-особистісні [14]. Проте, і ця позиція є дискусійною. Так, не зовсім зрозумілим є намагання автора виділити в окремому підгрупі прав державного службовця статусні права, оскільки цим вчений виводить на думку паралельного існування статусних прав, тобто тих, які відносяться до правового статусу державного службовця, і функціональних та соціально-особистісних, які, як наслідок, до статусних прав, і відповідно до правового статусу державного службовця не відносяться.

На наш погляд класифікація прав державних службовців має мати наступний вигляд.

Права державного службовця

загальногромадянські загальнослужбові

– права, які забезпечують виконання державним службовцем службових обов'язків
 – права, які визначають межі поведінки державного службовця у межах внутрішньої службової діяльності
 – права, які гарантують належний рівень матеріального забезпечення та соціального захисту державного службовця
 – права, які забезпечують правовий захист державного службовця

спеціальнослужбові

– права, які забезпечують виконання державним службовцем службових обов'язків
 – права, які визначають межі поведінки державного службовця у межах внутрішньої службової діяльності
 – права, які гарантують належний рівень матеріального забезпечення та соціального захисту державного службовця
 – права, які забезпечують правовий захист державного службовця

Обґрунтуємо нашу позицію щодо необхідності саме такого групування прав державних службовців.

Уся сукупність прав державних службовців, як видно з таблиці, була розподілена, в першу чергу, на три великі групи, які відповідають різним рівням нормативного визначення цих прав. Державні службовці, крім прав, визначених законодавством про державну службу, наділяються і певною сукупністю прав, які закріплено за будь-яким громадянином нашої держави. Зазначена група прав отримала назву *загальногромадянських прав* державного службовця, до яких віднесемо права державного службовця на:

- користування правами і свободами, які гарантуються громадянам України Конституцією і законами України (абз. 2 ст. 11 Закону України "Про державну службу"). Говорячи про дану групу прав державних службовців, на наш погляд, у Законі України "Про державну службу" необхідно було б чітко

розкрити і показати, про які саме права йдеться мова. Це є вкрай необхідним з огляду на існуючі обмеження, які висуваються до державних службовців. Справа у тому, що занадто широке тлумачення деякими посадовими особами обмежень, які покладаються законодавством на підпорядкованих їм державних службовців, часто призводить і до нехтування загальногромадянськими правами державних службовців. З огляду на це, у законодавстві має бути зазначено, що державні службовці володіють правом на: недоторканість приватного життя; недоторканість житла; на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; на свободу світогляду і віросповідання тощо.

Необхідність виділення *загальнослужбових* прав державного службовця продекларована наявністю загального законодавства про державну службу, представленого Законом України "Про державну службу", у ст. 11 якого названі права, якими володіє будь-який державний службовець, незалежно від того де він проходить службу і яку посаду обіймає. Однак, разом з цим наголосимо на тому, що ознайомлення із даним переліком прав яскраво свідчить про їх неоднорідність, обумовлену особливостями тих правовідносин, у яких може приймати участь державний службовець. Учасником яких правовідносин може бути державний службовець? **По-перше**, тих правовідносин, які пов'язані з виконанням покладених на державного службовця обов'язків. У більшості випадків зазначені правовідносини розвиваються у зовнішньоуправлінській сфері, оскільки виконання завдань та функцій держави передбачає виконання державним службовцем зовнішньо управлінських дій. Все це обумовлює необхідність наділення державного службовця правами, які забезпечують виконання ним власних службових обов'язків. До цієї підгрупи прав можна віднести право на:

- участь у розгляді питань і прийнятті в межах своїх повноважень рішень;
- одержання від державних органів, підприємств, установ і організацій, органів місцевого та регіонального самоврядування необхідну інформацію з питань, що належать до їх компетенції;
- на повагу особистої гідності, справедливе і шанобливе ставлення до себе з боку керівників, співробітників і громадян.

По-друге, досить розповсюдженими є і ті правовідносини, які виникають з приводу проходження державним службовцем державної служби, тобто ті правовідносини, які виникають у межах державного органу і не мають зовнішньоуправлінського характеру. Зазначені правовідносини, у зв'язку з цим, можна назвати внутрішньоуправлінськими. Для того, щоб брати у них участь, державний службовець також наділяється певною сукупністю прав, які визначають межі його поведінки у межах внутрішньослужбової діяльності. До таких прав необхідно віднести право:

- вимагати затвердження керівником чітко визначеного обсягу службових повноважень за посадою;
- безперешкодно ознайомлюватись з матеріалами, що стосуються проходження ним державної служби, в необхідних випадках давати особисті пояснення;
- на просування по службі з урахуванням кваліфікації та здібностей, сумлінного виконання своїх службових обов'язків, участь у конкурсах на заміщення посад більш високої категорії;

- вимагати службового розслідування з метою зняття безпідставних, на думку службовця, звинувачень або підозри.

Третю групу загальнослужбових прав складають ті з них, які дозволяють державному службовцю брати участь у правовідносинах, спрямованих *на гарантування його належного матеріального забезпечення та соціального захисту*. Зазначена група прав має дуже важливе значення, що пов'язане не тільки з їх значною самостійною цінністю, але, перш за все з тим, що вони виступають необхідною гарантією для повного здійснення усіх інших прав [8]. У даному випадку мова йде про право державного службовця:

- на оплату праці залежно від посади, яку він займає, рангу, який йому присвоюється, якості, досвіду та стажу роботи;
- на здорові, безпечні та належні для високопродуктивної роботи умови праці;
- на відпочинок та пільги;
- на соціальний захист.

До останньої групи прав державного службовця, необхідно також віднести його *права на правовий захист*. Дана група прав, як випливає з рисунка, одночасно відноситься як до загальнослужбових, так і до спеціальнослужбових прав державного службовця. Це пов'язано з тим, що форми правового захисту, які можуть бути використані державним службовцем для захисту своїх інтересів, є єдиними. На їх зміст не можуть вплинути ані особливості конкретних видів державної служби, ані специфіка їх правового регулювання. Отже, будь-який державний службовець має право:

- на правовий захист відповідно до його статусу;
- захищати свої законні права та інтереси у вищестоящих державних органах та у судовому порядку.

Вище ми згадали про існування крім загальнослужбових прав державних службовців також і *спеціальнослужбових*. Необхідність виділення такого підвиду прав державних службовців, як вже наголошувалося, пов'язана з існуванням галузевого законодавства про державну службу, яке визначає особливості проходження державної служби окремих видів. У цьому плані ми можемо казати про державну службу в: органах законодавчої влади та їх апараті; органах виконавчої влади та їх апараті; органах судової влади та їх апараті; органах прокуратури. Окремим підвидом державної служби є мілітаризована державна служба [15; с.16]. У зв'язку з цим, природним і абсолютно зрозумілим є той факт, що окремі державні службовці, з огляду на особливості функцій і завдань, які ними виконуються, мають наділятися специфічними правами. Проте, це аж ніяк не заважає нам розподілити такі права на три названі вище групи – на права, які: забезпечують виконання державним службовцем службових обов'язків; визначають межі поведінки державного службовця у межах внутрішньослужбової діяльності; гарантують належний рівень матеріального забезпечення та соціального захисту державного службовця. Конкретизацію зазначених прав можна знайти в окремих законодавчих та підзаконних нормативних актах, наприклад: Законі України "Про статус суддів", Законі України "Про прокуратуру", Законі України "Про міліцію", Законі України "Про Державну кримінально-виконавчу службу", Законі України

"Про державну податкову службу в Україні", Указі Президента України "Про Положення про Державний комітет лісового господарства України", Постанові Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про Державну екологічну інспекцію", наказі МВС України "Про затвердження Інструкції з діяльності підрозділів дорожньо-патрульної служби Державтоінспекції МВС України, тощо. Проте, на зазначених нормативних актах, визначення спеціальнослужбових прав державних службовців не закінчується. Своє продовження зазначений процес знаходить під час розробки професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців та посадових інструкцій.

Отже, повертаючись до розпочатої вище розмови про загальнослужбові права державного службовця, наголосимо на необхідності їх удосконалення, а саме Закон України "Про державну службу" має бути доповнений ще певною кількістю прав, якими має наділятися будь-який державний службовець. При цьому відмітимо, що певні права, про які піде мова нижче, не є абсолютно новими, однак вони мають бути чітко сформульованими не у "другорядних" нормативних актах, а, перш за все, у ст. 11 Закону України "Про державну службу". Це є необхідним кроком, оскільки тільки таким чином вдасться досягти консолідованого закріплення у єдиному нормативному акті усіх найважливіших складових елементів адміністративно-правового статусу державного службовця.

Отже, у ракурсі розмови про права, які забезпечують виконання службовцем службових обов'язків, необхідно наголосити на необхідності наділення представників держави правом на: відвідування в установленому порядку для виконання посадових обов'язків підприємств, установ й організацій незалежно від права власності; отримання у встановленому порядку інформації і матеріалів, необхідних для виконання посадових обов'язків; внесення пропозицій з вдосконалення державної служби у будь-якій інстанції (у ракурсі останнє зазначеного права необхідно відмітити, що наділення їм державних службовців має супроводжуватися внесенням змін у Закон України "Про звернення громадян", абзац 2 ст. 1 якого обмежує право мілітаризованих державних службовців на подання звернень, які стосуються їх службової діяльності. Зазначений абзац має бути виключеним із названого законодавчого акту); носіння форменого одягу встановленого зразка (у відповідних державних органах).

Певного посилення вимагає також і група прав, які визначають межі поведінки державного службовця у межах внутрішньослужбової діяльності. У цьому плані доречним було б використати закордонний досвід [14] і наділити державного службовця правом на: участь з власної ініціативи у конкурсі на заміщення вакантної посади державного службовця; безперешкодного ознайомлення з матеріалами своєї особистої справи, відгуками про свою діяльність та іншими документами до внесення їх у особову справу; долучення до особової справи своїх пояснень.

Удосконалення вимагає також і третя група прав державних службовців, яка пов'язана з правом останніх брати участь у правовідносинах, спрямованих на гарантування належного рівня їх матеріального забезпечення та соціального захисту.

Належний рівень матеріального забезпечення державних службовців гарантується їх правом на оплату праці, шляхом отримання посадового окладу, різного роду доплат, премій та інших заскочень. У цьому плані необхідно додати, що, у цілому, це право державного службовця знайшло досить повне визначення у законодавстві. У зв'язку з чим, головна увага має приділятися його максимально повній реалізації, разом з поступовим збільшенням рівня доходів державних службовців. У цьому плані ми повністю підтримуємо висловлену у літературі думку про необхідність підвищення конкурентоспроможності державної служби на ринку праці, що, багато у чому, може бути досягнуто через підвищення розміру заробітної плати державних службовців.

Продовжуючи далі, наголосимо, що більш нагальною, на наш погляд, виглядає необхідність покращення певних елементів соціального захисту державних службовців.

Соціальний захист, виходячи із спеціальної наукової літератури [17; 18], являє собою складне поняття, яке об'єднує у своєму змісті чимало складових елементів. У зв'язку з цим, під соціальним захистом розуміється: система економічних, юридичних, організаційних заходів щодо забезпечення основних соціальних прав людини і громадянина в державі; діяльність держави та органів місцевого самоврядування, громадських організацій, підприємств із створення сприятливого для людини навколишнього природного середовища, охорони материнства та дитинства, надання допомоги сім'ї, охорони здоров'я громадян, професійної підготовки громадян, забезпечення громадян житлом, регулювання права власності громадян, матеріального обслуговування та забезпечення недієздатних та інших громадян, які потребують соціальної підтримки.

Переводячи наведені вище визначення соціального захисту у ракурсі розмов про права державних службовців, відмітимо, що держава, у цілому, на достатньому рівні гарантує їх соціальний захист, надаючи останнім право на:

- отримання щорічної відпустки тривалістю 30 календарних днів, якщо законодавством не передбачено більш тривалої відпустки, з виплатою допомоги для оздоровлення в розмірі посадового окладу;

- соціально-побутове забезпечення, яке передбачає надання державному службовцю в установленому порядку житла із державного фонду, можливості безплатного медичного обслуговування у державних закладах охорони здоров'я, першочергового встановлення квартирних телефонів (для державних службовців, які обіймають посади I-IV категорій);

- пенсійне забезпечення та грошову допомогу за рахунок держави.

Однак, разом з цим, ми переконані у тому, що соціальний захист державних службовців має включати також і їх право на навчання та підвищення кваліфікації. У ст. 29 Закону України "Про державну службу" передбачено, що державним службовцям створюються умови для навчання і підвищення кваліфікації у відповідних навчальних закладах (на факультетах) та шляхом самоосвіти, проте, аналіз цієї статті не дозволяє однозначно сказати, що вона несе у собі – обов'язок керівника державного органу організувати навчання державного службовця чи право останнього його отримати. Крім цього ст. 29 зазначеного закону обмежує право державного службовця на вільний вибір навчального закладу.

У зв'язку з викладеним, перегляду вимагають питання, пов'язані з навчанням і підвищенням кваліфікації державних службовців [19;20]. У цьому плані доречним виглядає: **по-перше**, чітко зазначення у ст. 11 (Основні права державних службовців) Закону України "Про державну службу", що державний службовець має право на навчання та підвищення кваліфікації; **по-друге**, прийняття Закону України "Про систему підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і службовців органів місцевого самоврядування"; **по-третє**, вирішення питання про систему навчальних закладів, які можуть надавати освітні послуги державним службовцям.

Конкретизуючи права державних службовців, необхідно зупинитися також на функціонуванні інституту соціального захисту і ролі профспілок, які відповідно до Закону України "Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності" [21], здійснюють представництво та захист трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки.

На думку А. П. Рачинського, варто створити Центральну профспілкову асоціацію службовців у державній службі, яка б займалася їх працевлаштуванням, захистом прав після звільнення або під час втрати працездатності [22].

Отже, задля мінімізації наслідків "обмеження" правового статусу державних службовців, необхідно розширити їх права та відповідні гарантії, що зробить діяльність і поведінку державних службовців чітко визначеною з правової точки зору.

1. Витрук М. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. – М., 1979., с. 147.
2. Горшенев В. М. Структура правового статуса гражданина в свете Конституции СССР 1977г. // Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977г. – Саратов: Изд-во Саратов ун-та, 1980. – С. 53.
3. Зуй В. В. Адміністративно-правовий статус громадян в Україні // Правова держава України: Проблеми, перспективи розвитку: Короткі тези доп. та наук. повід. респ. н-пр. конфер. 9-11 лист. 1995. – Х., 1995. – С. 107.
4. Нижник Н. Р. Державна виконавча влада в Україні: формування та функціонування. Зб. наук. пр. – К.: Вид-во УАДУ, 2000. – Ч. 1. – С. 166-167.
5. Дубенко С. Д. Державна служба і державні службовці в Україні: Навч.-метод. посібник. – К.: Ін Юре, 1999., с. 44.
6. Павленко П. І. Проблема правового статусу посадової особи в юридичній літературі // Проблеми правосвідчення та правосохоронної діяльності. Зб. наук. ст. – Донецьк: ДІВС, 1999. – № 1. – С. 151.
7. Рогачев О. С. Адміністративно-правовий статус адвоката в производстве по делам о нарушениях законодательства о налогах и сборах: Монография / О. С. Рогачева. – Воронеж, 2003. – 312 с., с. 70.
8. Бережнов А. Г. Права личности: некоторые вопросы теории. – М.: Изд-во МГУ, 1991. – 142 с., с. 21.
9. Халфина Р. О. Обще учение о правоотношении. –М.:Юр.лит. –1974. –340 с., с. 224-227.
10. Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955., с. 108.
11. Демиденко В. О. Теоретико-правове розуміння категорій "права", "свободи" та "обов'язки" людини і громадянина // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2004. – № 4. – С. 141-149.
12. Матузов Н. И. Личность, права, демократия. Теоретические проблемы субъективного права. – Саратов: Изд-во Саратов ун-та, 1972 – С. 145.
13. Ківалов С. В., Віта Л. Р. Організація державної служби в Україні. Навчально-методичний посібник. Одеса, 2002. – 328 с., с. 25.
14. Охотский Е. В. Правовой статус государственного служащего Российской Федерации // Государство и право. – 2003. – № 9. – С. 17-23.
15. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. Колегія: В. В. Авер'янов (голова). – К.: Вид-во "Юридична думка", 2004. – 584 с., с. 311.
16. Битяк Ю. Державна служба в Україні, її види // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – Вип. 3. – С. 58-65.
17. Волотіна Н. В. Право соціального захисту: становлення і розвиток в Україні. – К.: Знання, 2005. – 381 с., с. 91.
18. Шайхатдинов В. Ш. Право социального обеспечения Российской Федерации: Учебн. пособие. Екатеринбург, 1996. Вып. I., с. 5.

19. Супрун А. В. Прогалини Закону України "Про державну службу" щодо формування службової кар'єри // Державна служба України: сучасний стан та напрямки адаптації до стандартів Європейського Союзу: Матеріали конференції. Одеса, 2005. – С. 119-124.
20. Розпутенко І. Державна служба України в контексті вимог Євросоюзу // Національний інтерес. – 2005. – № 10. – С. 18-22.
21. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15.09.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 45. – Ст. 397.
22. Рачинський А. П. Статус державного службовця в Україні: теоретико-правовий аспект: Автореф. дис. ... канд. наук з державного управління. К., 2000. – 20 с., с. 12.

Ляхович У. І. Правовий зміст та класифікація прав державного службовця

У статті досліджуються правовий зміст та класифікація прав державного службовця які дозволяють йому виконувати завдання і функції держави.

Ключові слова: права державного службовця, класифікація прав державного службовця.

Ляхович У. И. Правовое содержание и классификация прав государственного служащего

В статье исследуются правовое содержание и классификация прав государственного служащего которые позволяют ему выполнять задание и функции государства.

Ключевые слова: права государственного служащего, классификация прав государственного служащего.

Liakhovych U.I. The Legal Substance and Classification of the Rights of State Employee

Legal substance and classification of rights of a civil servant which allow him to execute tasks and functions of the state are studied in the article.

Keywords: rights of a civil servant, classification of rights of a civil servant.

Удод М. В. , Вороблашевська І. С.

Права людини як об'єкт конституційного захисту

УДК 342.56

Здійснюючи вплив на формування та розвиток суспільних відносин, становлення правової та соціальної державності в країні, Конституція України покликана також впливати на сферу життєдіяльності кожного конкретного громадянина. Йдеться не стільки про те законодавство, яке формується на підставі чинної Конституції, скільки про права людини, закріплені в ній, та які набувають конституційних гарантій свого забезпечення та правового захисту. Таким чином, у сфері дослідження процесів конституційного розвитку сучасної України одну з найгостріших та важливих проблем становить питання конституційних основ захисту прав людини.

Характеризуючи ступінь наукового висвітлення цієї проблеми, слід зазначити, що багато вчених-юристів сьогодні активно досліджують проблематику захисту прав людини. Це праці таких авторів, як: П. Рабінович [1], Ю. Шемшученко [2], А. Олійник [3], О. Пушкіна [4] та інші. Але в межах даної статті пропонується звернутися не так до тих чи інших прав людини та їх нормативно-практичного аналізу, як до окремих проблем, щодо конституційного права загалом. Мається на увазі дослідження прав людини як одного з основних об'єктів конституційного захисту. У даному випадку викликає зацікавленість не лише сам факт закріплення тих чи інших прав людини

в тексті Конституції України, а насамперед з'ясування причин пріоритетності прав людини серед об'єктів конституційного захисту.

Метою даної статті є з'ясування проблем теорії і практики реалізації захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина у таких інстанціях, як Конституційний суд України, Уповноважений Верховної Ради з прав людини, а також Європейський суд з прав людини.

Актуальність даного наукового дослідження зумовлена тим, що: 1) як зазначає російська дослідниця Л. Глухарєва, нині можемо навіть твердити, що межах науки конституційного права окреслюється спеціальна дисципліна, що має своїм предметом права людини; 2) процес захисту прав людини розглядається як один з найважливіших елементів легітимації державної влади; 3) всі державотворчі процеси в Україні, проголошені ст. 1 Конституції України, здійснюються відповідно до принципу забезпечення та захисту прав людини [6].

Політико-правові та соціальні перетворення в незалежній Україні, орієнтовані на світові та європейські стандарти демократичної країни, зумовили приєднання нашої держави до системи міжнародно-правових гарантій захисту прав людини, передбаченою Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі - Конвенція), що своїм зворотним ефектом має вдосконалення національних механізмів утвердження та забезпечення прав і свобод людини на внутрішньодержавному рівні.

Однак існують деякі проблеми, пов'язані зі зверненням громадян України за захистом своїх прав до Європейського Суду. Статтею 55 Конституції України встановлено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Згідно з українським процесуальним законодавством, вичерпання національних засобів захисту, як передумова звернення до Європейського суду, передбачає процедуру судового розгляду справи, що включає провадження у першій, апеляційній і касаційній судових інстанціях.

Однак аналіз норм Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. (далі - ЦПК) та Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. (далі - КАС) вказує на те, що у цивільному й адміністративному судочинстві використання засобів правового захисту залежить від обставин конкретної справи. Так, за звичайною процедурою судочинства вичерпання включає проходження справи у першій, апеляційній і касаційній судових інстанціях. Разом з тим новелою цих кодексів є провадження у зв'язку з винятковими обставинами, яке ст. 357 ЦПК та ч. 2 ст. 235 КАС визначене різновидом касаційного провадження.

Відповідно до ст. 353 ЦПК, ст. 236 КАС, право оскарження судового рішення у цивільних та адміністративних справах у зв'язку з винятковими обставинами до Верховного Суду України має особа у разі, коли суд вирішив питання про її права і обов'язки, після його перегляду у касаційному порядку. Підставами для перегляду справи за винятковими обставинами є виявлене після її касаційного перегляду неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того ж положення закону, а також визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України (ст. 354 ЦПК, ст. 237 КАС).

Таким чином, є підстави вважати, що згідно з українським законодавством вичерпання національних засобів правового захисту, передбачене ч. 4 ст. 55 КУ як умова для звернення за захистом прав до відповідних міжнародних судових установ, юрисдикцію яких було визнано Україною, у цивільних і адміністративних справах може проявлятися у двох конструкціях судочинства:

1) звичайна процедура розгляду: включає судове провадження у першій, апеляційній і касаційній судових інстанціях;

2) процедура розгляду, обтяжена стадією у зв'язку з винятковими обставинами: включає судове провадження у першій, апеляційній, касаційній судових інстанціях, а також провадження у зв'язку з винятковими обставинами.

Визначення конструкції вичерпання національних засобів правового захисту важливо для встановлення того, яке внутрішнє рішення необхідно сприймати як остаточне - з чим пов'язуємо момент вичерпання національних засобів захисту та початку спливу шестимісячного строку для реалізації права на звернення до Суду в змісті прийнятності скарги відповідно до ст. 35 § 1 Конвенції.

Отже, за наявності певних обставин вичерпання національних засобів правового захисту щодо окремих справ у цивільному та адміністративному судочинстві може включати також і стадію розгляду у зв'язку з винятковими обставинами, за результатами якого судом касаційної інстанції вноситься рішення, що є остаточним і свідчить про вичерпання цих засобів відповідно до ст. 35 Конвенції.

Важливо відзначити також те, що іноді приводом для звернення до Європейського суду з прав людини є не одне, а декілька порушень - певна сукупність фактів, дій, рішень органів державної влади, які можуть складати порушення прав, передбачених різними статтями Конвенції. У цьому випадку необхідно переконатись у тому, що стосовно кожного з порушених прав вичерпані всі національні засоби правового захисту.

Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що правова конструкція "вичерпання національних засобів правового захисту" потребує законодавчої визначеності та конкретизації, що має значення як свідчення реального прийняття державою відповідальності перед кожним за утвердження та забезпечення прав і свобод людини, що гарантовано ст. 3 Конституції України [10].

В Україні та інших країнах світу захист прав і свобод людини та громадянина здійснюється також органами конституційної юрисдикції. Разом з тим проблема формування дієвого механізму захисту прав і свобод людини такими органами ще недостатньо досліджена.

Так, українські громадяни, які звернулися до Конституційного Суду, змушені втратити багато часу, очікуючи на початок конституційного провадження, який у законодавчому полі не визначений, не ведучи мову вже про результати цього розгляду. Такий стан справ не додає авторитету Конституційному Суду як виключно важливому інституту становлення та захисту демократії в державі.

З іншого боку, серед чинників, що визначають дієвість механізму захисту прав і свобод людини та громадянина органом конституційної юрисдикції, необхідно виокремити можливість доступу до конституційного судочинства суб'єктів, зацікавлених у такому захисті. У разі конституційного провадження за зверненням громадян самі суб'єкти звернення не беруть особистої участі у пленарних засіданнях Конституційного Суду, так як останній приймає рішення лише на підставі наявних документів.

Особиста присутність авторів конституційних звернень на засіданнях Конституційного Суду особливо необхідна на стадії прийняття рішення про відкриття або відмову у відкритті даного провадження. До того ж ця проблема має загальний характер, оскільки стосується всіх видів звернень до Конституційного Суду України.

Разом з тим не менш важливою є інша причина відмови громадян звернутися до Конституційного Суду - віддаленість регіонів від столиці України. Профільний Закон визначає офіційне місцезнаходження Конституційного Суду України - м. Київ, проте далеко не кожному пересічному громадянину під силу матеріальні, моральні та інші витрати, пов'язані із захистом своїх законних прав та свобод.

Можливим вирішенням даної проблеми могли б стати представництва Конституційного Суду, наприклад, у обласних центрах. Безперечно, це потребує внесення відповідних змін насамперед до профільного Закону, проте такий крок реально розширив би можливості громадян та інших фізичних осіб щодо захисту належних їм прав та свобод.

Підсумовуючи зазначене вище, можна дійти висновку, що розширення доступу до конституційного правосуддя зацікавлених суб'єктів, чітке законодавче врегулювання процесуальних прав і обов'язків учасників конституційного судочинства сприятимуть здійсненню проголошених Конституцією України принципів верховенства права та пріоритету прав і свобод людини й громадянина [12].

Слід також звернути увагу ще на один інститут захисту прав та свобод людини в Україні, а саме Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, який має багато недоліків законодавчого закріплення свого правового статусу, що перешкоджає йому здійснювати у повній мірі свої обов'язки. Основний акт, який визначає правовий статус українського омбудсмена, є Закон України "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини". Однак вважається за необхідне в межах даної статті окреслити шляхи вдосконалення окремих норм цього закону.

Наприклад, А. Тененбаум вважає за доцільне розширити коло суспільних відносин, на які має впливати омбудсман. На його думку, "у ст. 2 Закону зазначено, що сферою його застосування є відносини при реалізації прав і свобод людини та громадянина лише між громадянином України незалежно від його місця перебування, іноземцем чи особою без громадянства, які перебувають на території України, та органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх посадовими та службовими особами". Однак, на відміну від законодавства скандинавських країн та ФРН, де сфери дії цього Закону не включені Збройні Сили, інші формування України та військової адміністрація, тобто права військовослужбовців - громадян України - знаходяться за межами впливу зазначеного органу парламентського контролю. Це означає, що грубими порушеннями конституційних прав, військового законодавства та статутних норм мають займатися лише військова прокуратура, а також Комітет солдатських матерів і деякі інші громадські організації, які не мають владних повноважень. Але, як свідчить досвід, ні військова прокуратура, ні військове командування не спроможні належним чином забезпечити дотримання конституційних прав громадян України, які носять погони. Це призводить до непоодиноких випадків грубого порушення вимог статей 27 і 28 Конституції України щодо недопустимості свавільного позбавлення людини життя, жорстокого поводження з нею у Збройних Силах нашої держави. Тому можна погодитися з висновком А. Тененбаума про необхідність доповнення ст. 2 Закону з метою поширення його дії на армію, інші військові формування України.

Також підвищенню загальноосупільної поваги до цього інституту держави сприятиме більш коректне формування вимог до кандидата на зазначену посаду. Серед таких вимог у ст. 5 Закону названо високі моральні якості та досвід правозахисної діяльності. Але даному припису суперечить норма цієї ж статті: якщо судимість за вчинення злочину погашена та знята в установленому законом порядку, правових перешкод для того, щоб обіймати зазначену посаду, не існує.

Відповідно ст. 15 Закону, актами реагування Уповноваженого є подання, які вносяться ним до органів державної влади, об'єднань громадян, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, їх посадовим та службовим особам для вжиття відповідних заходів у місячний строк щодо усунення виявлених порушень прав і свобод людини та громадянина. Але у цьому приписі не зазначено:

- 1) обов'язковості розгляду вказаними особами цих актів реагування;

- 2) про акти реагування представників Уповноваженого;
- 3) про скасування незаконних рішень органів влади й юридичних осіб, не вказано шляхи фактичного поновлення порушених прав громадян, стягнення компенсацій, збитків, а також притягнення винних до відповідальності;
- 4) не передбачена можливість оскарження подання Уповноваженого.

Ця недосконалість актів реагування Уповноваженого є основною перешкодою для відновлення порушених прав громадян.

Не вдається зупинити зростання правопорушень і злочинів, скоюваних неповнолітніми, а також щодо них. Одним із варіантів вирішення цієї проблеми є запровадження спеціалізованого омбудсмана з прав дітей як інституту, не підзвітного Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини. Світовий досвід знає приклади діяльності таких омбудсманів, наприклад, у Польщі.

Позитивно сприятиме зростанню політико-правового статусу Уповноваженого його тісна взаємодія з правоохоронними органами, зокрема з органами внутрішніх справ, з прокуратурою тощо.

Заслуговує на увагу проблема, щодо неможливості ознайомлення Уповноваженого з матеріалами кримінальної справи. В нормах кримінально-процесуального законодавства чітко визначено коло осіб, які мають право доступу до таких матеріалів і ознайомлення з ними. Уповноваженому таке право не надане [14]. Тому важливе питання про характер інформації, яку омбудсман може отримувати від органів прокуратури.

Таким чином, можна зробити наступні висновки:

1. Необхідно вдосконалити у національному законодавстві визначення конструкції вичерпання національних засобів правового захисту, що є важливим для встановлення того, яке внутрішнє рішення необхідно сприймати як остаточне і з чим пов'язується момент вичерпання національних засобів захисту та початку спливу шестимісячного строку для реалізації права на звернення до Суду в змісті прийнятності скарги відповідно до ст. 35 § 1 Конвенції;

2. Внести до законодавства, що регулює механізм захисту прав і свобод людини органами конституційної юрисдикції, відповідні зміни, що стосуються чіткого визначення порядку початку конституційною провадження, а також забезпечують можливість особистої участі у конституційному судочинстві суб'єктів звернення;

3. Статтю 2 Закону України "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини" викласти у наступній редакції: "Сферою застосування Закону є відносини, що виникають при реалізації прав і свобод людини і громадянина лише між громадянином України, незалежно від місця його перебування, іноземцем чи особою без громадянства, які перебувають на території України, та органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їх посадовими і службовими особами, включаючи військові формування, на які відповідно до Конституції України покладаються оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності".

1. Рабинович П. М. Права людини: діалектика універсалізації та урізноманітнення // Вісник Академії правових наук. – 2001. – № 4. – С. 13-21.
2. Шемшученко Ю. Конституція України і права людини // Право України. – 2001. – № 8. – С. 13-15.
3. Колодій А. М., Олійник А. Ю. Права людини і громадянина в Україні: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 336 с.
4. Пушкіна О. В. Питання класифікації прав людини та способів її закріплення у сучасній конституційній практиці // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 11 (37). – С. 8-20.

5. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
6. Бабенко К. А. Права людини як об'єкт конституційного захисту // Бюлетень Міністерства Юстиції України. – 2008. – № 4 (78). – С. 21-30.
7. Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР // Голос України. – 1997. – 24 лип.
8. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV// Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 40-41,42. – Ст.492.
9. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV // Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 35-36,37. – Ст.446.
10. Клименко О. М. До питання про вичерпання національних засобів правового захисту прав людини в Україні // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2007. – № 10(72). – С. 21-27.
11. Про Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 49. – Ст. 272.
12. Задорожня Г. Специфіка державного захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні // Право України. – 2008. – №1. – С. 28-30.
13. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23.12.1997 № 776/97-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1998. – № 20. – Ст. 99.
14. Довбиш В., Кравченко Н. Шлях вдосконалення політико-правового статусу вітчизняного омбудсмена: застосування західноєвропейського досвіду // Підприємство, господарство і право. – 2007. – № 9. – С. 62-65.

Удод М.В., Ворфоломєєва І.С. Права людини як об'єкт конституційного захисту

У роботі аналізуються права людини як об'єкт конституційного захисту; дається характеристика вичерпання національних способів захисту; розкривається процедура захисту прав людини Конституційним Судом України і Уповноваженим Верховної Ради з прав людини.

Ключові слова: права людини, Конституційний Суд України, Уповноважений Верховної Ради з прав людини, Європейський суд з прав людини, вичерпання національних способів захисту.

Udod N.V., Vorfolomeieva I.S. Права человека как объект конституционной защиты

В работе анализируются права человека как объект конституционной защиты; дается характеристика исчерпания национальных способов защиты; раскрывается процедура защиты прав человека Конституционным Судом Украины и Уполномоченным Верховной Рады по правам человека.

Ключевые слова: права человека, Конституционный Суд Украины, Уполномоченный Верховной Рады по правам человека, Европейский суд по правам человека, исчерпание национальных способов защиты.

Udod M.V., Vorfolomeieva I.S. Human Rights As An Object Of Constitutional Defence.

In the given article the human rights as an object of constitutional defence are analyzed; a concept is investigated and description of exhausting of national methods of defence is given; procedure of defence of human rights opens up by Constitutional Court of Ukraine and Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights.

Keywords: human rights, Constitutional Court of Ukraine, Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights, European Court of Human Rights, exhausting of national methods of defence.

До питання про правову регламентацію організації і діяльності нотаріату

УДК 347.961.1

Правова регламентація нотаріальної діяльності повинна регулювати організацію нотаріату та нотаріальну діяльність як цілісну систему, що включає наступні елементи:

1. ціль діяльності (для чого вона створена);
2. зміст роботи нотаріату як структури;
3. сама по собі структура нотаріату;
4. методи, прийоми нотаріальних дій;
5. нотаріус;
6. учасники нотаріального провадження;
7. форми нотаріальної діяльності.

Нотаріат є неодмінною складовою частиною будь-якої правової системи [1, с. 8] і тому аналіз питання про правову регламентацію організації і діяльності нотаріату вимагає, у першу чергу, аналізу його місця в правовій системі України. Актуальність такого підходу обумовлюється також тим, що український нотаріат являє собою нотаріат латинського типу, що визначається приналежністю української правової системи до континентальної системи права. Англосаксонська правова система регламентує абсолютно іншу організацію діяльності нотаріату.

Поряд з устояними категоріями економічної, політичної, соціальної систем категорія правова система після прийняття Конституції України 1996 року знайшла нове наповнення. Вона поєднує всі елементи правової дійсності в рамках конкретної держави і дозволяє побачити зв'язок між ними, ступінь їхньої розробленості й ефективності впливу на суспільні відносини [2, с. 91-92].

Питання про місце нотаріату в правовій системі сучасної Української держави є багато в чому дискусійним. Слід визнати, що у вітчизняній доктрині дотепер не вироблено єдиного підходу до даної проблеми, що відповідав би поточним цілям і задачам, що стоять перед нашою країною, відображав би реальну політичну й економічну ситуацію. У цих умовах особливого значення набуває багатий досвід, накопичений у даній області у зарубіжних країнах. Вироблення підходів до цієї проблеми, які відповідають міжнародним стандартам, особливо важливі в сучасних умовах проведення реформ державного управління. Питання про юридичну природу нотаріату, ступеня його автономності, про форми і методи контролю з боку держави дуже важливі для адекватного розуміння проблеми його соціально-правового статусу.

Відповідно до ст. 2 Закону України "Про нотаріат" "Правовою основою діяльності нотаріату є Конституція України, цей Закон, інші законодавчі акти України".[3] Вказаний у нормі перелік чітко визначає правові основи організації і діяльності нотаріату в Україні.

Ще з прийняттям "Положення про державний нотаріат" України від 20 квітня 1923 р. [4, с. 419-428] було чітко визначено місце нотаріату у правовій системі держави

– він був віднесений до органів юстиції. Це положення збереглося і по сей день – нотаріат належить до органів юстиції, про що свідчать чисельні правові документи, що визначають основи правової регламентації його діяльності, систему підпорядкування та т. ін.

Конституція України (ст. 92 п. 14) визначає, що правова регламентація засад нотаріату здійснюється виключно Законами України.

Відповідно до цього, було прийнято Закон "Про нотаріат" до якого, у подальшому, також шляхом прийняття Законів, вносились відповідні зміни та доповнення.

Як відзначалося вище, регламентація діяльності нотаріату перебуває у внятковій компетенції Верховної Ради України. Саме ним прийнятий діючий фундаментальний нормативний акт, що регламентує правові основи організації нотаріату і його діяльності.

Динаміка економічного й політичного розвитку українського суспільства обумовила динаміку розвитку його правової системи й у тому числі тої його частини, що регламентує предмет даного дослідження.

Основою правової регламентації організації і діяльності нотаріату є Закон "Про нотаріат" який був прийнятий 02 вересня 1993 року, та істотно змінений Законом України від 01 жовтня 2008 року (далі - Закон).

Аналіз структури і змісту Закону свідчить, що він фактично поділений на дві основні частини *Загальну* й *Особливу*.

Загальна частина, що включає в себе перший і другий розділи Закону, поєднує норми *матеріального права*, що регулюють *основи організації нотаріату й загальні повноваження нотаріусів*.

Особлива частина – складається із третього й четвертого розділів і поєднує *норми, що регулюють нотаріальний процес*

У такий спосіб сама структура основного нормативного акту, що визначає основи організації й діяльності нотаріату підтверджує зроблений вище висновок про самостійність нотаріального права як комплексної підгалузі системи права, частина якої є підгалуззю конституційного (Загальна), а частина цивільно-процесуального права (Особлива).

У такий спосіб ми маємо справу зі сформованою підгалуззю права – нотаріальним правом, що може бути визначена як: *підгалузь системи українського права, що регулює суспільні відносини в сфері організації органів нотаріату й визначенні процесуальних основ його діяльності*.

Оцінюючи Закон "Про нотаріат" варто зробити деякі критичні зауваження, пов'язані, в основному, з порушенням загальноприйнятих правил юридичної техніки, допущені в процесі його розробки й прийняття.

Перше стосується відсутності чіткого розподілу на частині Загальну й Особливу, що наочно впливає з аналізу структури Закону й значимості змісту норм.

При існуючому підході фактично відбувається як змішування норм різних підгалузей права (що зазначалось вище), так і порушення внутрішньої логічної структури Закону.

Друге, по суті, впливає з першого, і належить до наскрізної нумерації глав Закону. Якби законодавець *de jure* поділив закон на дві частини (як це *de facto*), то нумерацію глав слід було здійснювати усередині кожної із частин, як це зроблено, наприклад, у КК України. Це підкреслило би внутрішній зміст закону як комплексного нормативного акту, що регулює основи організації й діяльності певної системи, якою, без сумніву, є нотаріат. Фактично при такій побудові можна було б перейти й до рішення наступного питання - створення Нотаріального кодексу.

Одночасно із Законом правові основи діяльності нотаріату визначаються Інструкцією "Про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України", яка затверджена Наказом Міністерства юстиції України 03.03.2004 р. № 20/5 [5].

Оцінка даної Інструкції з позицій її нормативної сили в контексті конституційних основ регулювання діяльності нотаріату, різко негативна, оскільки її існування фактично суперечить Конституції України, яка закріплює винятковий порядок регламентації діяльності нотаріату за допомогою Закону. Разом з тим, як показали результати проведеного дослідження, 98% всіх опитаних нотаріусів саме Інструкцію вважають основним документом, що регламентує діяльність досліджуваного інституту. І це частково зрозуміло, оскільки Інструкція більш детально ніж Закон визначає, у першу чергу, нотаріальну процедуру, нотаріальний процес.

Порівняльний аналіз змісту Інструкції й Закону дає всі підстави говорити про: по перше, суттєве нічим не виправдане дублювання Інструкцією основних положень Закону, а по-друге – вихід останньої за межі наданих таким актам повноважень (хоча Інструкція деталізуючи в багатьох питаннях нотаріальний процес здійснює це "во благо", що є у цілому, корисним). Але при цьому відбувається прийняття Інструкцією на себе невластивих даному нормативному акту повноважень. Як приклад першого можна привести хоча б наступний факт. Закон у Розділі III Главі 4 присвяченій загальним правилам здійснення нотаріальних дій, закріплює їх в 12 статтях (ст.ст. 41-53). Інструкція ж розглядає ці ж питання в Главі II і здійснює це у 24 статтях (ст.ст. 10-34). При цьому ряд положень Інструкції просто дублюють Закон. Зрівняємо, наприклад, ст.41 Закону закріплює, що "Нотаріальні дії можуть вчинятися будь-яким нотаріусом чи посадовою особою органів місцевого самоврядування, за винятком випадків, передбачених статтями 9, 55, 60, 65, 66, 70-73, 85, 93 і 103 цього Закону, та інших випадків, передбачених законодавством України". Стаття 10 Інструкції також установлює, що "Нотаріальні дії можуть вчинятися будь-яким нотаріусом на всій території України, за винятком обмежень у праві вчинення нотаріальних дій, установлених Законом України "Про нотаріат" та іншими актами законодавства України" [6].

Одночасно між Законом і Інструкцією існують суттєві суперечності, які, загалом, приводять до висновку про певну незаконність останньої.

Так, наприклад, і Закон (ст. 34) і Інструкція (Глава I ст. 2) однаково визначають перелік нотаріальних дій, здійснюваних нотаріусами. При цьому, як відзначалося вище, Закон у Розділі III главах 5-17 визначає конкретний порядок (правила) здійснення лише 12 з них, тоді як Інструкція робить це більш повно, визначаючи порядок здійснення всіх без винятку видів нотаріальних дій, якихось усього налічується 22 виду. У такий спосіб фіксується фактично, нічим не визначена й логічно не з'яовна нерівність, яка об'єктивно приводить до питань: "Чому Закон, зобов'язаний регламентувати діяльність нотаріату в повному обсязі не робить цього? Чим визначається існуюча вибірковість Закону щодо регламентації нотаріальних дій? При наявності регламентації Законом певного кола нотаріальних дій, чи є законної регламентація Інструкцією тих з них, які не потрапили в регламентацію Законом? І, нарешті, чи є взагалі регламентація діяльності нотаріуса не Законом, а Інструкцією такою, що відповідає Конституції України?". При всім притім варто акцентувати й той факт, що Закон (у новій редакції) був прийнятий після прийняття Інструкції й міг врахувати існуюче протиріччя, але не зробив цього.

Представляється, що Інструкція виходить за рамки Конституції України, приймаючи на себе не властиві їй функції фактичного регулювання нотаріальної діяльності.

Одночасно Інструкція у своїх главах деталізує порядок здійснення певних нотаріальних дій при цьому здійснює це надзвичайно детально. Так, якщо Закон називає як узагальнене поняття "Посвідчення правочинів" і закріплює загальні правила їх здійснення, то Інструкція підрозділяє їх на види й розглядає в 16 главах стосовно до особливостей предмету правочину, і робить це надзвичайно детально. Одночасно з тим, Інструкція закріплює порядок здійснення нотаріусами і дій які взагалі не передбачені Законом і не перераховані у відповідній статті самої Інструкції, але визначені іншими Законами України. Прикладом тому може бути регламентація в Главі 26 Інструкції порядку накладення нотаріусом заборони відчуження нерухомого та рухомого майна та ін.

Таким чином, наочно видно, що в реальних умовах відбулося грубе порушення Конституційного положення про порядок регулювання нотаріальної діяльності винятково Законом України. При цьому варто підкреслити, що конституційний порядок регулювання представляється абсолютно правильним. Ідентичним образом відбувається регулювання судової діяльності, професійної діяльності в сфері цивільної, адміністративної й карної юстиції й т.п.

Яким же представляється оптимальний вихід з положення, що створилося? Він один і досить простий. Необхідно кардинальним образом змінити підхід до структури законодавства про нотаріат. Закон про нотаріат повинен складатися із двох частин - Загальної, у якій закріплені основи організації діяльності органів нотаріату в Україні (поняття, структура, принципи діяльності, порядок заміщення посади нотаріуса й т.п., а також основні правила вчинення нотаріальних дій), і Особливий, визначальний порядок вчинення нотаріусом окремих видів нотаріальних дій. При цьому Особлива частина повинна структурно повністю відповідати нормі Загальної частини, що визначає види нотаріальних дій.

Внесена пропозиція не означає повної ліквідації Інструкції як документа що визначає діяльність нотаріуса. Як така вона може й повинна бути збережена. Однак її наповнення повинне бути докорінно змінено. Інструкція повинна містити в собі визначати *технічні питання нотаріальної діяльності, до яких ставляться правила нотаріально діловодства*. При цьому в єдиний документ повинні бути об'єднані існуючі сьогодні окремо - Порядок ведення та заповнення реєстрів для реєстрації нотаріальних дій, затверджені наказом Міністерства юстиції України від 15.07.2003 № 87/5 [7], Правила ведення нотаріального діловодства затверджені наказом Міністерства юстиції України від 31.12.2008 № 2368/5 [8] та інші документи такого роду, які стосуються нотаріального діловодства.

В Інструкції повинні знайти місце усі питання, які стосуються технічних питань організації діяльності нотаріусів.

Саме такого роду питання повинні визначатися Інструкцією яка не повинна підмінювати собою Закон, як це має місце сьогодні.

1. Полтавская И. А. Нотариат: Курс лекций - М.: Омега -Л, 2004.
2. Автономов А. С. Правовая онтология политики: к построению системы категорий. М., 1999. – С. 91-92.
3. Конституція України. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>
4. Збір законів і розпоряджень Робіт. Сел. Уряду України. – 1923 - №13. – арт. 232. – С. 419-428.
5. Інструкція "Про порядок вчинення нотаріальних дій". Електронний ресурс: [Режим доступу] <http://zakon.rada.gov.ua/>

6. Існуючі текстуальні розбіжності пояснюються тим, що Закон у новій редакції було прийнятий пізніше Інструкції.
7. Порядок ведення та заповнення реєстрів для реєстрації нотаріальних дій. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/>
8. Правила ведення нотаріального діловодства/Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/>

Фріс І. П. До питання про правову регламентацію організації і діяльності нотаріату.

У статті розглядаються питання правового забезпечення організації і діяльності нотаріату в Україні. Ставиться питання про приведення існуючої нормативної бази у цьому питанні у відповідність до положень Конституції України.

Ключові слова: нотаріат, Конституція, Закон "Про нотаріат", Інструкція

Фріс И. П. К вопросу о правовой регламентации и деятельности нотариата

В статье рассматриваются вопросы правового обеспечения организации и деятельности нотариата в Украине. Ставится вопрос о приведении существующей нормативной базы в этом вопросе в соответствие с положениями Конституции Украины.

Ключевые слова: нотариат, Конституция, Закон "О нотариате", Инструкция.

Fris I.P. To The Question Of Legal Regulation And Organization Of Notaries

The questions of legal organization and functioning of notaries in Ukraine are outlined in the article. It is pointed the question of bringing the existing regulatory framework in this matter in line with the Constitution of Ukraine.

Keywords: notary, the Constitution, the Law on Notaries, Tutorial.

Яцків І. І.

Загальні положення протидії корупції: адміністративно-правовий аспект

УДК 328.185

Одним з найбільш поширених явищ, які супроводжують процес суспільного розвитку є корупція. Розглядати її можна з різних точок зору, аналізувати, визначати територію та причини поширення, узагальнювати, вести статистику, боротьбу, попередження, протидію, важливо тільки щоб ця діяльність мала позитивний результат. Загальновідомо, що наслідки корупції проявляються в негативних змінах системи держави, порушенні основних засад господарювання, у перешкоджанні надходженню внутрішніх і зовнішніх інвестицій.

Корупція є однією з причин фінансових криз, порушує конкурентні засади економіки, сприяє розвитку недобросовісної конкуренції та монополізації економіки; перешкоджає розвитку ринкових відносин, передусім середнього й малого підприємництва; дискримінує підприємців з боку корумпованих чиновників; сприяє криміналізації економіки, легалізації доходів, одержаних незаконним шляхом.

Дослідженням даної проблематики займалось багато науковців як в Україні, так і на міжнародному рівні, зокрема О. В. Бандурка, В. Т. Білоус, В. О. Глушков, Ю. В. Грошовий, І. С. Дашини, Є. Б. Дидоренко, А. П. Закалок, В. Т. Зеленецький, М. І. Камлик, В. С. Литвиненко, М. І. Мельник, Є. В. Невмержицький, В. М.

Попович, В. В. Сташис, В. Г. Ташій, М. І. Хавронюк О. Я. Прохоренко, Д. Г. Заброта, О. В. Терещук, А. В. Гайдук та інші.

Загалом систему корупції й хабарництва можна розглядати як механізм неформального перерозподілу суспільних благ – можливостей і результатів господарської діяльності, що завдає значної шкоди формуванню інститутів держави, утвердження їх ролі в процесі соціально-економічного розвитку суспільства, становленню громадянського суспільства. Адаже цей механізм неформального перерозподілу благ діє не за принципом соціальної справедливості й рівності всіх громадян перед законом, а на основі силового відбирання благ від одних суб'єктів та передачі їх іншим з метою отримання відповідної адміністративної ренти. Отже, в корупції принцип соціальної несправедливості виведено в головний метод неформального управління суспільними відносинами, що породжує цілу сферу тіньового управління, яка перешкоджає інститутам держави ефективно впливати засобами регулювання на соціально-економічні явища й процеси в суспільстві, роблячи їх некерованими, стихійними й не підпорядкованими закону.

Адміністративно-правові засади протидії корупції ґрунтуються на здійсненні заходів правового впливу притаманних даній юридичній галузі. Правовою основою для такої діяльності є Закон України "Про боротьбу з корупцією" [4] зі змінами. Крім того, сьогодні є декілька нових проектів законів та проводиться діяльність щодо залучення громадськості до їх оцінки, внесення пропозицій.

Корупція – це комплексне поняття, яке охоплює сукупність взаємопов'язаних правопорушень: кримінально-правових; адміністративно-правових; дисциплінарних. І вже цей факт пояснює наявність розмаїття визначень корупції різними авторами і проблеми з формулюванням загального, єдиного визначення цього явища.

Корупція - причина і ядро багатьох порушень прав людини. Серед країн, де спостерігається систематична корупція, відповідно систематично порушуються і права людини.

Для визначення заходів протидії важливо встановити правовий статус суб'єктів корупційної та антикорупційної діяльності. Спеціальні обмеження, які встановлені для державних службовців, зокрема, заборона сприяти, використовуючи своє службове становище, фізичним і юридичним особам у здійсненні ними підприємницької діяльності, в отриманні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг з метою незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг; займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників або підставних осіб, бути повіреним третіх осіб у справах державного органу, в якому вона працює; використовуючи своє посадове становище, фізичним та юридичним особам у здійсненні ними зовнішньоекономічної, кредитно-банківської та іншої діяльності з метою незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг не завжди дотримуються. Порушення цього обмеження матиме місце за наявності сукупності трьох ознак:

- 1) особа має сприяти у здійсненні підприємницької діяльності або в отриманні фізичними або юридичними особами субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг;
- 2) при цьому вона має використовувати своє службове становище;
- 3) наявність спеціальної мети - незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг.

Відсутність хоча б однієї з вказаних ознак виключає підстави для складення протоколу про вчинення корупційного правопорушення, передбаченого п. "а" ч. 1 ст. 5 Закону, а справа підлягає закриттю за відсутністю складу правопорушення.

Концепція подолання корупції [1] вбачає головним напрямом розв'язання проблеми корумпованості в органах виконавчої влади вдосконаленням інституту державної

служби, адміністративних процедур у цих органах та порядку здійснення державного регулювання. Саме у цих сферах спостерігаються тенденції до посилення корупційних ризиків, серед яких необхідно виділити неефективність державного контролю у сфері державного регулювання економіки, відсутність процедури дискваліфікації учасників через їх негативну репутацію ("чорні списки"), обмеженість доступу до інформації про державні закупівлі тощо.

Іншою формою (специфічним, замаскованим способом) незаконного одержання матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг є прийняття чи одержання предметів (послуг) шляхом їх придбання за ціною (тарифом), яка є істотно нижчою від їх фактичної (дійсної) вартості. За таких обставин особа приймає (одержує) предмети чи послуги за фіктивною вартістю. В результаті цієї фіктивності одержувач предметів чи послуг виграє матеріально. Він не сплачує за предмет чи послугу ту ціну, яка є дійсною і яку за них сплачують інші особи. При цьому зменшення для нього вартості предмета (послуги) відбувається у зв'язку з виконанням ним функцій держави.

Практика підтверджує, що складнішим є регуляторне середовище для ведення господарювання на центральному й регіональному рівнях (дозвільно-погоджувальні, митні, процедури, оподаткування, оренда, землекористування), тим більше підстав отримують представники органів влади для вимагання хабарів у тій чи іншій формі та вчинення корупційних дій.

Переваги, які створює для суб'єктів відносна система корупції і хабарництва – можливість оперативного подолання адміністративних бар'єрів, безкарного обходження неефективних і необґрунтованих регуляторних норм, доступу на ринок певних товарів і послуг, захисту від свавілля органів державного контролю і нагляду, обходження обтяжливих адміністративних процедур, легальної діяльності в тіньовому секторі економіки та безкарного зменшення об'єктів оподаткування тощо.

Корупція дає змогу учасникам корупційних відносин лише ситуативно обходити серйозні проблеми, досягаючи тимчасової стабільності, але не розв'язувати їх – вона, навпаки, стимулює економічну зацікавленість органів влади у збереженні адміністративних і регуляторних бар'єрів, породжує інституційно-структурну нестабільність системи господарювання, закритість широкого доступу суб'єктів відносно до суспільних благ, правових умов, можливостей, ресурсів та неефективне використання людського, ресурсного й інтелектуального капіталу.

Порушення ринкових механізмів спричиняє зниження ефективності ринку і дискредитацію ідеї ринкової конкуренції. Знижується довіра учасників ринку до спроможності влади встановлювати і дотримуватися чесних правил ринкової гри. Погіршується інвестиційний клімат і проблеми подолання спаду виробництва, відновлення основних фондів не знаходять свого вирішення. Тому в економічній сфері необхідно сприяти конкуренції і позбавлятися монополії, розвивати прозорість під час розподілу державних замовлень. Головним базисом очищення суспільства від корупції є запровадження демократичних засад у сфері суспільного життя, чітке визначення меж державного регулювання економіки.

Стратегія профілактики корупційних діянь в економічній сфері полягає у виведенні частини економіки, яка перебуває в тіньовій сфері, на легальне існування. Вона може розгортатися за умов удосконалення системи оподаткування, зменшення податкового тиску на підприємств та спрощення порядку стягнення податків. Економічні наслідки корупції проявляються в тому, що вона: підриває економічну систему держави; дискредитує економічні реформи; порушує основні засади господарської діяльності; перешкоджає надходженню внутрішніх і зовнішніх інвестицій; є причиною фінансових криз; порушує конкурентні засади економіки, сприяє розвитку недобросовісної конкуренції; сприяє монополізації економіки; перешкоджає розвитку ринкових

відносин, передусім середнього та малого підприємництва; дискримінує підприємців з боку корумпованих чиновників; сприяє криміналізації та тінізації економіки, легалізації доходів, одержаних незаконним шляхом; Корупція є однією з основних причин економічного занепаду багатьох країн світу [2, с. 50].

Протидія корупції потребує тривалих соціально-економічних, політичних та правових перетворень, тут можна виділити і профілактичну діяльність, і ефективне застосування та подальше вдосконалення правових актів, спрямованих на боротьбу з корупцією, діяльність державних органів щодо викорінення корупції, виявлення та розслідування корупційних правопорушень, забезпечення покарання осіб, винних у вчиненні корупційних правопорушень, поновлення порушених корупційними діяннями законних прав та інтересів осіб, усунення наслідків корупційних діянь. Ефективна протидія корупції можлива за умов створення та реалізації належної системи забезпечення цієї діяльності.

Здійснення заходів з протидії корупції покладається на спеціально уповноважених суб'єктів. Класифікувати їх можна за різними критеріями, зокрема, за змістом та функціональністю на суб'єктів, які визначають і забезпечують реалізацію антикорупційної політики держави; які створюють і удосконалюють нормативно-правову базу протидії корупції; на суб'єктів безпосередньої правоохоронної діяльності у сфері протидії корупції; які здійснюють судовий розгляд справ про корупційні правопорушення (суд); діяльність яких спрямована на запобігання корупції; які здійснюють координацію антикорупційної діяльності; які реалізують контроль та нагляд за діяльністю суб'єктів безпосередньої правоохоронної діяльності у сфері протидії корупції; які здійснюють поновлення законних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, усунення наслідків корупційних діянь; які здійснюють фінансове, матеріально-технічне, інформаційне, науково-методичне забезпечення протидії корупції.

Як відомо, протидія корупції як специфічний вид діяльності у сфері соціального управління включає систему заходів політичного, правового, організаційно-управлінського, ідеологічного, соціально-психологічного та іншого характеру, спрямованих на зменшення її обсягів, зміну характеру корупційних проявів, обмеження впливу корупції на соціальні процеси, збільшення ризику для корупціонерів, усунення соціальних передумов корупції, причин та умов корупційних діянь, виявлення, припинення та розслідування проявів корупції, притягнення осіб, винних у вчиненні корупційних правопорушень, до юридичної відповідальності, поновлення законних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, усунення наслідків корупційних діянь, має здійснюватися відповідними суб'єктами і базуватися на певних засадах.

Протидія корупції в основному направлена на зменшення та викорінення зловживань, які спотворюють політичні процеси, і які допомагають приходити до влади тим людям, які не дбають про представництво інтересів суспільства. Відповідно, зменшення корупційних проявів покращує доступ до суспільних послуг, особливо для бідних та уразливих верств населення, відкриває шлях для суспільного розвитку. Якщо розглядати корупцію як антисоціальне явище, як наприклад, злочинність, то перш за все, варто зазначити, що викорінення її повністю є утопією. Завданням ж всіх органів та служб з протидії корупції є зменшення її проявів до мінімуму, розробка ефективних заходів та методів протидії і виявлення корупційних правопорушень, особливо таких суспільно-небезпечних як злочини, зміна свідомості людини, підвищення правової культури, створення заходів перевиховання людини зокрема і суспільства у цілому. Звичайно, що даний шлях розвитку є складним та тернистим, а за сучасних суспільно-політичних умов у країні фактично неможливим, оскільки політична та економічна кризи тільки створюють сприятливі умови для корупції.

Процесу протидії корупційним проявам потрібен комплексний підхід на основі відповідного детального аналізу та побудови системи, що передбачатиме участь державних органів і громадськості. Головними напрямками протидії корупції є вдосконалення законодавчої бази; запобігання корупції; виявлення, припинення та розслідування корупційних правопорушень; забезпечення покарання осіб, винних у вчиненні корупційних правопорушень; поновлення порушених корупційними діяннями законних прав та інтересів осіб; усунення наслідків корупційних діянь. Серед засобів та методів запобігання корупції можна виділити профілактичну діяльність, ефективне застосування правових актів, спрямованих на боротьбу з корупцією, діяльність державних органів щодо викорінення корупції.

1. Концепція подолання корупції в Україні "На шляху до доброчесності": схвалена Указом Президента України від 11 вересня 2006 року № 742/2006 // <http://www.president.gov.ua/documents/4908.html>
2. Мельник М. І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії): монографія. – К.: Юридична думка, 2004. – 400с
3. Мельник М. І. , Редька А. І. , Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар Закону України "Про боротьбу з корупцією" / за ред. М. І. Мельника. – К.: Атіка, 2008. – 372с.
4. Про боротьбу з корупцією: Закон України від 5.10.1995 // Відомості Верховної Радн. – 1995. – №34. – ст.266
5. Про систему заходів щодо усунення причин та умов, які сприяють злочинним проявам і корупції: Указ Президента України від 9.02.2004 № 175/2004 // <http://www.president.gov.ua/documents/1565.html>

Яцків І. І. Загальні принципи протидії корупції: адміністративний аспект

Ця стаття присвячена питанням основних принципів протидії корупції. Автор визначає поняття корупції, механізму діяльності корупції.

Ключові слова: корупція, протидія корупції.

Яцкив И. И. Общие принципы противодействия коррупции: административный аспект

Эта статья посвящена вопросам основных принципов противодействия коррупции. Автор определяет понятие коррупции, механизма деятельности коррупции.

Ключевые слова: коррупция, противодействие коррупции.

Yatskiv I. I. The General Principles Of Corruption Counteraction: The Administrative Aspect

This article is devoted to the questions of determination corruption counteraction basic principles. The author determines the concept of corruption, mechanism of corruption activity.

Keywords: corruption, subjects of corruption, counteraction a corruption, of counteraction a corruption.

Цивільне та сімейне право. Проблеми господарського та корпоративного права. Питання цивільного та господарського судочинства

Бабецька І. Я.

До питання про правову природу переважних прав в корпоративних правовідносинах

УДК 347.191

Сучасна цивілістична література характеризується різноманіттям поглядів на правову природу переважних прав в корпоративних правовідносинах. Виходячи з того, що переважні права входять до складу корпоративних прав, вирішення цього питання потребує детального наукового аналізу правової природи переважних прав через співставлення з правовою природою корпоративних прав.

Дослідженням проблеми переважних прав в корпоративних правовідносинах займалися такі вчені, як В. А. Белов, В. І. Бобрик, В. А. Васильєва, І. Р. Калаур, С. С. Кравченко, В. М. Кравчук, В. І. Крат, Л. В. Кузнецова, Л. Ю. Леонова, В. В. Луць, Р. Е. Пивовар, І. Б. Саракун, І. В. Спасибо-Фатеева, М. В. Субботин та інші.

Метою даної статті є дослідження правової природи переважних прав в корпоративних правовідносинах шляхом аналізу чинного законодавства України та дослідження поглядів вітчизняних та зарубіжних науковців щодо даного питання.

Якщо ж проаналізувати норму закону, то можна сказати, що законодавець у Цивільному кодексі України не оперує поняттям корпоративних прав [1], а у Господарському кодексі України, воно визначено у ст. 167 [2], зі змісту якої слідує, що корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Звідси ми можемо говорити, що корпоративне право являє собою поєднання майнових (право на отримання певної частки прибутку (дивідендів) юридичної особи

та активів у разі її ліквідації) та немайнових прав (право на участь в управлінні нею). Необхідним є доповнення немайнових прав також правом на інформацію, а майнових – правом вимоги проведення розрахунків при вибутті з господарського товариства або в певних випадках – виплати вартості акцій.

У сучасній юридичній літературі є дискусійним питання щодо правової природи корпоративних прав взагалі, неговорячи вже про переважні корпоративні права. У пошуках відповіді на нього науковці досліджують особливості здійснення окремих повноважень учасників господарських товариств, систематизують їх за різними критеріями поділу та аналізують взаємозв'язок між окремими групами. Здебільшого, за основу поділу дослідники беруть юридичну природу правомочностей учасника і моделюють корпоративне право як симбіоз майнового та немайнового характеру [3, с. 18]. Наприклад, даний підхід законодавець використав в Законі України "Про акціонерні товариства" (ст.2), визнаючи корпоративні права акціонерів як сукупність їхніх майнових та немайнових прав, які випливають з права власності на акції.

По суті, поняття "корпоративні права" має подвійну правову природу: цим терміном охоплюються, з одного боку, права особи, що випливають із участі у статутному фонді (майні) господарської організації корпоративного типу, а з другого – безпосередньо такі об'єкти прав власності, як акції, частки у статутному фонді (майні), паї. Ці об'єкти (акції, частки, паї) перебувають у цивільному обігу з обмеженнями, встановленими чинним законодавством та установчими документами і можуть розглядатись як особливі види майна.

І. В. Спасибо-Фатеева в своїй монографії вказує на комплексність правової природи прав в корпоративних правовідносинах, які складаються з декількох взаємопов'язаних прав майнового, немайнового та організаційного характеру. Виділивши однієї з них є неправильно, оскільки вони становлять нерозривну єдність: майнова участь (вкладення капіталу в різні способи, в тому числі придбанням акцій) зумовлює організаційні права (право на участь в управлінні через принцип "одна акція-один голос". Аналогічне правило застосовується і в інших господарських товариствах (з обмеженою та додатковою відповідальністю). Деколи цей же принцип діє і в повних та командитних товариствах, в яких, за загальним принципом, голосування не залежить від розміру частки в майні, але, по-перше, інше може бути передбачено установчими документами, а по-друге, зміщення акцентів на те, що управлятимуть у цих товариствах ті учасники, які несуть повну відповідальність за результати їх діяльності, призводить до того, що організаційні права знову таки залежать від майнових відносин [4, с. 217]. Немайнове право на інформацію, немовби супроводжує майнові права і дозволяє реалізувати організаційні права. І навпаки, без організаційних зусиль, що мають місце як спочатку при створенні товариства, так і в подальшому при налагодженні його діяльності та належному рівні управління, майнові права не матимуть ніякої цінності.

Проте, вже в своїх останніх працях І. В. Спасибо-Фатеева говорить про подвійний формат корпоративного права. Подвійність полягає в тому, що самі корпоративні права складаються з кількох дрібних прав, які загальноприйнято поділяти на дві складові – майнові та організаційні права[5, с. 181].

Виходячи з того, що в науці корпоративні права визначаються як поєднання майнового та немайнового (організаційного) характеру, можемо говорити про наявність двох основних груп корпоративних прав. Саме тлумачення немайнових прав, їх правової природи викликало гостру дискусію в науці цивільного права. Дослідники по-різному вбачають сутність цих прав, а тому перші їх називають немайновими, другі – організаційними, треті – особистими, четверті – ще інакше. Наприклад, Г. Ф. Шершеневич називає немайнові корпоративні права особистими правами, підкреслюючи їхню приналежність тому чи іншому учаснику господарського

товариства. Проте, цю думку спростовує І. Р. Калаур, вказуючи, що учасники господарських товариств мають право для участі у загальних зборах призначати свого постійного представника, а поняття "особисте" визначається як прикметник, який характеризує здійснення права безпосередньо, не через інших осіб [6, с. 180].

Такі науковці, як Н. С. Глуєв, В. С. Щербина називають немайнові корпоративні права членськими (управлінськими)[7, с. 13]. Дане твердження спростовує І. Б. Саракун, вказуючи, що у господарських товариствах використовується поняття "участь" у товариствах, а не "членство" як у підприємницьких організаціях [8, с. 44].

В. М. Кравчук висловлює думку про те, що немайнові корпоративні права іменуються як організаційні, що зумовлено об'єктивним (організація діяльності юридичної особи як суб'єкта права) та суб'єктивним (задоволення учасником товариства власного майнового інтересу) фактором [9]. А тому, корпоративні права є комплексними за змістом майновими правами, однак, включають не тільки майнові, але і організаційні елементи [10, с. 4].

В. В. Луць, В. А. Васильєва, І. Р. Калаур вказують про поділ корпоративних прав на майнові та організаційні права, адже такий підхід є зручним для уявлення про ті можливості, яких набувають особи, вкладаючи (інвестуючи) свій капітал у господарське товариство[6, с. 181].

Виходячи з такої точки зору, ми будемо визначати правову природу переважних прав в корпоративних правовідносинах. Дослідження науковців не дають можливості надати однозначну відповідь на питання про виключно майновий характер переважних прав, оскільки існують точки зору про те, що переважні права є організаційними та опосередковують виключно організаційні відносини. Наприклад, В. І. Крат вказує, що за юридичною природою переважне право є організаційним правом, завдяки якому створюється передумова для набуття його носієм майнових та/або немайнових суб'єктивних цивільних прав. Відповідно його реалізація відбувається у правовідносинах, які за своєю природою слід охарактеризувати як організаційні, наприклад за умови реалізації переважного права купівлі частки в статутному капіталі ТОВ його носій набуває корпоративних прав внаслідок виконання договору купівлі-продажу, а за допомогою переважного права відбувається тільки організація відносин сторін для набуття корпоративних прав [11, с. 54].

Міркування у такому руслі змушують звернутися до категорії організаційних прав. О. Красавчиков окреслив в їх баченні певну своєрідність. Він вказував, що поряд з майновими та особистими немайновими відносинами цивільне законодавство регулює й організаційні відносини. Вони, як правило, пов'язані з майновими, і відіграють для останніх свого роду службову роль. Ці відносини мають відносну самостійність, оскільки в ряді випадків вони є лише елементом, стороною майнових відносин [12, с. 16].

Проте, в корпоративних правовідносинах, даний підхід розуміння переважних прав дещо відрізняється від переважного права в речових, зобов'язальних, виключних, спадкових, сімейних сферах.

Аналіз положень Господарського кодексу, Цивільного кодексу, Закону України "Про господарські товариства" [13], Закону України "Про акціонерні товариства"[14] та інших нормативних актів щодо переважних корпоративних прав дозволяє виділити такі правомочності:

- 1) Учасника на купівлю частки у статутному (складеному) капіталі товариства (ч. 1 ст. 137 ЦК, ч. 2 ст. 147 ЦК, ч. 3 ст. 53, ч. 1 ст. 79 ЗУ "Про господарські товариства");
- 2) Акціонерів на придбання акцій додаткового випуску (ч. 3 ст. 156 ЦК, ч. 3 ст. 38 ЗУ "Про господарські товариства", ст.27 ЗУ "Про акціонерні товариства");

3) Акціонерів на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства (ч. 3 ст. 81 ГК, ст. 7 ЗУ "Про акціонерні товариства");

4) Власника привілейованих акцій, стосовно власників простих акцій, на отримання частини прибутку у вигляді дивідендів (ч. 7 ст. 6 ЗУ "Про цінні папери та фондовий ринок");

5) Членів виробничого кооперативу на купівлю паю (ч. 3 ст. 166 ЦК);

6) Учасників господарського товариства на приватизацію акцій (часток, паїв), що належать державі у статутному капіталі господарського товариства, до статутного капіталу якого, було передано об'єкт незавершеного будівництва (ч. 2 ст. 7 ЗУ "Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва");

7) Власника привілейованих акцій, стосовно власників простих акцій, на отримання частини майна АТ у разі його ліквідації (ч. 7 ст. 6 ЗУ "Про цінні папери та фондовий ринок");

8) Асоційованого члену кооперативу, при ліквідації кооперативу, на одержання паю (ч. 2 ст. 14 ЗУ "Про кооперацію");

9) Асоційованих членів сільськогосподарського кооперативу, у разі його ліквідації, на отримання свого майнового внеску та відповідних часток доходу і повернення їх земельних ділянок у натурі (на місцевості) (ч. 5 ст. 12 ЗУ "Про сільськогосподарську кооперацію");

10) Держави на придбання музейних зібрань, у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності (ч. 2 ст. 10 ЗУ "Про музеї та музейну справу");

11) Сільськогосподарських підприємств і фермерським господарств на придбання об'єктів нерухомості, які використовуються для цілей сільськогосподарського виробництва та є у власності сільськогосподарського підприємства, що визнано банкрутом, за інших рівних умов, розташованим у даній місцевості (ч. 3 ст. 44 ЗУ "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом");

12) Вкладників командитного товариства, при його ліквідації, перед повними учасниками на одержання вкладів (ч. 2 ст. 139 ЦК, ст. 79 ЗУ "Про господарські товариства");

13) правонаступника юридичної особи, учасника товариства та спадкоємця учасника товариства на вступ до цього товариства при реорганізації юридичної особи, учасника товариства або у зв'язку із смертю громадянина – учасника товариства (ст. 55 Закону України "Про господарські товариства");

14) При реорганізації юридичної особи, учасника повного товариства, або смерті громадянина, учасника повного товариства, правонаступник (спадкоємець) має переважне право вступу до товариства за згодою решти учасників (ст. 69 Закону України "Про господарські товариства");

15) Інші правомочності, передбачені законом чи статутними документами.

Детальний аналіз різновидів переважних прав дає можливість дати відповідь на питання про правову природу переважних прав, адже купівля частки, придбання акцій, отримання частини прибутку, одержання паю, приватизація акцій (часток, паїв) носять майновий характер. Виходячи з цього, дані правомочності ми відносимо до категорії майнових прав. Переважне право вступу до товариства у випадку смерті громадянина (реорганізації юридичної особи) учасника товариства науковці теж включають до майнової складової корпоративного права [6, с. 175].

Також переважні права відносять до другої групи законодавчо закріплених майнових корпоративних прав такі вчені як В. В. Луць, В. А. Васильєва, І. Р. Калаур [6, с. 176].

Виходячи з того, що під переважними правами у корпоративних відносинах слід розуміти переважні правові можливості, якими наділені учасники корпоративних

правовідносин перед іншими, на отримання певних благ (переважне право придбання акцій, частки, переважне право отримання дивідендів тощо), вважаємо, що переважні права носять майновий характер, а тому можна віднести до категорії майнових корпоративних прав.

Корпоративні майнові права умовно можна поділити на суто майнові та переважні майнові. Переважні корпоративні права спрямовані на набуття майнових прав та надають право учаснику товариства набутти майнове право, яке є для нього потенційним і виникає лише за його волі та інших умов, встановлених законом.

Звичайно, можна погодитись з тим, що організаційні відносини існують, проте ми не можемо сказати, що переважні права в корпоративних правовідносинах є організаційним правом, адже кінцевим їх результатом є право "купівлі", "придбання", "одержання", "отримання" матеріальних благ, що мають майново-вартісний характер. Так, відносини, що передують будь-якому договору, тобто стадії його укладення (оферта і акцепт), можна визначати як організаційні. Наприклад, коли йдеться про переважне право акціонерів на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства, ми умовно можна виділити такі два етапи його здійснення: здійснення переважного права в вигляді прийняття чи відхилення пропозиції придбання акцій акціонером, який володіє переважним правом та процес купівлі акцій. Якщо акціонер приймає пропозицію, здійснюється майнове переважне право. Якщо відхиляє таку пропозицію, тут відносини не матимуть майнового характеру, а швидше організаційного, адже переважне право здійснюється лише за волі учасника товариства і тому не реалізуючи свого переважного права, учасник майнового права не набуває.

Отже, виходячи з вищевикладеного, можемо зробити наступні висновки. Питання правової природи переважних прав є неоднозначним і має різні шляхи вирішення. На нашу думку, переважне право в корпоративних правовідносинах носить майновий характер, а тому дану групу прав потрібно відносити до категорії майнових корпоративних прав.

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
3. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти): монографія / За заг. ред. В. В. Луця. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. – 320 с.
4. Корпоративне управління: Монографія / І. Спасибо-Фатеева, О. Кібенко, В. Борисова; за ред. І. Спасибо-Фатеевої. – Х.: Право, 2007. – 500с.
5. Спасибо-Фатеева І. В. Право спільної сумісної власності подружжя на частку в статутному капіталі господарського товариства / І. В. Спасибо-Фатеева // Мала енциклопедія нотаріуса (науково-практичний коментар). – 2008. – №6(42).
6. Корпоративне право України: підручник / [В. В. Луць, В. А. Васильєва, О. Р. Кібенко, І. В. Спасибо-Фатеева та ін.]; за заг. ред. В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 364с.
7. Глуць Н. С. Корпорація та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Н. С. Глуць. – К., 2000.
8. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками господарських товариств (цивільно-правовий аспект): дис.. канд. юрид. наук: 12.00.03/ Саракун Ірина Володимівна. – К., 2007.
9. Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики [Електронний ресурс] / В. М. Кравчук. – К.: Істина, 2005. – 720 с. – Режим доступу до підруч.: <http://www.twirpx.com/file/181667/>
10. Кравчук В. Застава корпоративних прав // Юридичний радник. – 2005. – №1. – 10с.

11. Крат В. І. Переважні права: цивільно-правовий аспект: дис... канд. наук: 12.00.03/ Крат Василь Іванович. – Х., 2008. – 218с.
12. Советское гражданское право: Учебник. В 2 т. / Под ред. О. А. Красавчикова. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Высшая школа, 1985. – Т. 1 – 544 с.
13. Закон України "Про господарські товариства" від 10 вересня 1991 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
14. Закон України " Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

Бабецька І. Я. До питання про правову природу переважних прав в корпоративних правовідносинах

У статті визначається правова природа переважних прав в корпоративних правовідносинах. Автор аналізує діюче законодавство і погляди науковців в сфері корпоративних правовідносин щодо переважних прав.

Ключові слова: переважні права, корпоративні правовідносини.

Бабецкая И. Я. К вопросу о правовой природе преимущественных прав в корпоративных правоотношениях

В статье определяется правовая природа преимущественных прав в корпоративных правоотношениях. Автор анализирует действующее законодательство и взгляды научных работников в сфере корпоративных правоотношений относительно преимущественного права.

Ключевые слова: преимущественные права, корпоративные правоотношения.

Babetska I.Y. To The Question About Legal Nature Of Dominant Rights In The Corporate Legal Relationships.

The legal nature of the prevailing rights in the corporate relationships is determined in the article. The author examines the existing legislation and the views of scholars in the field of corporate legal relations concerning prevailing rights.

Keywords: prevailing rights, corporate relationships.

Васильева В.А.

Проблеми вдосконалення правового регулювання договорів про надання посередницьких послуг та його закріплення у чинному законодавстві

УДК 347.746.7

Розширення сфери правового регулювання і поглиблення основних концептуальних засад зобов'язального права вимагає переосмислення переважної більшості доктринальних положень цивільного права. Як відмічала професор Н. С. Кузнецова, інститути зобов'язального права ставлять перед цивільно-правовою доктриною нові методологічні проблеми, які викликають необхідність нового творчого переосмислення поглядів і концепцій та зумовлюють потребу врахування позитивного зарубіжного досвіду, яка продиктована процесом приєднання України до європейських правових стандартів і тенденцією гармонізації українського законодавства з правом Європейського співтовариства [1, с. 14, 15].

Цивільний кодекс України містить легальне визначення зобов'язання, яке виникає з договорів про надання послуг. За договором оплатного надання послуг виконавець

зобов'язується надати послуги, як-от: здійснити дії або здійснити діяльність, а замовник зобов'язується оплатити ці послуги (ст.901 ЦК України). Цивільно-правове регулювання даного типу зобов'язань представлено:

а) нормами названої глави про оплатне надання послуг, які поширюються на всі їх види, як такі, що поіменовані на сьогодні (страхові, фінансові, послуги зберігання), так і такі, що можна віднести до вказаного типу зобов'язань за критеріями: предмет зобов'язання, спосіб виконання, оплата, одностороння відмова від виконання (гл.63 ЦК);

б) нормами, що регулюють самостійні види зобов'язань щодо надання послуг (зберігання, доручення, комісія, страхування тощо);

в) нормами про підряд, які можуть застосовуватися до правовідносин із надання послуг субсидіарно, якщо це не суперечить нормам гл.63 ЦК, а також особливостям предмета договору оплатного надання послуг.

Безсумнівно, що система зобов'язань із надання послуг не повинна носити замкненого, вичерпного характеру, але має охоплювати як відомі, так і невідомі різновиди послуг, використовуючи з метою регулювання принцип диспозитивності. Дії людини не можуть бути суворо класифіковані, писав економіст Ж.Маршал [2, с. 232]. Крім того, зобов'язальні правовідносини послуги можуть виникнути і на підставі інших, ніж договір, юридичних фактів (наприклад унаслідок встановленого законом обов'язку або внаслідок дій у чужому інтересі без доручення). Договірні зобов'язання з надання послуг різноманітні за видами: доручення, комісія, зберігання, управління майном, медичні послуги, послуги зв'язку, туристичні, аудиторські тощо. Однак слід визнати, що стан нормативного матеріалу з правового регулювання діяльності щодо надання послуг виявляє певні проблеми і свідчить, що думки законодавця про визначення меж даного зобов'язання з надання послуг і про оптимальні форми його правового регулювання ще не устоялися. Це відноситься як до системи зобов'язань із надання послуг в цілому, так і до її окремих договірних видів.

Чим стрімкіше розвивається цивілізація, тим важче особисто встигнути здійснювати всі свої права. Особливо гостро це відчувається в економічній сфері людської життєдіяльності. Потреба у юридичній конструкції замісництва постає у випадку концентрації капіталу в одних руках, коли економічні закони вимагають миттєвого реагування та постійної динаміки товарів і послуг. Посередництво у суспільстві з високим розподілом праці сприяє економії трансакційних витрат. Крім того, суттєве ускладнення певних видів діяльності також вимагає залучення до представництва прав та інтересів особи фахівця[3, с. 1].

Відоме групування зобов'язань із надання послуг за ознакою дій юридичного і фактичного характеру, які зобов'язаний вчинити послугонадавач, слід визнати непродуктивним і таким, що не має перспективи. Адже з будь-якою фактично дією закон чи учасники правовідношення можуть пов'язати настання правових наслідків. Договори, які традиційно відносяться до групи тих, у яких виконавець здійснює дії юридичного характеру, не виключають здійснення зобов'язаною особою дій фактичного характеру. І, навпаки, в договорах із надання фактичних послуг певні дії виконавця не полишені юридичного характеру. Наведені приклади дають підстави вважати, що відмінність між діями юридичного і фактичного характеру є досить умовною. Адже будь-яка дія, оскільки вона є проявом волі особи і спрямована на зміну правовідносин, стає юридичною. Послуги, які надають повірені, комісіонери, консигнатори, управителі, будуть юридичними тільки тому, що вони є вольовими і зорієнтовані на виникнення правового результату в іншій особі. Жодна з послуг названих осіб не змінює речі послугоотримувача, не припиняє абсолютного права на річ чи іншого зобов'язального

права. Усі ці економіко-правові явища настають унаслідок взаємодії особи, що надає посередницьку послугу, з третіми особами.

Безперечно, класифікаційні критерії мають бути комбінованими і різноплановими, в тому числі з поєднанням економічного і юридичного чинників. Виокремлення посередницьких зобов'язань ускладнив і той факт, що наукове дослідження постало перед проблемою термінологічного хаосу у сфері регулювання посередницької діяльності. Важко знайти такий інститут, де б уживалася таке різноманітність понять і визначень. В. А. Рясенцев у свій час зазначав, що будь-яке наукове дослідження передбачає оперування або загальновизнаними термінами, які не викликають сумніву в тім, які поняття їм відповідають, або новими термінами, значення яких автор обумовлює. При незрозумілості і багатозначності термінів завдання наукового дослідження значно ускладнюються [4, с. 29]. На противагу посередництву, у роботах вітчизняних і російських авторів досконали досліджені тільки проблеми представництва.

Аналіз фактичного стану речей дає підстави зробити висновок про виокремлення на підставі в першу чергу юридичного критерію нового типу договірних зобов'язань, які можуть застосовуватися і застосовуються у різних сферах економічної діяльності. Такі договірні види, як доручення, комісія, агентування, використовуються у сферах транспорту, туризму, видовищних послуг тощо. Це є свідченням того, що названі конструкції сутісно правові і відображають одне і те ж правове явище тільки в різних економічних сферах, що аж ніяк не робить його іншим. Наприклад: комісійні відносини в торгівлі і комісійні відносини на ринку цінних паперів. Безперечно, присутність матеріального об'єкта в зобов'язанні та інші економічні чинники впливають на особливості регулювання, але мова може йти тільки про особливості регулювання, а не сутність юридичної конструкції.

Отож, на сьогодні зобов'язання з надання посередницьких послуг реалізується через різні види договорів, у тому числі як поіменованих, так і непоіменованих [5, с. 124]. Очевидною слід визнати помилку законодавця щодо відсутності в переліку нормативно закріплених, хоч ще не згрупованих, норм, що регулювали б агентський договір, а також відсутності положення щодо регулювання договору консигнації.

Особливістю предмета посередницького правочину є його подвійність. Предметом посередницьких договорів є такі об'єкти цивільних прав, як правомірні дії, які визнаються правом як юридичні факти, вчинювані в чужих інтересах із метою юридичного замісництва (надання юридичної послуги), і які можуть спрямовуватися на об'єкти матеріального світу та майно, за винятком грошей і речей, вилучених із цивільного обороту. Дії посередників є завжди вольовими, спрямованими на реалізацію чужої правосуб'єктності і є уже юридичними тільки тому, що на її вчинення мають уповноваження. Ознакою посередницької діяльності є те, що вона виступає засобом реалізації чужої правосуб'єктності. Розмежовано діяльність у чужих інтересах і на виконання обов'язків за інших осіб. Посередницькі зобов'язання з певним застереженням за аналогією з німецькою цивілістикою – це зобов'язання на ведення чужої справи. Навіть семантичне тлумачення посередника дає можливість стверджувати, що він завжди “посередині” між інтересами.

Виступ посередника в обороті за рахунок іншої особи означає наявність безпосередньо юридичної, а не економічної можливості віднести результати своїх дій на майнову сферу іншої особи. Ознакою договірних інститутів посередництва є діяльність у чужому інтересі. Інтерес у справі, яку веде посередник, може бути як очевидним для інших, так і прихованим. Йдеться про дві форми представництва: пряме та непряме.

Договір про надання посередницьких послуг слід припускати оплатним, якщо інше не передбачене договором або не впливає з його змісту чи суті зобов'язання, а

також якщо інше не передбачене нормами чинного Кодексу чи нормами спеціальних законів про окремі види договорів щодо надання посередницьких послуг. Посередник завжди діє в чужих інтересах і за чужий рахунок, звідси обов'язковість звіту про діяльність і використання коштів і забезпечення коштами та засобами для надання посередницької послуги. Правовою основою посередницьких договорів є повноваження, в результаті передачі яких виникає договірне представницьке правовідношення, яке з огляду на обраний вид договору може бути прямим і непрямым. Фидуціарність відносин сторін за посередницьким договором зобов'язує посередника до особистого виконання, але сторони можуть передбачити можливість передачі частини або всіх повноважень іншій особі (інститут субпосередництва). Дії контрагента за субдоговорами також спрямовані на задоволення інтересу установника посередництва, а не інтересу іншого контрагента за договором про надання посередницьких послуг. У розвиток цього, особлива умова посередницьких договорів – конфіденційність інформації, отриманої в результаті виконання посередницького договору. Пропонуємо в якості загального закріпити право посередника за будь-яким видом посередницького договору вимагати подання довіреності для підтвердження своїх повноважень перед третіми особами. За посередницькими договорами посередник не набуває права власності на майно. На підставі посередницьких договорів посереднику можуть передаватися речові права. Вищезазначені умови окреслюють і особливі умови відповідальності. Посередник несе майнову відповідальність за невиконання, неналежне виконання договору в розмірі завданих збитків, а при умові отримання за посередницьким договором речових прав на майно звільнити його від відповідальності може тільки непереборна сила або випадок. У свою чергу клієнт несе відповідальність перед посередником тільки у розмірі понесених фактичних витрат. Дані положення є видоутворюючими щодо посередницьких послуг і, на нашу думку, мають бути трансформовані у відповідні положення статей.

Інтереси стабільності цивільного обороту вимагають чіткості в питаннях, наскільки уповноважуючий буде пов'язаний зробленим посередником волевиявленням. А це можливо тільки при умові фіксації повноважень у спеціальному документі, яким є довіреність. Інтерес уповноважуючого може бути як очевидним (діяльність повіреного), так і неочевидним (діяльність комісіонера) для третіх осіб. Наслідком ведення справи в чужому інтересі є виступ посередника за рахунок замовника його послуг. Тому більш коректно визначити посередництво як виступ у чужому інтересі і за рахунок замовника, що означає юридичну можливість віднести результат своїх дій на майнову сферу замовника послуги.

Якщо інше не передбачено договором, договір про надання посередницьких послуг вважається виконаним посередником після здійснення ним дій, вказаних у договорі або таких, що випливають із змісту чи сутності вчиненої за зобов'язанням послуги.

Неприпустимим є протиставлення представництва і посередництва через положення п. 2 ст. 237 ЦК, де зазначено, що особа, яка діє в чужих інтересах, але від власного імені, а також особа, уповноважена на ведення переговорів щодо правочинів у майбутньому, не є представником. Потрібно акцентувати увагу на тому, що “уповноважені на ведення переговорів не вважаються представниками”. Якщо навіть абстрагуватися від ролі інтересу для посередницьких зобов'язань і перейти в площині тільки правових категорій, положення “від імені” слід трактувати як “на підставі повноважень”, оскільки неможливо виступати від імені без повноважень. Категорична форма положення про те, що уповноважена особа на ведення переговорів не є представником, викликає подив. А якщо таке уповноваження базується на договорі доручення? Яким чином буде співвідноситися однозначність положення про виникнення відносин представництва за договором доручення і заперечення представництва на підставі цитованої норми? І ще одне. У п. 1 ст. 243 ЦК зазначається, що комерційним представником є особа, яка

постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними (вид. курсив – Васильєва В.) договорів у сфері підприємницької діяльності. Це означає, що комерційний представник тільки присутній при укладенні договорів, однак їх не укладає до представлюваного, що суперечить положенням ст. 237 ЦК України. Половинчатим слід визнати рішення щодо закріплення комерційного представництва в Цивільному кодексі серед загальних положень.

Тлумачення положення про те, що представництво за договором може здійснюватися за довіреністю, дозволяє стверджувати що: добровільне представництво має ґрунтуватися на договорі. Але договір – це акт приватно-правового характеру і його публічність не завжди є бажаною. Тому документом, що підтверджує повноваження особи на реалізацію чужої правосуб'єктності, є довіреність. Необхідність спеціального правового інструментарію, яким є довіреність, пояснюється наявністю зовнішніх відносин (між посередником і третіми особами).

Сучасна епоха характеризується пришвидшеним розвитком міжнародних відносин і їх диверсифікацією. Вихід економічних відносин за межі певних країн супроводжується змінами економічного і юридичного характеру. Як наслідок, змінюються і договірні відносини. У результаті глобальних змін, які відбулися в Україні, значно виросла кількість учасників зовнішньоекономічних контрактів, що, у свою чергу, вимагає оновлення юридичною та економічною технікою. Процес формування правового регулювання спрямовується в русло уніфікації як матеріально-правових, так і колізійних норм. Уніфікація колізійних матеріально-правових норм відбувається у формі кодифікації, основним принципом якої є гармонізація законодавства різних держав. Історичний метод дослідження уніфікації дозволяє зробити висновок про те, що першочергово інтерес і найбільші сподівання були пов'язані саме з уніфікацією колізійних норм (норм міжнародного приватного права). Відповідно до загальної думки, це могло б зменшити виникнення колізій і тим самим сприяти одноманітному врегулюванню багатьох питань. Наприклад, О.Ландо, який очолював роботу комісії з розробки основ договірного права країн Євросоюзу, виділяв такі переваги уніфікації колізійних норм: 1) уніфікація в незначній мірі стосується суспільства, оскільки правила торкаються незначної кількості учасників господарської діяльності; 2) уніфікація колізійних норм є більш простим процесом ніж уніфікація матеріально-правових норм, і при цьому одна галузь може бути врегульована порівняно невеликою кількістю приписів: так, Римська Конвенція 1980 року про право, що застосовуване до договорів купівлі-продажу, складається приблизно з 20 статей; 3) уніфіковані колізійні норми сприяють передбачуваності, оскільки їх наявність полегшує сторонам завдання – закон якої країни може бути застосований при пред'явленні позову в суд. Слабке місце уніфікації колізійних норм полягає у проблемі встановлення судом змісту іноземного права. Особлива складність цього процесу проявляється тоді, коли справа є достатньо складною, коли суд зобов'язаний застосовувати право країн іншої "правової сім'ї". Порівняльний аналіз досягнутих на регіональному й універсальному рівнях уніфікації колізійних норм, пов'язаних із представництвом у міжнародній купівлі-продажу, дає підстави, з певними застереженнями, діяльність у цьому напрямку називати успішною, оскільки в рамках Гаазької конференції з міжнародного приватного права були розроблені і підписані чотири конвенції, серед яких Гаазька конвенція від 14 березня 1978 року про право, застосовуване до посередників, і про представництво (агентські угоди). Саме ця Конвенція присвячена колізійним питанням відносин представництва (чи, за термінологією англо-американського права, агентських відносин), які тісно пов'язані з договором міжнародної купівлі-продажу і мають за мету просування товарів іншими, ніж пряма купівля-продаж, способами.

При зверненні до порівняльного методу виявляються неоднакові підходи у праві зарубіжних країн до використання послуг третіх осіб, включаючи послуги з просування товарів на ринки зарубіжних країн, що належать двом правовим системам. У праві континентальному, що має своїм походженням прийняття першочергово у Франції, а потім у Німеччині та в інших країнах Європейського континенту цивільних кодексів (у зв'язку з чим його прийнято іменувати кодифікованим правом), прийнята система договірних відносин, що реалізуються різними договорами залежно від зростання втягування третіх осіб у комерційну угоду.

Цікавим для аналізу та порівняння буде звернення до положень цивільного права Німеччини, яке виділяє в самостійну групу договори на ведення чужих справ. Під веденням чужих справ слід розуміти здійснення дій в чужому інтересі. Але окреслення групи договорів тільки через ознаку інтересу призвело до охоплення за цим кваліфікаційним критерієм таких договорів, як факторинг, усі договори у фінансовій сфері, договір з управляючим юридичної особи тощо. Саме широке розуміння інтересу призвело до втягування в предмет регулювання різних за своєю природою договорів. Дії в чужих справах розуміються як ведення й опікування справами довірителя, піклування та підтримка чужої справи. Діяльність такого "опікуна" є самостійною і в переважній більшості заснована на його професійних знаннях і ділових якостях. Безпосередня проєкція інститутів німецької правової системи недоцільна, оскільки її важко назвати до кінця послідовною, такою, що має єдине правове й економічне підґрунтя. Як уже зазначалося, ведення переговорів і зведення сторін до укладення договору регулюється маклерським договором і не вважається посередництвом, хоч по суті, ніякими відмінними ознаками він не наділений. Крім того, в українському праві представництво юридичних осіб здебільшого базується на інститутах трудового права.

Беручи до уваги вищезазначене як аналіз динаміки зобов'язань з надання послуг і підсумовуючи існуючі погляди з приводу такої групи договорів, як посередницькі, в системі цивільно-правових зобов'язань загалом і зобов'язань з надання послуг зокрема необхідно, на наш погляд, зробити висновок про те, що подальшому розвитку посередницьких правовідносин буде сприяти вдосконалення понятійного апарату і вдосконалення структури розділу Цивільного кодексу про окремі види зобов'язань.

1. Кузнецова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське комерційне право. – №4. – 2003. – С. 9-17.
2. Маршал А. Принципы экономической науки. – М., 1993. – 832с.
3. Фурса С. Я. Сучасні проблеми представництва// Нотаріат. Адвокатура. Суд. – 2005. – № 2(4). – 10с.
4. Рясенцев В. А. Представительство в советском гражданском праве: Дис... докт. юрид. наук: 12.00.03. – М., 1948. – 258с.
5. Попондопуло В. Ф. Об объективных границах, правовых формах и критериях классификации обязательств. – В сб.: Проблемы гражданского права / Под ред. Ю. К. Толстого, А. К. Юрченко, Н. Д. Егорова. – Л., 1987. С. 124.

Васильева В. А. Проблеми вдосконалення правового регулювання договорів про надання посередницьких послуг та його закріплення у чинному законодавстві

В даній статті автор аналізує динаміку зобов'язань з надання послуг, погляди з приводу такої групи договорів як посередницькі. Автор зазначає, що подальшому розвитку посередницьких правовідносин буде сприяти вдосконалення понятійного апарату і вдосконалення структури розділу Цивільного кодексу про окремі види зобов'язань.

Ключові слова: договори про надання посередницьких послуг, понятійний апарат, Цивільний кодекс.

Васильева В. А. Проблемы совершенствования правовой регуляции договоров о предоставлении посреднических услуг и его закрепления в действующем законодательстве

В данной статье автор анализирует динамику обязательств из предоставления услуг, взгляды по поводу такой группы договоров как посреднические. Автор отмечает, что последующему развитию посреднических правоотношений будет содействовать совершенствование понятийного аппарата и совершенствование структуры раздела Гражданского кодекса об отдельных видах обязательств.

Ключевые слова: договоры о предоставлении посреднических услуг, понятийный аппарат, Гражданский кодекс.

Vasylieva V.A. Problems of Improvement the Legal Regulation of Contracts to Provide Mediation Services and to Secure it in the Current Legislation

In this article the author examines the dynamics of commitments to provide services; the points of view on the intermediate group of contracts are analyzed too. The author notes that the further development of intermediate relations will contribute to improving concepts on certain kinds of obligations and to improvement of the structure section of the Civil Code.

Keywords: the mediation service agreements, conceptual apparatus, Civil Code of Ukraine.

Височан В. М.

Захист прав споживачів у сфері надання комунальних послуг

УДК 338.465

Постановка проблеми. В умовах посилення монополізації економіки стало очевидним, що споживач є незахищеною стороною у взаємовідносинах з підприємцями. Розвиток ринкових відносин супроводжується насиченням ринку різноманітними послугами. У зв'язку з актуальністю виникаючих проблем сьогодні як ніколи кожному споживачеві необхідні державна підтримка та захист від цих негативних явищ. Захист прав споживачів – це комплексна, багато аспектна проблема, яка безпосередньо пов'язана із зміцненням національної безпеки держави та захистом її громадян[1].

Метою статті є узагальнити поняття захисту прав споживачів комунальних послуг за вітчизняним законодавством.

Для досягнення поставленої мети основна увагу в роботі приділяється вирішенню таких завдань:

- визначити нормативно-правові аспекти захисту прав споживачів;
- з'ясувати способи захисту прав споживачів комунальних послуг.

Виклад основного матеріалу. Вперше до проблеми захисту прав споживачів звернувся на Конгресі США в 1962 році Президент Сполучених Штатів Америки Джон Кеннеді затвердивши "Білль про права споживачів", в якому були викладені чотири основні права споживача, а саме: право на інформацію, право на безпеку, право на вибір і право бути почутим.

Згодом Всесвітня Організація Союзів Споживачів додала ще чотири права: право на відшкодування збитку, право на споживчу освіту, право на задоволення базових потреб і право на здорове навколишнє середовище.

У 1973 р. XXV сесія Консультативної Асамблеї Євросоюзу прийняла "Хартію захисту споживачів", а у 1985 р. Генеральною Асамблеєю ООН в резолюції від 9 квітня 1985 р. були схвалені "Керівні принципи захисту інтересів споживачів", які повинні використовуватися урядами країн світу при реалізації політики захисту інтересів споживачів.

Вітчизняне законодавство щодо захисту прав споживачів на сьогодні динамічно розвивається з урахуванням норм міжнародних угод, учасником яких є Україна.

На конституційному ж рівні незалежної держави, визнання прав споживачів закріпилося в статті 42 Конституції України, відповідно до якої: "Держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпекою продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів"[2, п.3 ст.42].

Крім Конституції України, законодавство з захисту прав споживачів складається з Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Закону України "Про захист прав споживачів", а також таких нормативно-правових актів, серед яких: Закони України: "Про рекламу", "Про інформацію", "Про освіту", "Про безпеку та якість харчових продуктів", "Про транспорт", "Про зв'язок" тощо.

Базовим законодавчим актом у вказаній сфері суспільних відносин є Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII "Про захист прав споживачів". Останній регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм власності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів.

Вищезгаданий закон, як й інші нормативні акти з питань захисту прав споживачів, поширюється на всі підприємства, які обслуговують населення, торгівельні підприємства, підприємства сфери послуг, підприємства, які виконують роботи, підприємства побутового обслуговування, підприємства громадського харчування.

Закон України "Про захист прав споживачів" поширюється на всіх споживачів, які знаходяться на території України під час придбання, замовлення або використання товарів (робіт, послуг) для задоволення власних побутових потреб.

Згідно статті 1 вищезазначеного закону: "Споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника"[3, п.22 ст.1]. Цим же законом закріплено право всіх громадян отримувати послуги в повному обсязі та належної якості.

Закон України "Про житлово-комунальні послуги", визначає споживача, як фізичну чи юридичну особу, яка отримує або має намір отримати житлово-комунальну послугу.

Вважаємо, що під "комунальною послугою" слід розуміти – діяльність (як сукупність дій), яка здійснюється для досягнення певного результату, а саме: задоволення потреб населення у підтриманні належного технічного та санітарно-гігієнічного стану будинків, споруд та прибудинкових територій.

Споживачі, проживаючи в своїх квартирах та будинках, сплачуючи відповідну плату вступають у договірні відносини з підприємствами, що надають послуги з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій, а саме прибирання внутрішньобудинкових приміщень та прибудинкової території, санітарно-технічне обслуговування, обслуговування внутрішньобудинкових мереж, утримання ліфтів, освітлення місць загального користування, поточний ремонт, вивезення побутових відходів тощо.

Громадяни, які отримують послуги ЖЕКів щодо утримання житла, є споживачами цих послуг в контексті Законів України "Про житлово-комунальні послуги" та "Про захист прав споживачів". Як споживачі, вони, відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 4 Закону "Про захист прав споживачів" мають право на необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про послуги, а беручи до уваги п. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України "Про житлово-комунальні послуги" така інформація повинна включати: перелік комунальних послуг, їх вартість, загальну вартість місячного платежу, структуру

ціни/тарифу, норми споживання, порядок надання комунальних послуг, їх споживчі властивості тощо[4].

Постанову Кабінету Міністрів України №560 від 12.07.2005 року "Про типовий договір про надання послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій", можна вважати початком створення правової основи для реалізації відповідних положень законодавчих актів. Це пояснюється тим, що в пункті 3 передбачено, що "виконавець надає послуги відповідно до затвердженого органом місцевого самоврядування рішення про структуру тарифів, періодичність та строки виконання робіт, копія якого додається до договору"[5, п.3], а це означає, що інформація про структуру ціни/тарифу, норми споживання, порядок надання комунальних послуг, їх споживчі властивості тощо міститиметься у відповідному рішенні.

Відповідно Закон України "Про житлово-комунальні послуги", передбачає наступні права споживача комунальних послуг:

- своєчасно отримувати якісні житлово-комунальні послуги згідно із законодавством та умовами договору на надання житлово-комунальних послуг;
- отримувати необхідну інформацію про перелік житлово-комунальних послуг, про їхню вартість, про загальну вартість місячного платежу, про структуру ціни/тарифу, про норми споживання, про порядок надання житлово-комунальних послуг, про їхні споживчі властивості;
- на відшкодування збитків, заподіяних його майну та/або приміщенню, а також шкоди, заподіяної його життю чи здоров'ю внаслідок неналежного надання або ненадання житлово-комунальних послуг;
- на усунення протягом терміну, встановленого договором або законодавством, виявлених недоліків у наданні житлово-комунальних послуг;
- на зменшення в порядку, визначеному договором або законодавством, розміру плати за надані послуги у разі їхнього ненадання або надання не в повному обсязі, а також у разі зниження їхньої якості;
- на звільнення від оплати вартості житлово-комунальних послуг за період тимчасової відсутності споживача та/або членів його сім'ї при відповідному документальному оформленні, а також за період фактичної відсутності житлово-комунальних послуг, визначених договором;
- отримувати від виконавця компенсацію у розмірі, визначеному договором, рішенням суду або законодавством, за перевищення нормативних термінів проведення аварійно-відновлювальних робіт;
- на перевірку кількості та якості житлово-комунальних послуг у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України;
- на укладення договору з виконавцем відповідних послуг про профілактику, повірку, а також заміну або ремонт санітарно-технічних приладів, пристроїв, обладнання і засобів обліку, які вийшли з ладу[6, ч.1 ст.20].

Споживач має право відмовитися від договору про виконання робіт (надання послуг) і вимагати відшкодування збитків, якщо виконавець своєчасно не приступив до виконання зобов'язань за договором або виконує роботу так повільно, що закінчити її у визначений строк стає неможливим[2, ч.1 ст.10].

У разі виявлення недоліків у наданій послугі споживач має право на свій вибір вимагати:

- 1) безоплатного усунення недоліків у наданій послугі у розумний строк;
- 2) відповідного зменшення ціни наданої послуги;
- 3) безоплатного виготовлення іншої речі з такого ж матеріалу і такої ж якості чи повторного виконання роботи;

4) відшкодування завданих йому збитків з усуненням недоліків наданої послуги своїми силами чи із залученням третьої особи;

5) реалізації інших прав, що передбачені чинним законодавством на день укладення відповідного договору[3, ч.3 ст.10].

У разі порушення виконавцем комунальних послуг умов договору, наприклад, ненадання певної комунальної послуги або надання її не в повному обсязі, споживач, відповідно до Закону України "Про житлово-комунальні послуги", має право звернутися до виконавця з претензією чи заявою, в якій фіксується факт порушення умови договору (ненадання певної комунальної послуги або надання не в повному обсязі тощо) та вимога усунути ці порушення. Споживач, права якого порушені вправі у присутності представника виконавця скласти та підписати Акт-претензію, в якій зазначається тип та вид порушення. Акт-претензія складається споживачем та представником виконавця і скріплюється їхніми підписами. У разі неприбуття представника виконавця в погоджений умовами договору строк або необгрунтованої відмови від підписання акта-претензії він вважається дійсним, якщо його підписали не менш, як два споживачі[6, п.3 ст.18].

Поданий Акт-претензія подається виконавцю, який зобов'язаний протягом трьох робочих днів прийняти рішення, або в користь споживача, або надіслати останньому обгрунтовану відмову в задоволенні його претензій.

У випадку, якщо на подану належним чином претензію споживача з сторони виконавця не буде вчинено відповідних дій, то споживач має право звернутися захистом порушених прав до відповідних державних органів.

Спеціально уповноваженим органом виконавчої влади в даній сфері виступає Державний комітет України по захисту прав споживачів та його територіальні органи, Державний комітет стандартизації, метрології та сертифікації України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцеві державні адміністрації, органи і установи державного санітарно-епідеміологічного нагляду України, інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування відповідно до законодавства.

Веручи до уваги конкретно сферу надання комунальних послуг, споживач за захистом своїх порушених прав повинен насамперед звернутися до виконавця комунальних послуг, в особі житлово-експлуатаційної організації. Адже договір про надання комунальних послуг споживач укладає безпосередньо з ЖЕО, де і передбачаються всі умови надання таких послуг та порядок вирішення спорів. У випадку невирішення суперечностей, споживач вправі звернутися в районне житлово-експлуатаційне об'єднання або профільне управління місцевої ради або адміністрації. Відповідно до п.10 ч.1 ст.7 Закону України "Про житлово-комунальні послуги", до повноважень органів місцевого самоврядування у сфері житлово-комунальних послуг належить: здійснення контролю за дотриманням законодавства щодо захисту прав споживачів у сфері житлово-комунальних послуг[6,п.10 ч.1 ст.7]. Окрім органів місцевого самоврядування, існують різні контролюючі органи, такі як: Управління та відділи із захисту прав споживачів, які згідно Закону України "Про захист прав споживачів" здійснюють:

- державний контроль за дотриманням законодавства про захист прав споживачів органами влади та суб'єктами господарської діяльності незалежно від форми власності;

- захист прав громадян як споживачів у разі придбання, замовлення або використання ними товарів (робіт, послуг) для власних потреб;

- застосування до суб'єктів господарської діяльності, які порушують права споживачів, передбачених законодавством засобів впливу, зокрема, у вигляді штрафів.

Не слід забувати, і про такий контролюючий державний орган, як санітаземстанція (від районної до обласної), яка здійснює контроль за дотриманням санітарного

законодавства, в тому числі прибирання прибудинкової території та вивезення ТПВ, з можливістю накладення адміністративних штрафів.

Стаття 24 Закону України "Про захист прав споживачів", передбачає, що захист прав людини, як споживача, може здійснюватися, як спеціально уповноваженими органами виконавчої влади у сфері захисту прав споживачів, так і судом.

Відповідно до ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Способами захисту цивільних прав та інтересів у сфері захисту прав споживачів, передбачених ЦК України, найчастіше виступають відновлення становища, яке існувало до порушення (наприклад, повернення коштів, оплачених за товар нена належної якості), примусове виконання обов'язку в натурі (обмін товару нена належної якості на аналогічний якісний товар, ремонт неякісного товару тощо), а також відшкодування моральної (немайнової) шкоди[7]. Відповідно до ст.24 Закону "Про захист прав споживачів", споживачі за власним вибором звертаються до суду за місцем свого проживання, або за місцем знаходження відповідача, або за місцем заподіяння шкоди, або за місцем виконання договору. Жоден із цих судів не вправі відмовити у прийнятті позовної заяви або переслати її до іншого суду з мотивів невідсудності[3,ст.24].

Стаття 137 Цивільно-процесуального кодексу України передбачає, що заява про захист прав споживача має повністю відповідати вимогам щодо форми й змісту позовної заяви, зокрема, містити відомості: про те, яке право споживача порушено; коли і в чому це виявилось; про способи захисту, які належить вжити суду; про розмір сум, щодо яких заявлено вимоги, з відповідними розрахунками і обґрунтуванням; про докази, що підтверджують позов. До заяви повинні бути додані необхідні документи - залежно від заявлених вимог (наприклад, договір, квитанція-замовлення, квитанція-зобов'язання, транспортна чи інша накладна, чек, касовий ордер) [8, ст.137].

При подачі заяви слід мати на увазі, що згідно з ч.4 ст.24 Закону (1023-12) споживачі звільняються від сплати державного мита за позовами, пов'язаними з порушенням їх прав.

Вирішуючи справи про захист прав споживачів, суди мають виходити з того, що відповідно до ст.4 Закону "Про захист прав споживачів", держава: забезпечує громадянам захист їх інтересів, як споживачів; надає можливість вільного вибору товарів (робіт, послуг) та набуття знань і кваліфікації, необхідних для прийняття самостійних рішень під час вибору й використання товарів (робіт, послуг) відповідно до їх потреб; гарантує придбання або одержання іншими законними способами товарів (робіт, послуг) в обсягах, що забезпечують рівень споживання, достатній для підтримання здоров'я та життєдіяльності[9,д.7].

На тлі істотних проблем пов'язаних з якістю послуг, що заповнили вітчизняний ринок, система державного захисту прав споживачів в Україні хоча і працює, проте на сьогоднішній день не відповідає вимогам часу та ситуації, що склалася в державі. Як показує міжнародний досвід, для того, щоб норми і механізми стосовно захисту прав споживачів почали реально діяти, повинно пройти не одне десятиріччя. За цей час повинно змінитися громадське ставлення до цієї проблеми, а прийняті норми повинні пройти апробацію часом[1].

1. Одішова О. О. , Петрова О. І. "Передумови розвитку захисту прав споживачів в Україні; історичний та соціально-правовий аспекти"// <http://www.rusnauka.com>.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 131.
3. Закон України "Про захист прав споживачів" від 12 травня 1991 р. (з наступними змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

4. "Здійснення споживачами контролю за наданням послуг"// http://www.upp.org.ua/print_analytic_1317.html
5. Постанова Кабінету Міністрів України №560 від 12.07.2005 року "Про типовий договір про надання послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій".
6. Закон України "Про житлово-комунальні послуги" //Відомості Верховної Ради (ВВР), 2004, N 47, 514 с.
7. "Суд як єдина надія ошуканого споживача"//<http://www.legalweekly.com.ua>.
8. Цивільно-процесуальний кодекс України// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, N 40-41, 42, ст.492
9. Постанова Пленуму Верховного Суду України N 5 від 12.04.96 "Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів".

Высочан В. М. Захист прав споживачів у сфері надання комунальних послуг

Стаття присвячена дослідженню поняття захисту прав споживачів комунальних послуг. Визначено способи захисту прав споживачів а також приділена увага органам державної влади, до компетенції яких належить захист прав споживачів зазначених послуг.

Ключові слова: споживач, захист прав, комунальні послуги.

Высочан В. М. Защита прав потребителей в сфере предоставления коммунальных услуг.

Стаття посвящена исследованию понятия защиты прав потребителей коммунальных услуг. Определено способы защиты прав потребителей а также уделено внимание органам государственной власти, к компетенции которых принадлежит защита прав потребителей отмеченных услуг.

Ключевые слова: потребитель, защита прав, коммунальные услуги.

Высочан V.M. Defence Of Rights For Consumers Is In The Field Of Grant Of Public Services.

This article is devoted to research of concept of defence of rights for the consumers of building services. It is certain methods of defence of rights for consumers and also pay attention to public authorities, to the compense of which defence of rights for the consumers of the noted services belongs.

Keywords: consumer, defence of rights, building services.

Длугош О.І.

Воля та волевиявлення у правочині

УДК 347.13

Актуальність теми. Однією із умов чинності правочинів є вимога щодо відповідності волевиявлення внутрішній волі суб'єкта (суб'єктів) правочинів. Тобто, цивільне законодавство приділяє волі у правочині ключове значення. Особливо, коли мова йде про цивільно-правовий договір, який за своєю правовою природою є правочинном і в якому "стержнем" є взаємна воля двох сторін здійснити юридичні чи фактичні дії для реалізації особистих інтересів [1, с. 24].

Воля сама по собі не може формувати правочин, адже є внутрішнім, психічним процесом і прихованою для інших осіб, тому необхідно, щоб вона була проявлена в будь-яких зовнішніх знаках. Тобто, для вчинення правочину потрібна не тільки воля, але й волевиявлення.

Деякі дослідники вважають, що закон схиляється до переваги волі перед волевиявленням; інші схиляються до того, що закон визнає перевагу волевиявлення,

треті переконані у рівності всіх названих елементів. Тому дані питання потребують ґрунтовного дослідження.

Зважаючи на все викладене вище можна говорити про те, що існує об'єктивна наукова та практична необхідність в дослідженні питання волі та волевиявлення у правочині, що зумовлює актуальність обраної теми.

Аналіз досліджень даної проблеми. Правова природа волі та волевиявлення у правочині на рівні монографічного або дисертаційного дослідження в Україні не розглядалась. Однак питання вольового елементу правочину були предметом дослідження російських цивілістів, зокрема, таких як: М. М. Агаркова, О. С. Іоффе, Д. І. Мейера, М. І. Брагінського, С. Н. Братуся, В. В. Вітрянського, Г. Ф. Шершеневича, О. А. Красавчикова, І. А. Покровського, І. Б. Новицького, Н. В. Рабінович, І. В. Матвеева та інших. Особливо слід виділити праці В. А. Ойгензіхта, в яких у свій час були ґрунтовно досліджені поняття волі та волевиявлення з точки зору теорії, філософії та психології права. У вітчизняній цивілістиці над зазначеним питанням працювали: Д. В. Боброва, О. В. Дзера, В. В. Луць, Я. М. Шевченко, Є. О. Харитонов, І. В. Спасібо-Фатеева, Н. С. Хатнюк, В. І. Жеков та інші.

Постановка мети. При формуванні мети даної статті ми виходили з необхідності дослідження суті волі та її вираження, а також їх значення та співвідношення у правочині.

Виклад основного матеріалу. Спроба визначити суть правочину через волю може бути піддана критиці через те, що воля сторін, як і мотиви, є процесами внутрішніми, психічними, а не зовнішніми, через що випадають із сфери правового регулювання. Однак, в даному випадку мова йде не про звичайну волю, а волю юридично значущу, тобто таку, яка буде втілена у поведінці суб'єктів правочину.

У цивілістичній науці воля розглядається як суб'єктивний прояв ставлення особи до своїх дій або до дій, спрямованих на вчинення правочину для досягнення відповідної юридичної мети [2, с. 47].

В доктрині права внутрішню волю також розглядають як бажання вчинити правочин [3, с. 197] ; як детерміноване та мотивоване бажання особи досягнути поставленої мети [4, с. 225]; як намір вчинити правочин, який формується під впливом визначених мотивів та направлений на досягнення визначеної мети [5, с. 202]. Однак з даними визначеннями важко погодитись в повній мірі, адже бажання та намір вчинити правочин є тільки передумовами процесу усвідомлення, який є частиною вольового процесу.

Первинним ж пунктом та рушійною силою вольової діяльності особи є мета. Мета – це ідеальне втілення у свідомості результату, на досягнення якого направлені дії. Воля в правочині – це свідома цілеспрямованість суб'єкта на його вчинення [6, с. 14].

Виділяють три стадії волеутворення, направленої на здійснення правочину: 1) виникнення потреби і усвідомлення способів її задоволення. У свідомості особи мета правочину виступає не як випадковий прояв волі, а як наслідок об'єктивних потреб, тобто потреб, які виникають в результаті розвитку фактичних суспільних відносин; 2) вибір способу задоволення потреби; 3) прийняття рішення вчинити правочин.

Ще одним важливим психологічним компонентом, який впливає на формування волі, є мотив. Мотив – це усвідомлена спонукальна причина дії. Мотив відповідає на запитання, чим людина керується, вчиняючи правочин. З приводу юридичного значення мотиву в правочині у юридичній літературі існують різні думки. Так М. В. Кротов вважає, що мотив правочину набуває юридичного значення, коли це передбачено законодавством, наприклад, коли мотив вводить у зміст правочину як його умова, а сам правочин вчиняється з умовою [5, с. 203]. Однак, як правильно, на наш погляд, зазначає Н. В. Рабінович, мотиви носять суто психологічний характер,

відносяться до сфери почуттів суб'єкта, визначають вчинення саме даного правочину, але в сам правочин не входять [7, с. 15]. Крім того, позиція з приводу того, що мотив не має юридичного значення для правочину, підкріплюється ст. 229 Цивільного кодексу України, де зазначається, що помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення.

Таким чином, воля як цивільно-правова категорія є внутрішнім цілеспрямованим психічним процесом, результатом якого є здійснення юридичної дії, спрямованої на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків.

Воля – це внутрішній психічний елемент, який сам по собі для сторонніх осіб є непомітним. Для вчинення правочину необхідні не тільки наявність волі, але й її виявлення назовні.

Більшість вчених визначають волевиявлення як вираження волі назовні, завдяки якій вона стає доступною для сприйняття іншим особам. Волевиявлення є важливим елементом правочину, з яким, як правило, пов'язані юридичні наслідки. Саме волевиявлення як зовнішнє вираження може бути піддане правовій оцінці [4, с. 225]. Волевиявлення є засобом досягнення визначеної мети правочину [6, с. 12].

Таким чином, волевиявлення можна визначити як зовнішній прояв внутрішньої волі способами, передбаченими законом, що робить її доступною для інших осіб.

Як уже зазначалось, правочин, перш за все, є вольовим актом, який реалізується в дії. Тобто, рушійною силою правочину є дія, спрямована на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, які функціонують і реально виявляються в межах цивільного правовідношення, що є результатом внутрішньої волі суб'єктів правочину та її реалізації шляхом волевиявлення та вчинення відповідних дій у відповідній об'єктивній формі [2, с. 46]. Тому виникає питання про співвідношення внутрішньої волі та волевиявлення.

Українські науковці розглядають дану проблему, посилаючись на російських цивілістів, які достатньо багато уваги їй приділили, в результаті чого з'явилися три основні напрямки щодо правового значення волі та волевиявлення учасників правочину: 1) пріоритетності волі; 2) переваги волевиявлення; 3) однакове значення (єдність) волі та волевиявлення.

До представників теорії волі належать, зокрема, В. П. Шахматов, Н. В. Рабінович, І. А. Покровський, В. А. Тархов та інші. Так Н. В. Рабінович зауважує, що при розбіжності волі та волевиявлення (якщо воля може бути розпізнана) перевагу необхідно надати волі [7, с. 7]. Але це судження не суперечить тому, що без зовнішнього прояву правочин неможливий. Якщо воля взагалі не була виявлена зовні чи залишилася нерозпізною, то вона не може бути піддана правовій оцінці, а, отже, про розбіжності між волею та волевиявленням не може бути й мови. Якщо ж воля знайшла своє вираження зовні, то необхідно виходити з презумпції єдності волі та волевиявлення, констатуючи зворотнє лише при наявності відповідних доказів. У той же час сторона, яка неправильно сприйняла волю свого контрагента через неправильне її виявлення, повинна бути захищена від можливих негативних для неї наслідків.

Справді, основу правочину становить воля, через це правочин і вважається вольовим актом.

Дана позиція має під собою законодавчу основу. Так, при тлумаченні правочину законодавець ставить за мету визначити справжню волю особи (п. 4 ст. 213 ЦК). Крім того, правочин із вадами волі незалежно від правомірності волевиявлення може бути визнаний недійсним. Однак такі наслідки настають лише у чітко визначених випадках, коли абсолютно однозначно встановлюються дефекти волі. Але в інших випадках досить важко виявити внутрішню волю суб'єкта правочину, а, відтак, при розгляді конкретних спорів між суб'єктами договірного зобов'язання необхідно керуватися

презумпцією відповідності волевиявлення внутрішній волі сторін. Слід зазначити і те, що, якщо суд ставитиме попереду волевиявлення волю, це може привести до небезпечної для цивільного обороту невизначеності: сторона, уклавши договір, буде остерігатися надходження від контрагента вимог про визнання договору недійсним, посилаючись на те, що він "зробив те, чого не бажав" [8, с. 171].

Водночас, слід зазначити, що об'єктивно волевиявлення одержало у законодавстві значно ширше врегулювання. Адже право як регулятор відносин в загальному сприймає об'єктивний аналіз і звертає особливу увагу на зовнішні ознаки правочину. Таким чином, для цивільного обігу волевиявлення має чимале значення. Адже його учасники оцінюють волю контрагента саме за допомогою волевиявлення і відповідно до цього формують власні дії. Тим більше, в ЦК дається визначення правочину як дії, тобто результату волі – волевиявлення. Існує думка, що завдяки волевиявленню досягається стійкість правочинів і цивільного обороту в цілому [9, с. 22].

На основі цього, в цивілістичній науці сформувалася і група представників теорії волевиявлення. Серед них: І. Б. Новицький, С. В. Запковська, Є. А. Кунік, Д. І. Мейер, Д. В. Боброва. Згідно даної теорії, воля, як явище приховане від оточуючих, не має юридичного значення без волевиявлення.

Але з даною точкою зору важко погодитись, оскільки волевиявлення є результатом волі особи, а попереду причини ставити наслідок не можна. Тим більше, такий підхід підводить до необхідності визнавати правочин дійсним, навіть якщо він вражений дефектами внутрішньої волі. Тому теорія волевиявлення буде прийнятною до тих пір, доки не будуть доказані дефекти волі.

Більшість цивілістів, зокрема М. М. Агарков, О. А. Красавчиков, М. З. Прилуцька, М. І. Брагинський, А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой, В. А. Рясенцев, Е. А. Суханов є прихильниками теорії рівнозначності та єдності волі та волевиявлення.

Воля і волевиявлення – дві сторони одного і того ж процесу психічного ставлення особи до своїх дій [5, с. 202]. Для правочину важлива єдність волі, як суб'єктивного елементу, та волевиявлення, як об'єктивного. Тільки тоді, коли волевиявлення учасника правочину є вільним і відповідає його внутрішній волі, правочин є чинним. В іншому випадку, коли воля направлена на одні дії, а волевиявлення виражає намір вчинити інші, правочин є оспорюваним.

Та не завжди оспорювані правочини визнаються недійсними, адже для цього учаснику правочину або іншій уповноваженій особі необхідно звернутися до суду, що не завжди трапляється. В такому випадку правочин вважається чинним за відсутності єдності волі та волевиявлення. А тому теорію єдності волі та волевиявлення вважати безспірною також не варто.

Справедливо відзначає О. В. Дзера, що недоцільно абсолютизувати ідею надання переваги чи то внутрішній волі особи чи її зовнішньому прояву, тобто відповідному волевиявленню, адже наявність пороків (вад) в одному з двох елементів може позначатися на дійсності договору чи на визначенні його правової природи [2, с. 49].

Висновки. Отже, з вищенаведеного можна зробити висновок про те, що правочину як вольовому акту притаманні психологічні моменти.

Воля і волевиявлення – це два першорядні елементи, що формують правочин. Проте, основною проблемою, пов'язаною з даним питанням, є те, якому саме елементу надати перевагу. З цього приводу в цивілістиці існують три основні позиції щодо правового значення волі та волевиявлення учасників правочину: 1) пріоритетності волі; 2) переваги волевиявлення; 3) однакове значення (єдність) волі та волевиявлення.

Дослідивши всі три точки зору, ми прийшли до висновку, що важко стати на бік тієї чи іншої точки зору, адже в них можна віднайти як обґрунтовані, так і вразливі місця. Безумовно, ідеальним є варіант, коли внутрішній волі, яка буде свідомою та

дійсною, відповідатиме вільне волевиявлення. Крім того, волю та волевиявлення слід розглядати як причину та наслідок.

1. Корещкий А. Д. Договорное право России. Основы теории и практика реализации / А. Д. Корещкий. – Москва: ИКЦ "Март", 2004. – 528 с.
2. Договорне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Воднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.
3. Иоффе О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – М.: Изд-во "Юридическая литература", 1967. – 493 с.
4. Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник [Электронный ресурс] / Отв. ред. Е. А. Суханов, 1998. – 816 с. – Режим доступа: <http://www.lawbook.by.ru/civil/suhanov1/cont.shtml>
5. Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 2000. – 630 с.
6. Шахматов В. П. Сделки, совершенные с целью, противной интересам государства и общества / В. П. Шахматов // Социалистическая законность. – 1965. – № 1.
7. Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия / Н. В. Рабинович. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1960. – 171 с.
8. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: [Электронный ресурс] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 1997. – Режим доступа: <http://www.lawbook.by.ru/civil/braginsky1/cont.shtml>
9. Новицкий И. В. Сделки. Исковая давность / И. В. Новицкий. – М.: Госюриздат, 1954. – 248 с.

Длугош О.І. Воля та волевиявлення у правочині

У статті позначаються та досліджуються поняття та правова природа волевого елемента у правочині. Особлива увага приділяється розгляду питання співвідношення волі та волевиявлення.

Ключові слова: правочин, воля, волевий акт, внутрішній психічний елемент, вираження волі назовні, теорії співвідношення.

Длугош О.І. Воля и волеизъявление в сделке

В статье обозначаются и исследуются понятия и правовая природа волевого элемента в сделке. Особое внимание уделяется рассмотрению вопроса соотношения воли и волеизъявления.

Ключевые слова: сделка, воля, волевой акт, внутренний психический элемент, выражения воли внешне, теории соотношения.

Dlugosh O.I. Will And Will Vote In The Transaction

The article indicated, and researched the concept and legal nature of the volitional element in the transaction. Particular attention is paid to the issue ratio will and will declaration.

Keywords: transaction, will, volition, internal mental element, expressing will outside, relationship theory.

Легальне та доктринальне визначення поняття "засоби масової інформації"

УДК 366.636

Будь-які події, що відбуваються в сучасному суспільстві подаються через розгалужену систему засобів масової інформації (ЗМІ), що охоплює періодичні друковані видання, радіо-, теле-, відеопрोगрами, та інші форми поширення масової інформації.

Водночас у національному законодавстві поняття "засоби масової інформації" використовується не тільки для позначення форми публічного розповсюдження масової інформації, але і для узагальненої назви організацій, що здійснюють діяльність, яка пов'язана із збиранням, обробкою та поширенням цієї інформації.

Проаналізувавши національне законодавство, ми з'ясували, що один і той же термін – "засоби масової інформації" – використовується для позначення як об'єкта (форми поширення масової інформації), так і суб'єкта правовідносин, що спричиняє певні труднощі як при легальному так і доктринальному його використанні. У нашому дослідженні ми поставили за мету визначити критерії розмежування змісту цього поняття при позначенні суб'єкта і об'єкта правовідносин.

Для вирішення поставленої нами мети звернемось спершу до Закону Союзу Радянських Соціалістичних Республік "Про пресу та інші засоби масової інформації" [1]. Даний Закон слід вважати частиною українського законодавства, оскільки відповідно до Постанови Верховної Ради України від 12.09.1991 року "Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР" на території України застосовуються акти законодавства Союзу РСР з питань, які не врегульовані законодавством України, якщо відповідні акти не суперечать Конституції і законам України.

У вказаному Законі під ЗМІ розуміють газети, журнали, теле- і радіопрोगрами, кінодокументалістику, інші періодичні форми публічного розповсюдження масової інформації. Тобто, ЗМІ, в цьому законодавчому акті визначаються як об'єкти права (форма поширення масової інформації).

Як форма поширення масової інформації термін "ЗМІ" визначений і в Законі України "Про інформацію" від 02.10. 1992 року [2]. Цей Закон став першим по порядку прийняття і базовим по відношенню до інших законодавчих актів в цій сфері. Стаття 20 Закону "Про інформацію" говорить про дві групи ЗМІ – друковані та аудіовізуальні, та перераховує їх окремі види: газети, журнали, бюлетені, разові видання з визначенням тиражем, радіомовлення, телебачення, кіно, звукозапис, відеозапис.

Законодавчі акти, які були прийняті пізніше, термін "ЗМІ" використовують вже не для позначення форми періодичного поширення масової інформації, а у розумінні суб'єкта, який функціонує завдяки праці журналістів чи інших осіб при виконанні ними своїх професійних обов'язків. Так, в новій редакції Закону України "Про телебачення і радіомовлення" аудіовізуальний (електронний) засіб масової інформації визначений як організація, яка надає для масового приймання споживачами аудіовізуальну інформацію, передану у вигляді електричних сигналів і прийняту за допомогою побутових електронних пристроїв [3]. Таким чином, у вказаному нормативно-правовому акті законодавець говорить про ЗМІ вже як про суб'єкта правовідносин.

У розумінні ЗМІ як суб'єкта правовідносин йдеться і у Законі України "Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів" [4],

Законі України "Про інформаційні агентства" [5], у Рекомендаціях щодо охорони та захисту авторського права у засобах масової інформації.

У Законі України "Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні" термін ЗМІ використаний одночасно у подвійній іпостасі. Зокрема, у ст. 1 цього Закону друковані засоби інформації визначені як періодичні і такі, що продовжуються, видання, які виходять під постійною назвою, з періодичністю один і більше номерів (випусків) протягом року на підставі свідоцтва про державну реєстрацію [6]. Отже, у вказаній статті закону друковані засоби масової інформації визначені як форма поширення масової інформації. Водночас у ст. 6 цього ж законодавчого акта йдеться про діяльність друкованих ЗМІ, тобто про суб'єкт правовідносин, адже лише конкретний суб'єкт може здійснювати ту чи іншу діяльність.

У Цивільному кодексі України, законодавець використовує термін ЗМІ для позначення форми, у яку можна помістити і за допомогою якої можна оприлюднити (у тому числі і спростувати) інформацію. Так, для прикладу, у ст. 227 визначено право фізичної особи на відповідь та на спростування недостовірної інформації, в порядку визначеному законом, у тому друкованому засобі масової інформації, у якому порушено її особисті немайнові права. Гарантією захисту порушеного немайнового права служить також ч. 2 п. 6 цієї ж статті, де зазначається, що коли відповідь та спростування у тому ж засобі масової інформації є неможливими у зв'язку з його припиненням, така відповідь та спростування можуть бути оприлюднені в іншому засобі масової інформації.

Коментуючи вказану норму, автори одного із науково-практичних коментарів ЦК України говорять не про припинення видання друкованого ЗМІ, що служить перешкодою спростування інформації, а про припинення діяльності ЗМІ, розглядаючи тим самим його як суб'єкта правовідносин [7, с. 236].

Слід зауважити, що у юридичній літературі науковці моделюють авторське визначення ЗМІ як форми періодичного поширення інформації так і суб'єкта правовідносин. Зокрема, А. Письменицький визначає поняття засобів масової інформації як систему організації з відображення різноманітності суспільних процесів і оточуючого середовища, що створюють, обробляють і доводять до масового споживача інформацію [8, с. 99]. Подібний підхід до розуміння поняття ЗМІ зробив О. Кравчук. Досліджуючи поняття та правовий статус засобів масової інформації, автор визначає засоби масової інформації як юридичні особи, які здійснюють соціально-комунікативну діяльність на підставі державної реєстрації з метою виробництва, зберігання і публічного поширення інформації [9, с. 13].

Водночас, деякі дослідники визначають ЗМІ як складну, цілеспрямовану, динамічну систему, що охоплює періодичні друковані видання, радіомовлення, телебачення, кіно, інформаційні агентства, інші форми періодичного поширення соціальної інформації [10, с. 8]. Подібний підхід до визначення ЗМІ зробили автори Юридичної енциклопедії де ЗМІ означено як матеріальні і інші інформаційні носії інформації, органи та організації (юридичні особи), зареєстровані у встановленому законом порядку, які забезпечують публічне поширення друкованої та аудіовізуальної інформації [11, с. 91].

Зауважимо, що використання одного і того ж терміну для позначення суб'єкта і об'єкта правовідносин зустрічається у цивільному та господарському законодавстві. Прикладом може слугувати поняття "підприємство", яке у Цивільному кодексі України використане для позначення об'єкта цивільних прав (ст.192), а у Господарському кодексі України для позначення суб'єкта господарювання (ст. 62). Проте у назвах і змісті обох статей вказується, що слід розуміти під цим поняттям. З нашого погляду, доцільно такий же підхід використати нормативно-правових актах, які

регулює діяльність окремих видів засобів масової інформації, що дозволить уникнути неоднакового змістовного навантаження терміну "ЗМІ".

З'ясовуючи зміст поняття ЗМІ, вважаємо, що, слово "засіб" логічно підходить для розуміння об'єкта, а не суб'єкта правовідносин. Так, наприклад, газета, журнал – це засоби, за допомогою яких, здійснюється обнародування та реалізація у встановленому законом порядку документованої інформації для задоволення інформаційних потреб громадян, юридичних осіб та держави. Радіо – або телемовлення – це засоби за допомогою яких здійснюється передача на відстань звуків і(або) зображень за допомогою радіохвиль для вільного приймання широкою публікою. Отже, під поняттям ЗМІ слід розуміти форму поширення масової інформації, тобто об'єкт правовідносин (саме у такому розумінні визначено ЗМІ у більшості законодавчих актах не лише України, а й Росії, Казахстану, Білорусії та інших країн СНД). Щодо ЗМІ як суб'єкта то доцільно вживати словосполучення "організація ЗМІ" (відповідно: організація друкованих ЗМІ та організація аудіовізуальних ЗМІ)

Підсумовуючи проведене нами дослідження, приходимо до висновку про необхідність прийняття в Україні спеціального закону "Про засоби масової інформації", який, слідуючи правилам законотворчого процесу, визначив би сферу застосування терміну "ЗМІ" як об'єкта та суб'єкта правовідносин, забезпечив би зручність користування законодавчою базою, оскільки для з'ясування правового статусу ЗМІ та журналіста замість опрацювання трьох або й більше окремих законів можна опрацювати єдиний загальний закон, а до спеціалізованих законодавчих актів (Законів України "Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні", "Про телебачення і радіомовлення" і т.п.) звертатися в разі необхідності з'ясувати специфіку діяльності ЗМІ саме в цій галузі та вирішив ряд інших питань, які виникають в процесі діяльності ЗМІ.

1. Інтелектуальна власність та її захист: Нормативно-правове регулювання. (3-є вид., перероб. та доп.) / Роїна О. М. – К.: КНТ, 2006. – 460 с.
2. Законі України "Про інформацію" від 02.10.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 9. – №48. – Ст.650
3. Законі України "Про телебачення і радіомовлення" // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 10. – Ст. 43 (в редакції Закону № 3317 – (33-15) від 12.01.2006, №18, ст.155).
4. Законі України "Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів" // Відомості Верховної Ради України. –1997. – № 50. – Ст. 302.
5. Законі України "Про інформаційні агентства" // Відомості Верховної Ради України. –1995. – № 13. – Ст. 83.
6. Законі України "Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні" Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 1. – Ст. 1.
7. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2ч. / За аг. ред.: Я. М. Шевченко. – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2004.–Ч.1.– 692с.
8. Писменинський А. А. Взаємодія держави і засобів масової інформації: Дис.канд.юрид.наук. – Харьков, 1997. – 194с.
9. О.Кравчук Поняття та правовий статус засобів масової інформації в Україні // Право України. – 2005.– №5.– С. 13.
10. Лизанчук В. В. Радіожурналістика: засади функціонування: Підручн. – Львів: ПАІС, 2000.– С. 188.
11. Юридична енциклопедія. – К., 1999. – С. 91.

Зайцева - Калаур І. В. Легальне та доктринальне визначення поняття "засоби масової інформації"

У статті автор з'ясовує зміст поняття "засоби масової інформації", яке законодавець визначає в нормативно-правових актах та, яке моделюють дослідники в своїх наукових працях. На основі проведеного аналізу зроблено висновок про необхідність розмежування поняття ЗМІ як форми поширення інформації та ЗМІ як учасника правовідносин в спеціальному законодавчому акті.

Ключові слова: засоби масової інформації, друковані засоби масової інформації, телебачення радіомовлення.

Зайцева – Калаур И. В. Легальное и доктринальное определение понятия "средства массовой информации"

В статье автор выясняет содержание понятия "средства массовой информации" которое законодатель определяет в нормативно-правовых актах и, которое моделируют исследователи в своих научных работах. На основе проведенного анализа сделан вывод о необходимости разграничения понятия СМИ как формы распространения информации и СМИ как участника правоотношения в специальном законодательном акте.

Ключевые слова: средства массовой информации, печатные средства массовой информации, телевидение радиовещания.

Zayceva-Kalaur I.V. Legal And Doctrine Determination Of Concept "Mass Medias"

In the article an author finds out maintenance of concept "mass medias", which a legislator determines in normatively-legal acts and, which is designed by researchers in the scientific labour. On the basis of the conducted analysis drawn conclusion about the necessity of differentiation of concept of MASS-MEDIA as forms of distribution of information and MASS-MEDIA as a participant of legal relationships in the special legislative act.

Keywords: mass medias, printed mass, television medias

Зварич Ж. І.

Співвідношення свободи панорами та вільного використання творів у контексті фотографування об'єктів авторського права

УДК 347.78: 347. 783

Використання фотографій у теперішньому суспільстві давно набуло рис необхідності. Так, на сьогодні без цих об'єктів уже не можна уявити процес обміну інформацією між людьми, відвідування публічних місць та проведення різних за своїм характером заходів.

Досить часто за допомогою фотографії здійснюється фіксація творів архітектури та скульптури, які є об'єктами авторського права, та, як правило, знаходяться у місцях, які є відкритими для необмеженого кола осіб.

У законодавстві іноземних держав поширеним є використання *інституту свободи панорами*, що являє собою право особи робити і вільно поширювати з некомерційною метою фотографічні знімки чи інші зображення захищених авторським правом об'єктів (архітектурних споруд, скульптур, плоских об'єктів тощо), які на постійній основі знаходяться у громадських (публічних) місцях.

У вітчизняному законодавстві про авторське право інституту свободи панорами не передбачено, а найближчим до нього за значенням є поняття вільного використання творів. Одночасно, як інститут свободи панорами, так і право вільного використання творів утворюють різні за юридичною сутністю правові наслідки для авторів

фотографічних творів та осіб, яким належать авторські права на ті об'єкти авторського права, що зображені на фотографіях.

Необхідно зазначити, що дане питання не розроблялося на теоретичному рівні, хоча окремі аспекти фотографування об'єктів авторського права та свободи панорами було висвітлено у працях таких науковців, як О. М. Андрусенко, І. В. Абдуліна, К. О. Афанасьєва, В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко, Є. А. Греков, В. В. Коноваленко, В. В. Ситцевий, Л. П. Тимофійенко та інші.

Метою даної наукової статті є дослідження співвідношення положень інституту свободи панорами у законодавстві іноземних держав із умовами вільного використання творів в Україні та внесення пропозицій для вдосконалення вітчизняного законодавства у даному напрямку.

Найчастіше серед усіх об'єктів авторського права у громадських місцях знаходяться твори архітектури та скульптури. Практично всі вони належать до об'єктів авторського права, тобто охороняються законом.

Наслідком процесу фотографування є створення фотографій та фотографічних творів. Фотографія твору вважається *репродукцією оригінального твору*, коли її не властивий елемент творчості. Репродукції оригінального твору не охороняються авторським правом.

Варто згадати, що з фотографіями, на яких зображено твори архітектури, тісно пов'язане питання збереження об'єкта архітектури. Так, відповідно ст. 12 Закону України "Про авторське право і суміжні права": "якщо збереження об'єкта, в якому втілено оригінал твору, є неможливим, власник матеріального об'єкта, у якому виражено оригінал твору, повинен дозволити авторові зробити копію твору у відповідній формі, а якщо це стосується архітектурної споруди – фотографії твору" [1]. Як бачимо, у даному випадку, така репродукція виступає одним із способів збереження пам'яті про архітектурний твір, коли матеріальне збереження об'єкта, у якому він втілений, є неможливим.

Коли внаслідок фотографування твору архітектури чи скульптури виокремлюються творчі ознаки, то такий фотографічний твір вважається окремим твором і при цьому його цінність залежить від зображеної на ньому оригінальної роботи. Такий об'єкт авторського права називають *похідним твором*.

Для наступної характеристики фотографічного твору, на якому зображено об'єкт архітектури, зупинимось на даних об'єктах авторського права. Об'єктами авторського права у цьому випадку є твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва, а також твори архітектурної графіки і пластики (плани, креслення, ілюстрації тощо) (ст. 1 Закону України "Про авторське право і суміжні права") [1]. Авторським правом охороняється не тільки художня сторона творів архітектури, тобто їх архітектурна частина, наприклад, фасад та інтер'єр, а також вся будівля в цілому.

Твори скульптури вважаються зображувальним мистецтвом. Важливою рисою даних об'єктів є те, що вони тісно пов'язані з матеріальними носіями, в яких втілені. У зв'язку з цим твори зображувального мистецтва часто виготовляються в єдиному екземплярі. Фактично кожна архітектурна споруда чи скульптура містить у собі елемент творчості. Одне з положень Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів безпосередньо визначає, що в поняття художнього твору (точніше, твору мистецтва) слід включати твори образотворчого мистецтва, картини, архітектурні споруди, скульптури, гравюри, літографії тощо [4, с. 102].

Вітчизняний законодавець зазначив, що автор даних об'єктів (чи інша особа, якій належить авторське право) має виключне право на використання твору та виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами. Під виключним правом на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами розуміється

право дозволяти або забороняти відтворення творів, публічне виконання і публічне сповіщення, публічну демонстрацію та публічний показ та інші дії, перелік яких не є вичерпним.

Як правило, твори архітектури та скульптури знаходяться у відкритих для відвідування місцях, тому можна сказати, що їх автори погодилися на публічну демонстрацію, публічне виконання, показ чи сповіщення. Але саме розміщення твору у публічному місці не дає підстав вважати, що його автор дав дозвіл на відтворення твору, хоча при цьому ніхто не може заборонити фотографувати дані об'єкти.

Фотографування твору можна вважати одним із способів відтворення твору, у процесі якого виникає зображення твору у певній об'єктивній формі [5, с. 189]. Коли йде мова про подальше комерційне використання твору, то для такого відтворення необхідно отримати згоду автора (ч. 3 ст. 15 Закону України "Про авторське право і суміжні права").

В. В. Коноваленко зазначає, що у зв'язку з цим користувачеві фотографічного твору: редакції засобу масової інформації, видавцю, телекомпанії, організатору виставки необхідно знати, що використовувати такі зображення доцільно за умови укладення договорів з правовласниками таких об'єктів [6, с. 360].

Вважаємо, що ця позиція є правильною з огляду на те, що найчастіше порушуються права авторів архітектурних та скульптурних творів під час комерційного використання їх зображень на фотографіях. Це можна проілюструвати прикладом, коли для відтворення на фотографії скульптурного ансамблю "Кий, Щек, Хорив та Либідь", необхідно укласти договір з автором скульптури В. З. Бородаєм. У 1999 році у газеті "Факти" було розглянуто конфліктну ситуацію з приводу неправомірного використання скульптури Бородея на фотографії. Скульптор виграв цю судову справу [2, с. 14].

Проте у законодавстві зазначено, що майнові права авторів можуть обмежуватися, за умови, якщо вони не завдаватимуть шкоди використанню твору і не обмежуватимуть безпідставно законні інтереси автора. Саме такі винятки передбачає вільне використання творів. Так, відповідно ч. 4 ст. 21 Закону України "Про авторське право і суміжні права", без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), але з обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення, допускається відтворення твору з метою висвітлення поточних подій засобами фотографії або кінематографії, публічне сповіщення або публічне повідомлення творів, побачених або почутих під час таких подій, в обсязі, виправданому інформаційною метою [1]. Також дозволяється відтворення примірників твору для бібліотек та архівів, навчальних та особистих цілей.

Таким чином, можна узагальнити, що відтворювати твори архітектури та скульптури шляхом фотографування без згоди їх автора дозволяється за наступних умов:

- зазначення імені автора твору;
- некомерційний характер;
- навчальна, інформаційна чи особиста мета відтворення.

Вільне використання творів без згоди автора є можливим при дотриманні вимог статей 21-25 Закону України "Про авторське право і суміжні права". Також не потрібно отримувати дозвіл, якщо строк охорони твору архітектури закінчився, хоча все-таки потрібно пам'ятати про його особисті немайнові права, що передбачені у ст. 14 Закону України "Про авторське право і суміжні права" та на які не поширюються строки охорони авторських прав у термін 70 років після смерті автора.

Необхідно відзначити, що на практиці особа, яка фотографує твори архітектури та скульптури, рідко замислюється про охорону майнових прав їхніх авторів. Саме тут вдалим буде посилення на свободу панорами, яка спрямована на розширення

можливостей авторів фотографічних творів, на яких зображені твори архітектури та скульптури. Зазначимо, що інститут свободи панорами не передбачає делегування права власності на похідний твір, що базується на фотографії певного об'єкта. Автор фотографії має право розпоряджатися похідним твором на основі фотографії лише в межах того ступеня творчого внеску, який було внесено в дану похідну працю. Разом з тим автор похідного твору не має права розпоряджатися ним відповідно до процесу розпорядження первинним об'єктом.

Відповідно до положень статті 9 (1) Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів встановлено, що:

1. Автори літературних і художніх творів, які охороняються цією Конвенцією, користуються виключним правом дозволяти відтворення цих творів будь-яким чином і в будь-якій формі.

2. За законодавством країн Союзу зберігається право дозволяти відтворення таких творів у певних особливих випадках за умови, що таке відтворення не завдає шкоди нормальному використанню твору і не зачіпає будь-яким необґрунтованим способом законні інтереси автора [4, с. 108].

Саме у п. 2 статті 9 (1) Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів визначається міжнародний статус інституту свободи панорами. Слід зазначити, що вперше свобода панорами було закріплено у праві інтелектуальної власності Федеративної Республіки Німеччина.

За загальним правилом, свобода панорами певним чином обмежує можливість власника авторського права на даний об'єкт здійснювати дії юридичного характеру проти фотографа або іншої особи, що поширює зображення цього об'єкта. Таким чином, даний інститут виступає свого роду виключенням з правила про те, що тільки власник авторського права на твір художнього мистецтва має виключне право на створення та розповсюдження похідних робіт [3].

Таким чином, можна вважати, що умовами відтворення творів мистецтва шляхом фотографування за інституту свободи панорами є:

- некомерційне використання;
- не потрібно отримувати згоду автора первісного твору;
- відтворення не обмежується тільки інформаційною метою;
- юридично обмежує автора твору мистецтва (архітектури чи скульптури) у перешкоджанню автору похідного фотографічного твору у його поширенні;
- постійне знаходження об'єкта фотографування у громадському (публічному) місці (у деяких державах ця умова не є обов'язковою).

У контексті інституту свободи панорами важливе місце займає поняття "громадське місце". Однак, розуміння даного поняття не є сталим для міжнародної сфери. Так, у більшості держав під громадським місцем розуміється виключно простір за межами приміщень, зовнішній простір (Німеччина). Разом з тим в окремих країнах (Велика Британія, Російська Федерація тощо) поняття громадського місця включає в себе також і громадські музеї [7].

В науці цивільного права України немає пояснення терміну "громадське (публічне) місце", тому найчастіше його розуміють у контексті науки адміністративного права.

Шляхом аналізу положень законодавства іноземних країн, можна зробити висновок, що трактування громадського (публічного) місця як простору поза межами приміщень є надто широким, саме тому пропонуємо розуміння *громадського місця*, як такого, що відкрите для відвідування необмеженому колу осіб безоплатно чи за певну плату.

У законодавстві різних країн інститути свободи панорами різняться за своїм змістовним наповненням. Так, фахівці вважають, що правила фотографування публічних об'єктів є найбільш суворими у Франції, зокрема, там існує низка юридичних

обмежень на право зображень Ейфелевої вежі [3]. І навпаки, у Німеччині, Швейцарії, Великобританії, Канаді, Австрії, Чехії тощо йому приділяється значна увага.

В різних країнах також відрізняється перелік творів, до яких застосовується інститут свободи панорами. Так, у переважній більшості країн це стосується лише зображень об'ємних об'єктів, які на постійній основі розташовані у громадських місцях. А у Швейцарії навіть фотографування й поширення плоских об'єктів, таких як, наприклад, фрески чи настінні графіті, підпадають під дію інституту свободи панорами. У Данії та Фінляндії згідно даного інституту дозволяється фотографувати лише твори архітектури. Подібно, у Бельгії закон дозволяє створювати зображення будівель, проте вимагає дозволу на публікацію для фотографів, центральну роль на знімках яких займають скульптурні роботи [8].

Існують країни, де інститут свободи панорами взагалі відсутній. Так, зокрема, в Італії, Греції, Литві, Грузії, Білорусії та інших країнах законодавство про авторське право обмежує фактичне застосування інституту свободи панорами виключно некомерційним використанням зображення.

Якщо порівняти вільне використання фотографічних творів за вітчизняним законодавством із інститутом свободи панорами у різних країнах, то спільними у них є наступні риси:

- некомерційний характер використання;
- відсутність згоди автора твору мистецтва.

Водночас, інститут свободи панорами обмежує майнові права авторів творів, які фотографуються, тоді коли вільне використання не спрямоване на таке обмеження. Таким чином, даний інститут є поняттям ширшим за змістом, ніж вільне відтворення творів у авторському праві.

Відмінними рисами є те, що у законодавстві більшості держав для умов дії інституту свободи панорами є необхідним знаходження твору у публічному (громадському) місці, а також, що таке фотографування не повинно належати до приватної сфери життя певних осіб.

Також слід наголосити на інформаційній меті вільного використання творів, що не є важливим для свободи панорами. Саме тому таке визначення, що обмежує спектр використання твору тільки інформаційною метою, не відповідає поширеному розумінню інституту свободи панорами, а є так званім добropорядним користуванням у сфері інформаційного висвітлення подій.

Отже, під *свободою панорам* слід розуміти інститут авторського права, що передбачає можливість відтворення із некомерційною метою та без згоди автора об'єктів авторського права, які знаходяться у громадських місцях.

Україна рухається у напрямку імплементації директив Європейського Союзу та набуття у майбутньому статусу держави-члена Європейського Союзу. У статті 5 розділу 3 (h) Директиви 2001/29/ЄС Європейського парламенту і Ради від 22 травня 2001 про гармонізацію певних аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві надається можливість (хоча і не вимагається) державам – членам ЄС включати пункт про "свободу панорам" у свої закони про авторське право [7].

Зважаючи на це, доцільно подбати про відповідність норм вітчизняного законодавства про авторське право нормам європейської спільноти і визначити статус інституту свободи панорами на законодавчому рівні.

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що у даному дослідженні окреслено співвідношення вільного використання творів у вітчизняному законодавстві про авторське право та інституту свободи панорам, який закріплений на міжнародному рівні та у законодавстві більшості держав.

Було виділено умови вільного використання творів та інституту свободи панорами. Відзначено, що свобода панорами, яка є ширшою за своїм змістом, ніж вільне використання творів, збільшує сферу здійснення прав стосовно фотографування таких об'єктів авторського права, як творів архітектури та скульптури.

Обґрунтовано необхідність закріпити у чинному законодавстві про авторське право інститут свободи панорами. Запропоновано розуміти *свободу панорами* як інститут авторського права, що передбачає можливість відтворення із некомерційною метою та без згоди автора об'єктів авторського права, які знаходяться у громадських місцях. Також вважаємо за доцільне закріпити поняття "громадське місце" як таке місце, що відкрите для відвідування необмеженому колу осіб безоплатно чи за певну плату.

Таким чином, інститут свободи панорами сприятиме покращенню реалізації можливостей фотографувати об'єкти авторського права та використовувати фотографії та фотографічні твори з некомерційною метою, що не обмежуватиметься тільки інформаційним характером такого використання.

1. Про авторське право та суміжні права: Закон України від 1993 року зі змінами і доповненнями.// Відомості Верховної Ради – 1994. – №3. – Ст. 327.
2. Абдуліна І. В. Авторське право на фотографічні твори / І. І. Абдуліна // *Інтелектуальна власність*. – 2002. – № 12. – С. 14-18.
3. Андрусенко О. М. Свобода панорами як важливий інститут авторського права (іноземний досвід правового регулювання)// *Юридичний радник*. – 2009. – № 1 (27). – Режим доступу до журналу: <http://www.yurradnik.com.ua/stride/ur/index.php>.
4. Бернська конвенція про охорону літературних та художніх творів. Паризький акт від 24 грудня 1971/ Збірник нормативних актів. Авторське право і суміжні права. Законодавство і судова практика./ред. Ковальський В. С. - Юрінком Інтер. – 2003. – С. 101 - 135.
5. Дроб'язко В. С. Право інтелектуальної власності./ В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 512 с.
6. Коноваленко В. В. Авторское право: автору, редактору, издателю./ Владимир Владимирович Коноваленко. – Харьков: Фактор, 2007. – 489 с.
7. <http://warpedia.mobi/uk/> Фотографічний твір.
8. http://uk.wikipedia.org/wiki/Панорама_freiheit.

Зварич Ж. І. Стівідношення свободи панорами та вільного використання творів у контексті фотографування об'єктів авторського права

У даній статті на основі міжнародного, іноземного і вітчизняного законодавства про авторське право проводиться порівняння інституту свободи панорами із вільним використанням об'єктів авторського права. Автор пропонує свої пропозиції, що стосуються авторського права України.

Ключові слова: авторське право, фотографічний твір, вільне використання творів, свобода панорами.

Зварич Ж. И. Соотношение свободы панорамы и свободного использования произведений в контексте фотографирования объектов авторского права

В данной статье на основе международного, иностранного и отечественного законодательства об авторском праве проводится сравнение института свободы панорамы со свободным использованием объектов авторского права. Автор предлагает свои предложения, которые касаются авторского права Украины.

Ключевые слова: авторское право, фотографическое произведение, свободное использование произведений, свобода панорамы.

On the basis of international, foreign and domestic copyright law panorama freedom and free use of work are compared in this article. The author suggests his own propositions concerning the copyright law of Ukraine.

Keywords: copyright law, photographic work, free use of work, panorama freedom.

Калаур І. Р.

Окремі аспекти застосування норм цивільного й господарського кодексів України та норм спеціальних законодавчих актів для правового регулювання відносин найму (оренди)

УДК 347.453 + 339.187.62

Договір найму (оренди) є одним із традиційних договорів, який в умовах сьогодення широко використовується у підприємницькій діяльності. Укладаючи даний договір власник речі не втрачає свого правового титулу, а передає контрагентові лише можливість здобувати з речі корисні властивості та одержувати плоди і доходи, за що отримує дохід у формі плати за найм (оренду) речі. При цьому власник майна, начебто продає його споживну вартість частинами [1, 116]. Отже, у економічному відношенні ця договірна форма опосередковує такі відносини товарообміну, у яких товаром є не річ, а право користуватися нею [2, 248]. Саме тому законодавство дбайливо намагається надати відносинам, які виникають із цього договору всеможливу визначеність [3, 344].

У своїй науковій роботі автор поставив за мету з'ясувати окремі аспекти застосування норм Цивільного й Господарського кодексів України та норм спеціальних законодавчих актів для правового регулювання відносин найму (оренди).

Основу правового регулювання договору найму (оренди) складає глава 58 Цивільного кодексу України, структура якої побудована за класичною пандектною системою, що властива структурі Цивільного кодексу в цілому. У § 1 вказаної глави законодавець визначає загальні положення про договір найму (оренди). Необхідність їхнього моделювання обумовлена наступними факторами: по-перше, окремі види орендних відносин мають свої особливості, які спричинені видом орендованого майна, метою його використання та суб'єктним складом даних відносин. Як правило особливості укладання та виконання того чи іншого договору найму (оренди) передбачені законом, про що вказано у ч. 2 ст. 759 Цивільного кодексу України. Однак, незважаючи на наявність у кожного виду своїх особливостей всі вони є елементами одного типу договірних відносин – відносин з передання майна на платній основі у тимчасове користування, а тому повинні мати єдину правову основу. Її функції виконують загальні положення про найм (оренду), які мають уніфікований характер і можуть субсидіарно застосовуватися до регулювання всіх видів договірних відносин найму. Такий підхід збільшив законодавця від необхідності кожен раз відтворювати у Цивільному кодексі одні і ті ж норми у параграфах, що присвячені окремим видам договору найму.

По-друге, загальні положення про найм (оренду) застосовуються при регулюванні договірних відносин найму, для яких законодавством не встановлені особливості укладання та виконання договору.

По-третє, загальні положення про найм (оренду) є базовими і регулюють відносини передання майна у тимчасове користування за плату. Проте, законом передбачена можливість їх застосування до відносини безоплатного користування майном. Зокрема,

у ч. 3 ст.827 Цивільного кодексу України передбачена можливість застосування положень гл. 58 цього кодексу до договору позики, який опосередковує відносини безоплатного передавання речі в користування протягом певного строку.

Наступні 2-6 параграфи гл. 58 містять спеціальні норми, які регулюють окремі договори найму (прокат, найм (оренда) земельної ділянки, найм будівлі або іншої капітальної споруди, найм оренда транспортного засобу, лізинг). Водночас, спеціальні положення щодо врегулювання окремих договорів найму (оренди) можуть встановлюватися і в інших законодавчих актах.

Однією із проблем механізму правового регулювання відносин найму (оренди) є укладання договорів, які підпадають одночасно під режим спеціального правового регулювання декількох його видів (для прикладу договір лізингу капітальної споруди, прокат транспортного засобу). На практиці виникає питання, норми якого параграфу гл. 58 Цивільного кодексу України мають пріоритетне застосування до вказаних договорів. У російській юридичній літературі запропоновано шукати відповідь на поставлене питання виходячи із співвідношення понять "види договору оренди" і "договір оренди окремих видів майна", якими законодавець оперує у ст. 625 ЦК Російської Федерації. В основу такого поділу дослідники покладають критерії виокремлення того чи іншого договору оренди. Так, якщо критерієм розмежування є лише предмет оренди, – то це договір оренди окремого виду майна, якщо ж критеріями розмежування є не тільки предмет, але й інші обставини – це окремий вид договору оренди. Через те спеціальні правові норми, що регулюють окремі види договору найму мають пріоритет перед нормами договору оренди окремих видів майна.

Як зауважувалося вище, у § 2-6 глави 58 Цивільного кодексу України визначені соціально значимі договори найму (оренди), кожен з яких має свою гаму видозмін, в залежності від виду майна, що складає його предмет. Так можна говорити про договір лізингу споруди, договір лізингу транспортних засобів, договір лізингу устаткування тощо. Всі вони співвідносяться як загальне та окреме. Через те спеціальні норми про лізинг є пріоритетними по відношенню до правил, що регулюють відносини найму (оренди) транспортних засобів, будівель, капітальних споруд.

У ч. 3 ст. 760 Цивільного кодексу України зазначається, що особливості найму окремих видів майна встановлюються цим Кодексом та іншим законом. Наявність широкого спектру правових норм загального та спеціального характеру, що регулюють відносини найму (оренди) окремих видів майна, потребує правильного застосування принципу пріоритетності норм того чи іншого нормативного акту при укладанні договору найму (оренди) та при вирішенні спорів.

Послідовність застосування визначена у вищевказаній ч. 3 ст. 760 Цивільного кодексу України, де зазначається, що особливості найму окремих видів майна встановлюються цим Кодексом та іншим законом. Таким чином у регулюванні відносин найму (оренди) окремого виду майна пріоритет мають спеціальні норми § 2-6 глави 58 Цивільного кодексу України, за ними слідує норми загального характеру, що визначені у §1 цієї ж глави, а потім норми інших законодавчих актів. Останні повинні відповідати нормам Цивільного кодексу в силу загального принципу, визначеного у ч.2 ст. 4 цього кодексу. Отже, якщо інший закон встановлює норму, якої не має у Цивільному кодексі то тут відсутнє протиріччя і де цей закон, якщо ж інший закон містить норму, яка є іншою в порівнянні з нормою Цивільного кодексу, то слід застосовувати останню. При колізії спеціальних законодавчих актів, правильно буде, з нашого погляду, використати розглянутий вище принцип колізії спеціальних норм § 2-6 глави 58 Цивільного кодексу України.

Пріоритетність норм Цивільного кодексу України у регулюванні відносин найму (оренди) обумовлена тим, що в ньому містяться кодифіковані норми загального

характеру, і він діє на всьому полі цивільних відносин. Водночас в іншому кодифікованому акті, – Господарському кодексі України, – встановлено протилежне правило, за яким до відносин оренди застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України з урахуванням особливостей, передбачених Господарським кодексом (ч. 6 ст. 283). При такому підході норми Цивільного кодексу матимуть субсидіарний характер, що недопустимо. Для усунення вказаного протиріччя ч. 6 ст. 283 Господарського кодексу України слід викласти в наступній редакції: "Відносини оренди регулюються Цивільним кодексом України, цим Кодексом, законами України, іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до них".

1. Луць В.В. *Контракти у підприємницькій діяльності: Навч. посіб. – 2-е вид., стер.* – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 560 с..
2. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина; Ин-т государства и права РАН.* – М.: Юрайт-Издат; Право и закон, 2002. – 976 с.
3. Победоносцев К. П. *Курс гражданского права, часть третья. Договоры и обязательства.* М., 2003 (Классика российской цивилистики). – 622 с.
4. Закон України "Про оренду державного та комунального майна" // *Відомості Верховної Ради України.* – 1992. – № 30. – Ст.417.
5. Закон України "Про особливості правового режиму діяльності Національної академії наук України, галузевих академії наук та статусу їх майнового комплексу" в редакції Закону від 29.06.2004 // *Відомості Верховної Ради України.* – 2004. – № 51. – Ст.547.
6. Закон України "Про господарську діяльність у Збройних Силах України" // *Відомості Верховної Ради України.* – 1999. – №48. – Ст.408.
7. Закон України "Про оренду землі" в редакції Закону від 02.10.2003 // *Відомості Верховної Ради України.* – 2004. – №10. – Ст.102.
8. *Земельний кодекс України // Відомості Верховної Ради України.* – 2002. – №3-4. – Ст.27.
9. *Лісовий кодекс України в редакції Закону від 08.02.2006 // Відомості Верховної Ради України.* – 2006. – №21. – Ст.170.
10. *Водний кодекс України // Відомості Верховної Ради України.* – 1995. – №24. – Ст.190.
11. *Кодекс України про надра // Відомості Верховної Ради України.* – 1994. – №36. – Ст.340.
12. Закон України "Про захист прав споживачів" в редакції Закону від 1.12.2005 // *Відомості Верховної Ради України.* – 2006. – №7. – Ст.84.
13. Закон України "Про фінансовий лізинг" в редакції Закону від 11.12.2003 // *Відомості Верховної Ради України.* – 2004. – №15. – Ст.231.
14. *Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України.* – 2003. – №18-22. – Ст.144.

Калаур І.Р. Окремі аспекти застосування норм цивільного й господарського кодексів України та норм спеціальних законодавчих актів для правового регулювання відносин найму (оренди)

У статті досліджено механізми правового регулювання окремих видів договірних конструкцій найму (оренди) та договірних відносин найму (оренди) окремих видів майна. На основі проведеного аналізу запропоновано авторське бачення механізму застосування норм кодифікованих та спеціальних законодавчих актів до відносин найму (оренди) майна.

Ключові слова: договір найму (оренди), найм (оренда) окремих видів майна, лізинг, оренда транспортних засобів.

Калаур И. Р. Отдельные аспекты применения норм гражданского и хозяйственного кодексов Украины и норм специальных законодательных актов для правового регулирования отношений найма (аренды)

В статье исследованы механизмы правового регулирования отдельных видов договорных конструкций найма (аренды) и договорных отношений найма (аренды) отдельных видов имущества. На основе проведенного анализа предложено авторское виденье механизма применения норм кодифицируемых и специальных законодательных актов к отношениям найма (аренды) имущества.

Ключевые слова: договор найма (аренды), найм (аренда) отдельных видов имущества, лизинг, аренда транспортных средств.

Kalaur I.R. Separate Aspects Of Application Of Norms Of Civil И Economic Codes Of Ukraine And Norms Of The Special Legislative Acts For Legal Adjusting Of Relations Of Lease

In the article the mechanisms of the правово adjusting of separate types of contractual constructions of lease are investigational and contractual relations of lease of separate types of property. On the basis of the conducted analysis authorial vision of mechanism of application of norms of codified and special legislative acts is offered to the relations of property lease.

Keywords: agreement of lease, lease of separate types of property, leasing, lease of transport.

Ковалышин О.Р.

Перспективи застосування інституту групового позову в корпоративних спорах

УДК 347.72.032

Становлення і розвиток громадянського суспільства неможливі без дієвого механізму захисту суб'єктивних прав особи. Сьогодні, як на науковому рівні, так і на законодавчому, слабо розвинений механізм захисту від правопорушень, коли останні стосуються значного кола осіб. Не торкаючись передбачених законодавством публічно-правових заходів впливу на такі правопорушення, необхідно підкреслити, що відсутній процесуальний порядок розгляду справ подібного характеру, що стосується значного кола осіб, який був би оптимальним для їх інтересів і відповідав обсягу порушених прав. Особливо нагальною відчувається потреба в ефективному механізмі захисту останніх в корпоративних правовідносинах.

Специфіка корпоративних спорів полягає в тому, що при порушенні корпоративних прав учасника, як правило, порушуються інтереси не одного, а багатьох учасників. Зокрема, це стосується акціонерних товариств, де, наприклад, при порушенні права на дивіденди порушуються права всіх акціонерів. Саме в таких випадках є актуальним подання колективних або групових позовів. В Україні інститут групового позову є поки-що лише теоретичною конструкцією. В національному законодавстві відсутній правовий механізм судового захисту прав за допомогою групового позову.

У дослідженнях групові (колективні) позови аналізувалися саме в контексті захисту прав споживачів, захисту прав авторів при порушенні авторських прав. Щодо можливості застосування групових позовів у корпоративних спорах, то це питання досліджувалося значно менше. Серед авторів, які торкалися проблеми групових позовів в аспекті судового захисту корпоративних прав хотілося б відзначити таких вчених як Н. С. Батаєва, Г. О. Оболоніна, В. Е. Беляневич, Т. В. Степаненко, Г. П. Тимченко, І. В. Спасибо-Фатеева та ряд інших авторів.

Метою статті є визначення суті групового позову, його видів та відмінність від суміжних правових інститутів; умов, за яких таке застосування групових позовів було б можливим; переваг застосування групових позовів.

Інститут групового позову не притаманний праву України. Разом з тим групові (колективні) позови добре відомі у Великобританії, Сполучених Штатах Америки та інших країнах англосаксонської правової системи. Як зауважує Г. О. Аболонін: "В США груповий позов дозволив не тільки суттєво упорядкувати і спростити порядок захисту інтересів групи осіб в суді, але й здійснює позитивний вплив на розвиток і функціонування ринкової економіки та всієї правової системи в цілому, включаючи правове положення її громадян" [1, с. 142]. Інститут групового позову нещодавно був імплементований в російському арбітражно-процесуальному законодавстві. Дискусії щодо його правового закріплення в національному законодавстві ведуться також в інших пострадянських державах.

Позов на захист певного кола осіб вчені називають по-різному. Одні автори визначають його як "колективний позов" [2, с. 52]. Інші вживають термін "груповий позов" [3, с. 188]. В США такого роду позов називається класовим. До речі, Г. Л. Осокіна пропонує похідні (непрямі) та групові позови називати "корпоративними", так як, на її погляд, даний термін адекватно відображає суть вимог про захист корпоративних прав та інтересів [4, с. 94].

В Україні на науковому рівні проблема групових позовів почала жваво обговорюватися відносно нещодавно. Г. П. Тимченко, досліджуючи форми та способи захисту цивільних прав, наголошував, що необхідно є розробка процедури розгляду і вирішення групових позовів у відповідності з міжнародними стандартами правосуддя в сфері захисту прав людини [5, с. 6]. Т. В. Степаненко притримується думки, що за своєю правовою природою позови на захист прав та інтересів невизначеного кола осіб близькі до позовів, що пред'являються в передбачених законом випадках органами та особами, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. Спільною рисою даних інститутів є поєднання суспільних або державних інтересів з особистими інтересами конкретних осіб, на захист яких і звертаються до суду суб'єкти захисту "чужих" інтересів. Проте безпосередній об'єкт судового захисту є різним [6, с. 10].

О. А. Беляневич вважає, що груповий позов має сприйматися у звуженому значенні – як позов учасника групи осіб, яка уособлюючи інтерес певної групи (наприклад, міноритарних акціонерів) і репрезентуючи його, переслідує разом з тим мету захисту власного порушеного права або охоронюваного законом інтересу [7, с. 82]. Автор висуває думку про те, що деякими законодавчими актами встановлено, що до господарського суду допускається звернення не у власних інтересах, маючи на увазі право на звернення до суду з груповими та публічними позовами. Більше того О. А. Беляневич поділяє останні в залежності від особи, чії права або інтереси захищаються в суді, на: позови, що захищають публічні та державні інтереси; позови, що захищають інтереси інших осіб; позови, що захищають інтереси необмеженого кола осіб (групові) [7, с. 83].

Своєрідну класифікацію позовів проводить Б. А. Журбін. Він поділяє групові позови на майнові та немайнові. Майновий груповий позов подається від імені багато чисельної, але визначеної наперед групи осіб. В даному підвиді позову встановлюється вимога не лише про встановлення суб'єктивних матеріальних прав учасників групи, але й про примушення відповідача до виконання обов'язків про відшкодування шкоди всім учасникам групи. Немайновий груповий позов подається невизначеним колом осіб і не містить вимоги про відшкодування грошових коштів. Автор підсумовує, що фактично подібні позови подаються з метою захисту загального інтересу невизначеного кола осіб, але з їх допомогою не може бути забезпечений безпосередній захист приватного інтересу

[8, с. 7]. Н. С. Мяснікова поділяє групові позови за критерієм визначеності суб'єктного складу групи на: позови на захист невизначеної (умовної) групи осіб та позови на захист визначеної (реальної) групи осіб [9, с. 10]. Г. О. Аболонін акцентує увагу на необхідності поділу групових позовів в залежності від характеру направленості позовних вимог. За даним критерієм він поділяє їх на групові позови на захист численної групи осіб та групові позови до численної групи відповідачів [10, с. 40].

Груповий позов має ряд специфічних рис. Особливістю провадження по груповому позову є те, що до ведення процесу допускаються не лише певні організовані групи, але й особи, між якими немає будь-яких правових або особистих зв'язків. Для їх об'єднання в одному процесі достатньо лише спільності в питаннях права або факту, спільності запитуваних засобів захисту. Також характерними ознаками позову про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб є специфічний об'єкт судового захисту – неперсоніфікований суспільний інтерес та особливий суб'єктний склад на боці позивача – невизначене коло осіб. На думку Т. В. Степаненко, саме ці ознаки зумовлюють особливості даних позовів, що необхідно враховувати при зверненні до суду, а також безпосередньо під час судового провадження у справах за цими позовами [6, с. 12].

Ще однією особливістю групового позову є специфіка постановленого на підставі нього судового рішення. Груповий позов за своєю суттю є позовом, коло позивачів якого не конкретизоване. Але судові рішення розповсюджується на визначене коло осіб і на визначені правовідносини. Тож виникає питання щодо можливості поширення дії судового рішення на осіб, які до групи на момент постановлення рішення не предназначалися. Крім того, виникає проблема преюдиціальності фактів встановлених рішенням суду по груповому позову в наступних справах між тими самими учасниками. Учасник корпоративного спору (один із позивачів групи) може виявити бажання подати додатковий позов, в якому факти встановлені попереднім рішенням використовує як преюдиціальні. Але відповідно до ч.2 ст.35 ГПК України факти, встановлені рішенням господарського суду (іншого органу, який вирішує господарські спори) під час розгляду однієї справи, не доводяться знову при вирішенні інших спорів, в тому випадку, якщо в них беруть участь ті самі сторони [11]. Сторони додаткового позову не є тотожними суб'єктному складу групового позову. Тому учасник спору (один із позивачів групи) не може подати додатковий позов, використавши факти встановлені попереднім рішенням як преюдиціальні. Отже, норму про преюдиціальність застосувати видається неможливим.

Як бачимо, виникає чимало невирішених проблем. Тому не всі фахівці корпоративного права погоджуються з доцільністю впровадження інституту групових позовів в національне законодавство. Деякі автори вбачають в групових позовах порушення основоположних принципів цивільного та господарського процесів. Процесуальні особливості групового позову призводять до підміни ініціативи осіб в захисті своїх прав та інтересів ініціативою третіх осіб, що суперечить одному з основоположних принципів цивільного і господарського процесів – принципу диспозитивності та засадам змагальності [12, с. 50]. Належність особи до членів певної групи автоматично призводить до зарахування такої особи до групи і в разі подачі групового позову судові рішення стосуватиметься тією ж мірою даної особи також. Суть порушення принципу диспозитивності проявляється в тому, що ініціатива особи в захисті своїх прав підміняється ініціативою третіх осіб, які захищатимуть інтереси групи. На нашу думку, не можна категорично відкидати аргументи вище згаданих авторів. Але вважаємо, що недоліки групового позову не повинні стояти на заваді впровадження такого інституту. Навпаки їх необхідно виявляти та шукати дієві способи їх подолання.

Груповий позов схожий з деякими іншими процесуальними конструкціями, зокрема, непрямым позовом та процесуальною співучастю. Схожість групового позову з непрямым позовом полягає в тому, що в обидвох випадках позов подається суб'єктом, який не являється учасником спірних матеріально-правових правовідносин. Фактично позов спрямований на захист не власного порушеного права чи законного інтересу, а на захист інтересів іншої (інших) особи (осіб).

Груповий позов відрізняється від процесуальної співучасті. При процесуальній співучасті всі учасники заявляють самостійні вимоги, тоді як особи, що подали груповий (колективний) позов (та особи, які в майбутньому можуть приєднатися до нього), виступають з єдиною позицією. На думку Б. А. Журбіна, найбільш суттєвими відмінностями групового позову від процесуальної співучасті є наступні: по-перше, процесуальна активність сторони позивача виражається лише "заявником позову"; по-друге, багаточисельність і персональна мінливість групи; по-третє, груповий позов можна розглядати тільки в аспекті обов'язкової співучасті, факультативну співучасть не вдається співставити з груповим позовом, що підкреслює самостійність як групового позову, так і співучасті обох видів; по-четверте, захист прав всієї групи реалізується від імені "заявника позову" [8, с. 4].

Щодо переваг застосування групових позовів в корпоративних спорах, то вони є очевидними.

По-перше, суб'єкти корпоративних прав отримують можливість захищати свої права, які вони за звичайних умов не захищають, зважаючи на малозначність порушеного права.

По-друге, інколи вище названі особи не хочуть здатися дріб'язковими і у зв'язку з цим не позиваються до порушника їх прав.

По-третє, судовий процес супроводжується фінансовими витратами, які інколи настільки значні, що прирівнюються або перевищують той позитивний результат, який учасник (акціонер) товариства досягає внаслідок перемоги в процесі.

Крім того, саме при вирішенні корпоративних конфліктів застосування інституту групового позову мало б ще ряд додаткових переваг: виключається можливість появи декількох різних за суттю судових рішень з однотипних справ, в яких предмет та відповідь однаковий; відсутність потреби в однотипних затяжних судових процесах, що перешкоджають нормальній господарській діяльності товариства; у недобросовісних учасників (акціонерів) товариства зникне можливість зловживання корпоративними правами.

Звичайно при умові застосування інституту групового позову в корпоративних правовідносинах, такий судовий процес матиме свої особливості. Дані особливості будуть зумовлені значною кількістю осіб, яких буде стосуватися судове провадження. Застосування групового позову вимагатиме науково обґрунтованих та законодавчо встановлених специфічних правових норм, які регулюватимуть питання: виокремлення кола осіб, які володіють правом на звернення до суду за захистом в інтересах групи осіб; представництва багаточисельної групи позивачів в процесі; повноважень особи, яка представлятиме таку групу осіб; повідомлення осіб про відкриття провадження у справі з метою надати останнім можливість вступити в процес; визначення порядку участі тих осіб, які виявлять бажання особисто приймати участь; особливості підготовки, розгляду та правові наслідки постановленого рішення по справі; ряд інших процесуальних питань, які виявилися на практиці при застосуванні групових позовів в інших державах.

В цілому, інститут групового позову в контексті судового захисту корпоративних прав є ще недостатньо дослідженим і вимагає подальшої теоретичної розробки. Практика імплементації даного виду позову в законодавстві сусідніх держав свідчить про реальну можливість його застосування і в Україні. І хоча вчені

розходяться в думках з приводу окремих аспектів його застосування, вони погоджуються, що впровадження такого інституту в майбутньому допоможе значно ефективніше захищати суб'єктивні права учасників корпоративних правовідносин там, де спостерігається масове однотипне порушення їх прав.

1. Аболонин Г. О. Групповые иски в законодательстве и судебной практике США // Российский юридический журнал. – 1997. – №1. – С. 141-148.
2. Сыродоева О. Судебные способы защиты прав акционеров в США // Российская юстиция. – 1996. – №9. – С. 52-54.
3. Батзаева Н. С. Необходимо внести институт группового иска // Российская юстиция. – 1998. – №10. – С. 43-45.
4. Осокина Г. Л. Иск (теория и практика). – М., Городец. – 2000. – 192с.
5. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту шкідливих прав: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2002. – 20с.
6. Степаненко Т. В. Судочинство у справах за позовами про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб. – Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харківський національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2008. – 24с.
7. Беянович О. А. Неособистий позов як процесуальний засіб захисту публічних інтересів в господарському судочинстві // Юридична Україна. – 2006. – №2. – С. 78-83.
8. Журбин Б. А. Групповые и производные иски в судебно-арбитражной практике. – М.: Система Гарант, 2009. – 136с.
9. Мясникова Н. К. Виды исков в гражданском судопроизводстве: Автореф. Дис. ... канд.юрид. наук. – Саратов, 1999. – 25с.
10. Аболонин Г. О. Групповые иски. – М., Изд-во Норма. – 2001. – 256с.
11. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1992. – №6. – ст.56.
12. Роднова О. М. Судебная защита прав и интересов акционеров. – Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Роднова Ольга Михайловна. – СПб, 2001. – 195с.

Ковальшын О.Р. Перспективы застосування інституту групового позову в корпоративних спорах

В статті досліджуються групові позови при вирішенні корпоративних спорів та їх види. Проводиться відмінність групового позову від процесуальної співучасті та непрямого позову. Аналізуються переваги групового позову саме в корпоративних спорах.

Ключові слова: груповий позов, процесуальна співучасть, необмежене коло осіб.

Ковальшын О.Р. Перспективы применения института группового иска в корпоративных спорах

В статье исследуются групповые иски при разрешении корпоративных споров а также их виды. Раскрывается разница между групповым иском и процессуальным соучастием и косвенным иском. Анализируются преимущества группового иска именно в корпоративных спорах.

Ключевые слова: групповой иск, процессуальное соучастие, неопределенный круг лиц.

Kovalyshyn O.R. Prospects Of Class Action In Corporate Issues

The article is dedicated to a shareholder class action. The difference between class action and derivative suit and procedural participation is performed. The benefits of class action are analyzed.

Keywords: class action, procedural participation, unspecified number of people.

Судовий та виконавчий секвестри: екскурс в процесуальні науки

УДК 347.952.5

Одними із видів цивільних правовідносин є правові відносини, які виникають із договору зберігання речі, що є предметом спору. Окрім зазначеного, серед видів забезпечення позову в цивільному судочинстві законодавець виділяє також передачу речі, яка є предметом спору, на зберігання іншим особам [1, ст. 152] та накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб. Більше того, державний виконавець, виконуючи рішення у примусовому порядку, вправі накласти арешт на майно боржника, ... передавати таке майно на зберігання [2, ст. 5].

Передача речі, яка є предметом спору, на зберігання третій особі була відома ще за часів римського приватного права і отримала назву секвестр, під яким розуміли наступне, – довірена особа (секвестарій), якій сторони за взаємною згодою передавали у тимчасове зберігання певну річ до вирішення спору по суті [3, с. 758].

Нині можна зустріти наступні визначення секвестру: 1) це обмеження, що накладається органами держави, на користування яким-небудь майном; 2) збереження грошової суми, цінних паперів, інших цінностей, що є предметом суперечки між сторонами, у третью сторону до винесення рішення суду про присудження предмета суперечки; закінчення терміну, встановленого для подання позову; накладення арешту на спірне майно; укладення мирової угоди щодо спірного майна [3, с. 758].

Окремі аспекти аналізованої проблеми досліджували такі вчені-цивілісти та процесуалісти як: Б. М. Вачук, В. І. Бобрік, Е. М. Грамацький, О. С. Захарова, Л. В. Панова, Є. І. Фурса, С. Я. Фурса, С. В. Щербак та інші.

На переконання ученого-цивіліста В. І. Бобріка особливості укладання договору зберігання речі, що є предметом спору, полягають в тому, що цей договір може бути укладений: 1) шляхом волевиявлення осіб, між якими виник спір (добровільний секвестр); 2) за ухвалою суду (судовий секвестр); 3) постановою державного виконавця (виконавчий секвестр) [4, с. 264].

На нашу думку, недоцільно стверджувати, що договір зберігання речі, яка є предметом спору може бути укладений постановою державного виконавця. Зокрема, варто звернути увагу на той аспект, що під час здійснення державним виконавцем виконавчих дій, спору уже ніякого немає, він уже вирішений судом за результатами якого видано судом виконавчий документ – виконавчий лист тощо. Проте цей висновок слід робити досить обережно. Так, як під час здійснення примусового виконання органами ДВС ухвали суду про забезпечення позову спір ще не вирішений судом. Окрім того, необхідно згадати про норму статті 368 ЦПК України, якою передбачено, що якщо судом було вжито заходів щодо забезпечення позову за заявою осіб, на користь яких ухвалено судове рішення, суд разом із виконавчим листом видає копію документів, які підтверджують виконання ухвали суду про забезпечення позову [5, ст. 368]. Як зауважують вчені-цивілісти В. М. Кравчук, О. І. Угриновська документом, що підтверджує виконання ухвали суду про забезпечення позову є постанова відповідної державної виконавчої служби про закінчення виконавчого провадження (якщо ухвала виконана) або постанова про відкриття виконавчого провадження (якщо ухвала не виконана) [5, с. 847]. Інший вчений Ю. В. Білоусов зазначає, що такими документами можуть бути, наприклад: ухвала суду про заборону вчиняти певні дії; акт опису й арешту майна, складений державним виконавцем на виконання ухвали про накладення

арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб [6, с. 751]. Звичайно, що це не вичерпний перелік тих документів, які можуть підтверджувати виконання ухвали суду про забезпечення позову, а як вірно відзначають учені-процесуалісти професор С. Я. Фурса та доценти Є. І. Фурса, С. В. Шербак, Г. С. Волосатий копії документів, які підтверджують виконання ухвали суду про забезпечення позову, визначаються залежно від видів забезпечення позову, передбачених ст. 152 ЦПК України [7, с. 15-16; 8, с. 563].

Також, нами акцентується увага на тому, що виконавчий секвестр можливий тільки під час виконання державним виконавцем ухвали суду про накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб, як виду забезпечення позову, а також при здійсненні примусового виконання виконавчих документів, перелік яких передбачений в статті 3 Закону України "Про виконавче провадження" [9] за винятком виконання ухвали суду про передачу речі, яка є предметом спору, на зберігання певній особі, яка призначена судом, оскільки тут має місце судовий секвестр. Більше того, варто говорити про акт опису і арешту майна на підставі якого й виникають цивільно-правові відносини із зберігання речі, а не про постанову державного виконавця. Адже, акт опису і арешту майна є документом суворой звітності, який містить наступне положення: "Описане майно прийняв на відповідальне зберігання, копію акта опису й арешту майна отримав" (додаток до пункту 1.7.2 Інструкції про проведення виконавчих дій).

Цікавим є питання, чи потрібно укладати договір зберігання. Щодо даного питання слід згадати про існування норми ЦК України, а саме ч. 1 ст. 937, яка містить нормативне положення такого змісту: "Письмова форма договору вважається дотриманою, якщо прийняття речі на зберігання посвідчене розпискою, квитанцією або іншим документом, підписаним зберігачем". Тобто, можна сміливо робити висновок, що складений належним чином акт опису і арешту майна є свідченням дотримання письмової форми договору зберігання речей, які є предметом спору і договору зберігання майна, які не є предметом спору, який вирішується судом. Також щодо форми договору зберігання у порядку виконавчого секвестру та судового секвестру вона є обов'язково письмова, виходячи із аналізу ст.ст. 937, 208 ЦК України, адже однією із сторін договору є юридична особа відділ ДВС.

Досить проблемним є питання, що стосується підстав виникнення відносин із зберігання. Тут можемо висловити наступні свої міркування з цього приводу. Відповідно до ч. 2 ст. 509 ЦК України зобов'язання виникають з підстав, встановлених статтею 11 ЦК України. У даному аспекті проблеми нас цікавить ч. 4 ст. 11 ЦК, а саме: "у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки виникають безпосередньо з актів органів державної влади, ...". Цінними також є такі норми ЦК України як стаття 954-955 зазначеного кодексу, якими визначено, що положення глави 66, яка має назву Зберігання застосовуються до зберігання, яке здійснюється на підставі закону, якщо інше не встановлено законом, а також положення параграфу 1 названої вище глави застосовуються до окремих видів зберігання, якщо інше не встановлено положеннями ЦК України про окремі види зберігання або законом. Тут, проблема полягає в наступному. Так, відповідно відносини із зберігання можуть виникати на підставі акта опису і арешту майна (наприклад, коли виконується державним виконавцем ухвала суду про накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб; або державний виконавець виконує, зокрема рішення суду про стягнення із фізичної особи боргу за спожитий природний газ і з метою виконання такого рішення суду накладає арешт на майно боржника і здійснює його опис), або акта державного виконавця (державний виконавець складає окремо акт, яким вилучає річ, яка є предметом спору

в боржника та передає його на зберігання певній особі, яка зазначена в судовому рішенні – ухвалі суду та окремо державного виконавця, яким засвідчує факт передачі речі зберігачу. Проте, це може бути і один акт державного виконавця, яким можна об'єднати ці дві виконавчі дії, але тут необхідно зауважити, що ці дві виконавчі дії мають приблизно збігатися в часі, зокрема дати їх вчинення повинна бути одна й та сама).

Отже, можемо визначити наступні відмінності між судовим та виконавчим секвестром:

1) передумовою виникнення відносин із зберігання при судовому секвестрі є подача позовної заяви та заяви про забезпечення позову до суду, а при виконавчому секвестрі є виконавчий документ, яким може бути не тільки судове рішення;

2) при судовому секвестрі річ обов'язково повинна бути предметом судового спору, а при виконавчому секвестрі вона не є предметом спору в суді (спір уже вирішений по суті і за результатом вирішення якого видано відповідний виконавчий документ). Проте, спір може бути, якщо певна особа звернеться до суду із позовною заявою про визнання права власності на майно та звільнення майна з-під арешту;

3) при судовому секвестрі особою, яка призначає зберігача є суд, а при виконавчому секвестрі – державний виконавець;

4) при судовому секвестрі передається річ, яка є предметом спору, а при виконавчому секвестрі це може бути будь-яке майно на яке можна звертати стягнення, а також тварини, які не є річчю, проте відповідно до положень ЦК України на них може поширюватися правовий режим речі;

5) зберігачем при судовому секвестрі обов'язково повинна бути інша особа, тобто нею не може бути ні позивач, ні відповідач, а при виконавчому секвестрі, зберігачем може бути і боржник.

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1618-15&p=1284062857531767>
2. Закон України "Про виконавче провадження" від 21 квітня 1999 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=606-14&p=1284062857531767>
3. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; відп. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2009. – 952 с.
4. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання: підручник / [Бичкова С. С., Бірюков І. А., Вобрик В. І. та ін.]; За заг. ред. С. С. Бичкової. – [2-е вид.]. – К.: КНТ, 2008. – 498 с.
5. Кравчук В. М. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / В. М. Кравчук, О. І. Угринювська. – К.: Істина, 2006. – 944 с.
6. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / [Бичкова С. С., Вілюсов Ю. В., Бірюков І. А. та ін.]; За заг. ред. С. С. Бичкової. – [2-е вид.]. – К.: Атіка, 2010. – 896 с.
7. Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. / Фурса С. Я., Фурса Є. І., Шербак С. В.; За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавель Фурса С. Я.: КНТ, 2006. – Т. 2. – 800 с.
8. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / [Ківалов С. В., Червоний Ю. С., Єрмолаєва В. О. та ін.]; За ред. Ю. С. Червоного. – К.: О.: Юрінком Інтер, 2008. – 656 с.

Корольов В. В. Судовий та виконавчий секвестри: екскурс в процесуальні науки

У статті розглянуто матеріальні та процесуальні аспекти судового та виконавчого секвестрів, сформульовано основні відмінності між ними.

Ключові слова: секвестр, судовий секвестр, виконавчий секвестр, договір зберігання, зберігач, зберігання речей, накладення арешту на майно.

Корольов В. В. Судовый и исполнительный секвестры: экскурс в процессуальные науки

В статье рассматриваются материальные и процессуальные аспекты судебного и исполнительного секвестров, сформулированы главные отличия между ними.

Ключевые слова: секвестр, судебный секвестр, исполнительный секвестр, договор хранения, хранитель, хранение вещи, наложение ареста на имущество.

Koroliov V.V. The Court Sequester And Executive Sequester: Excursion to the Procedural Sciences.

In the article there is considered of material and procedural aspects of judicial and executive sequester, formulated the main distinctions between it.

Keywords: sequester, judicial sequester, executive sequester, contract of custody, custodian, custody things, to sequester property.

Мироненко І. В.

Поняття та зміст міжнародної правової допомоги в цивільних справах

УДК 341.232

На сьогодні важливим чинником для забезпечення врегулювання правовідносин, що виходять за межі певного національного правопорядку, є взаємодія та співпраця держав, в тому числі шляхом надання правової допомоги. На сьогодні така допомога надається на основі багатосторонніх чи двосторонніх угод про правову допомогу або на основі принципу міжнародної ввічливості, відповідно до якого держава, яка надає правову допомогу, очікує виконання своїх доручень про надання правової допомоги. Недивлячись на те, що історія розвитку міжнародної правової допомоги має тривалу історію, в даний час в правовій науці немає єдиного підходу до розуміння поняття та змісту міжнародної правової допомоги. Як зазначає з цього приводу К. І. Труханов, навіть з теоретичної точки зору в правовій науці дана проблема розроблена досить фрагментарно [1, с. 21-23]. З даного питання можна відзначити дослідження таких вітчизняних та зарубіжних науковців як М. М. Богуславський, В. І. Кисіль, В. Л. Чубарев, Г. В. Галущенко та ін.

В цілому ж, незважаючи на достатньо широке використання як в правових актах, так і літературі з терміну “правова допомога” (чи “міжнародна правова допомога”), його загальновибране розуміння відсутнє.

Вивчення міжнародних договорів з даного питання (зокрема, “Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах” (СНД, м. Мінськ, 22.01.1993 р., т.з. “Мінська конвенція”), “Конвенції про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах” (СНД, м. Кишинів, 07.10.2002 р.), чинної для України “Конвенції між СРСР і Італійською Республікою про правову допомогу у цивільних справах № 4210” (1979 р.), “Договору між Україною та Республікою Болгарія про правову допомогу в цивільних справах”

(2004 р.) та ін.) дає підстави зробити висновок, що, як правило, у міжнародних договорах про правову допомогу передбачається сам обов'язок держав-учасниць таку допомогу надавати та визначається її осяг, тобто в чому саме таке сприяння надається іншій стороні, проте саме визначення правової допомоги відсутнє.

Якщо звернутись до наукової літератури, то, крім відсутності загальноприйнятого визначення терміну "правова допомога", достатньо різними є точки зору науковців щодо самого змісту правової допомоги та сфери її надання у міждержавних відносинах.

Так, І. І. Лукашук розглядає надання міжнародної правової допомоги як інститут міжнародного публічного права і пов'язує міжнародну правову допомогу лише з кримінальним судочинством [2, с. 186]. Інші ж науковці розглядають надання міжнародної правової допомоги як інститут міжнародного приватного права і пов'язують її з цивільними справами у широкому їх розумінні [3, с. 190].

З свого боку, можна зазначити, що такі "крайні" погляди спростовуються самою практикою міжнародного регулювання питань правової допомоги: існують міжнародні договори як про правову допомогу лише в сфері кримінального судочинства (як приклад – "Договір між Україною та Республікою Панама про взаємну правову допомогу в кримінальних справах" (2003 р.), так і договори про правову допомогу суто в цивільно-правовій сфері ("Договір між Україною і Республікою Македонія про правову допомогу у цивільних справах" (2000 р.).

Водночас більшість міжнародних договорів про правову допомогу стосуються як кримінальних, так і цивільних справ (найбільш типовий приклад – т.з. "Мінська конвенція" (1993 р.). Це, на нашу думку, дає підстави розглядати надання міжнародної правової допомоги як "загальноправовий" інститут. В цьому контексті поняття "правова допомога" повинне розглядатись в якості родового для будь-якого виду допомоги, що надається органами різних держав один одному. Відповідно, можна говорити про певні різновиди міжнародної правової допомоги, зокрема, про правову допомогу в цивільних, кримінальних та інших справах, з питань цивільного процесу та ін.

Проте, якщо проаналізувати літературу з міжнародного приватного права, то більшість авторів обмежуються дослідженнями правової допомоги, що здійснюється в рамках міжнародного цивільного процесу, тобто судової взаємодопомоги [4, с. 234-235; 5, с. 264-265; 6, с. 466-474]. Як зазначає М. М. Богуславський, звичайно до даної сфери відносять наступні питання: визначення підсудності відносно справ, що виникають по цивільних, сімейних і трудових правовідносинах з іноземним або міжнародним елементом; процесуальний статус іноземних громадян і іноземних юридичних осіб в суді чи іншому органі; процесуальний статус іноземної держави і її дипломатичних та консульських представників; встановлення змісту іноземного права; звернення до іноземних судів з дорученнями про вручення документів і виконання окремих процесуальних дій, а також виконання доручень іноземних судів; визнання і примусове виконання іноземних судових рішень; здійснення нотаріальних дій; визнання іноземних арбітражних угод; розгляд спорів у порядку міжнародного комерційного арбітражу та примусове виконання його рішень [7, с. 359-360]. Як зазначає з цього приводу німецький юрист Х. Шак, "як власна, так і чужа судова влада зупиняються на державному кордоні... Інакше стоїть справа з приватними інтересами, здійсненню яких слугує цивільний процес. Для реалізації права міжнародне співробітництво сьогодні вимагає значно більше ніж коли-небудь" [8, с. 81; 9, с. 482]. Тому провадження в справі за участю іноземного елемента можливо здійснити, як правило, тільки за умови отримання іноземної допомоги на підставі доручень, за якими одна держава в особі свого судового чи іншого органу звертається до іншої держави, яку представляє відповідний її компетентний орган. В зв'язку із цим в літературі під правовою допомогою в сучасних міжнародних відносинах, як правило, мається на увазі здійснення окремих

процесуальних дій: складання, пересилка чи вручення документів, отримання речових доказів, допит свідків, експертів і інших осіб, з метою здійснення цивільного процесу в цивільних, сімейних і торгових справах [10, с. 608-609].

Водночас В. Л. Чубарев більш розширено трактує зміст правової допомоги в рамках міжнародного цивільного процесу: до міжнародного цивільного процесу відноситься судова взаємодопомога та пов'язані з нею дії органів юстиції і нотаріату у справах цивільно-правового (приватного) характеру, яка довгий час існувала у вигляді самопомоги приватних учасників комерційного обороту [9, с. 482].

Вивчення чинних договорів України з питань правової допомоги дає можливість зробити висновок про "більш розширений обсяг правової допомоги, оскільки вже згадувана "Мінська конвенція" (1993 р.) (ст. 6) до правової допомоги відносить також питання визнання і виконання іноземних судових рішень по цивільних справах, вироки у частині цивільного позову (стаття 6). Крім того, в рамках правової допомоги дана Конвенція передбачає вчинення правових дій, які безпосередньо не пов'язані із цивільним судочинством: надання правової інформації (стаття 15), встановлення адрес і інших даних іноземних суб'єктів (стаття 16), вжиття заходів щодо опіки та піклування (стаття 35), вжиття заходів щодо охорони спадщини (стаття 50), визнання та виконання нотаріальних актів по грошових зобов'язаннях (стаття 51). В свою чергу, "Договір між Україною та Республікою Болгарія про правову допомогу в цивільних справах" (2004 р.) передбачає, крім іншого, що "Договірні Сторони надають одна одній правову допомогу шляхом ... виконання рішень органів юстиції" (стаття 9), а не лише судових органів.

Як зазначається з цього приводу на офіційному сайті Міністерства юстиції України, одним з основних положень договорів про правову допомогу є те, що громадяни Договірних Сторін мають право на рівний правовий захист на території другої Договірної Сторони щодо своєї особи, своїх прав та інтересів так, як би вони були громадянами останньої Договірної Сторони. Україна є учасником багатосторонніх договорів, які, як правило, регламентують окремі питання міжнародної правової допомоги та міжнародного правового співробітництва з метою встановлення одноманітних правил та процедур у відповідних сферах [11].

На сьогодні договори про правову допомогу охоплюють широке коло питань, пов'язаних з проблемами правоздатності та дієздатності громадян і юридичних осіб на території іноземної держави, укладення та розірвання шлюбів між громадянами різних держав, вирішення спадкових справ та розпорядження спадковим майном на території іншої держави, встановлення опіки та піклування щодо іноземних громадян, регулювання правовідносин подружжя, батьків і дітей у змішаних шлюбах. До обсягу правової допомоги за цими договорами входять і питання виконання судових доручень у цивільних та кримінальних справах, що розглядаються за кордоном, визнання та виконання іноземних судових рішень, взаємодії судово-прокурорських органів держав при здійсненні кримінального переслідування, екстрадиція, видача засуджених осіб, питання співробітництва у боротьбі з відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом, обмін правовою інформацією тощо [12, с. 31].

Таким чином, можна зробити висновок, що обсяг правової допомоги, що надаються в міжнародних відносинах, не обмежується суто питаннями міжнародного цивільного процесу (вручення судових повісток; збирання, забезпечення та витребування доказів) і включає в себе також такі питання як: пересилання та вручення документів (не лише судових), отримання інформації про іноземне право та іншої інформації, виконання актів органів юстиції та нотаріату, встановлення місця проживання та інших даних про особу, захист прав та інтересів іноземних суб'єктів (надання на засадах взаємності національного правового режиму чи режиму найбільшого сприяння, встановлення

спрощених процедур для реалізації прав, взаємне визнання документів, охорона спадкового майна та ін.).

Крім того, як вказує Г. В. Галущенко, для двосторонніх міжнародних договорів України про правову допомогу останнього часу характерним є включення широкого кола уніфікованих колізійних норм, а також поєднання в договорах питань матеріального та процесуального права [13, с. 7]. Вказане, безумовно, розширює зміст та коло питань, які регулюються такими договорами. Водночас спірним слід вважати те, чи можна міжнародно-правову уніфікацію норм матеріального, процесуального та колізійного права на рівні двосторонніх договорів розглядати як надання правової допомоги.

З іншого боку, вивчення текстів міжнародних конвенцій та двосторонніх договорів про правову допомогу вказує, що в практиці міжнародних відносин не існує єдиного "стандартного" визначення обсягу правової допомоги. Дане питання може по-різному вирішуватись в кожному договорі, тому більш конкретно про обсяг правової допомоги, що надається за тим чи іншим міжнародним договором, можна говорити детально лише вивчивши всі положення цього договору.

Також виникає питання про правову природу відносин щодо надання правової допомоги в цивільних справах (у широкому їх розумінні). З одного боку, міжнародна правова допомога охоплює відносини між державами з приводу обміну документами, виконаннями доручень органів іноземних держав, виконання рішень іноземних органів та ін. З іншого боку, з позиції інтересу суб'єктів, "для яких" надається така допомога, впливає, що в держав немає власного (публічного) інтересу для надання такої допомоги, адже в більшості випадків йдеться про правову допомогу на користь фізичних і юридичних осіб. На думку Т. М. Нешатаєвої, в основі міжнародної правової допомоги лежить приватний інтерес: фізичні і юридичні особи з давніх часів зацікавлені в тому, щоб офіційні документи, отримані ними в одній державі, визнавалися в іншій як акти, підтверджуючі їхні приватні права [14, с. 11]. Як вказує В. Г. Галущенко, особливістю договорів про правову допомогу в цивільних справах є те, що вони містять норми, які не мають за основу мету регулювати відносини між державами-сторонами договору. Норми договорів про правову допомогу у цивільних справах є самодійснюваними, оскільки мають достатньо конкретний зміст, а тому здатні, при певних умовах, породжувати права та обов'язки для фізичних та юридичних осіб і, на відміну від інших норм міжнародного права, можуть виступати юридичною підставою для індивідуальних правозастосовчих актів суду [13, с. 8].

На нашу думку, достатньо спірним є твердження про приватно-правовий характер міжнародних договорів про правову допомогу. З таким підходом, з певними застереженнями, можна погодитись в тому випадку, коли мова йде про "самодопомогу приватних учасників комерційного обороту" [9, с. 482] або про "самодійснюваність норм міжнародних договорів про правову допомогу в цивільних справах" [13, с. 4]. Тобто випадки, коли положення міжнародних договорів про правову допомогу застосовуються не в рамках публічних процедур та без участі органів відповідної іноземної держави. Що ж стосується публічних процедур, зокрема цивільного процесу за участю іноземного елемента, то, як зазначає В. І. Кисіль, норми, призначені для регулювання колізій в міжнародному процесуальному праві, зовсім не співпадають з нормами, які вирішують колізії законів у внутрішньому матеріальному праві. На відміну від приватних правовідносин, які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, у цивільно-процесуальних відносинах бере участь суд, який має певні владні повноваження стосовно сторін у спорі, навіть якщо однією з сторін виступає іноземець чи іноземна юридична особа. Міжнародний цивільний процес, на його думку, є

незалежно від міжнародного приватного права частиною такої галузі права як цивільний процес [15, с. 8].

В цілому ж, узагальнюючи викладене, можна вказати, що в юридичній літературі під правовою допомогою в міжнародних відносинах здебільшого прийнято розуміти сформовану в міжнародних відносинах систему нормативних і організаційно-правових засобів, що використовуються при співпраці держав в сфері взаємного надання допомоги по цивільних справах (в широкому розумінні, включаючи господарські, сімейні, трудові справи, а також питання цивільного процесу), що вимагають здійснення процесуальних чи юридично значимих дій на території більш ніж однієї країни. В основі такої системи лежать двосторонні і багатосторонні договори (конвенції) про правову допомогу, що регулюють питання: захисту прав та свобод іноземних суб'єктів; визначення компетенції судових та інших органів щодо розгляду різних категорій справ; застосовуваного іноземного законодавства та колізійних норм; дотримання процесуальних прав іноземців; порядку визнання дійсності різноманітних документів (свідощів, дипломів та ін.); виконання доручень судів та органів юстиції; виконання іноземних судових рішень та актів органів юстиції і нотаріату; пересилки і вручення документів та ін.

1. Труханов К. И. Международная правовая помощь: российское измерение / Труханов К. И. // Закон. – № 3. – 2006. – С. 21-34.
2. Лукашук И. И. Международное право: особенная часть: учебник / И. И. Лукашук. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 517 с.
3. Проблемы международного частного права: Сборник статей. – М.: Изд-во Института международных отношений. – М., 2000. – 228 с.
4. Дахно І. І. Міжнародне приватне право: навч. посіб. / І. І. Дахно. – Київ: МАУП, 2001. – 312 с.
5. Гребенюк В. М. Международное частное право: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. / В. М. Гребенюк. – М.: Юрист, 1999. – 408 с.
6. Юлдашев О. Х. Міжнародне приватне право: Теоретичні та прикладні аспекти / О. Х. Юлдашев. – К.: МАУП, 2004. – 576 с.
7. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. / М. М. Богуславский. – М.: Междунар. отношения, 1994. – 416 с.
8. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Учебник / Пер. с нем. / Х. Шак. – М.: БЕК, 2001. – 560 с.
9. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В. Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с.
10. Международное частное право / [кол. авторов] Под ред. Дмитриевой Г. К. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Проспект, 2004. – 688 с.
11. Офіційний сайт Міністерства юстиції України – електронний ресурс – режим доступу – // <http://www.minjust.gov.ua>
12. Гребенюк В. М. Проблеми законодавчого забезпечення міжнародних договорів України: проблеми теорії і практики / Гребенюк В. М. // Адвокат. – 1996. – № 2. – С. 31-33.
13. Галущенко В. Г. Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах і внутрішнє законодавство. Автореф. дисертації на здобуття наук. ступеня к.ю.н.: спец. 12.00.03 / Галущенко В. Г. – К., 2001. – 18 с.
14. Нешатаева Т. Н. О международной правовой помощи и конвенциях гаагской конференции по МЧП (теоретический аспект) // Гражданин и предприниматель в российском и зарубежном суде: правовая помощь / Т. Н. Нешатаева. – М.: Финансовый издательский дом "Деловой экспресс", 2002. – 224 с.

15. Кисіль В. І. Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук: спец. 12.00.03 / Кисіль В. І. - К., 2001. – 27 с.

Мироненко І. В. Поняття та зміст міжнародної правової допомоги в цивільних справах

В цій статті розглядаються питання щодо поняття та змісту міжнародної правової допомоги в цивільних справах. В цілому в літературі під правовою допомогою в міжнародних відносинах прийнято розуміти сформовану в міжнародних відносинах систему нормативних і організаційно-правових засобів щодо співпраці держав в сфері цивільних, господарських, сімейних, трудових та цивільно-правових відносин, що вимагають здійснення юридично значимих дій на території більш ніж однієї країни або визнання іноземних юридичних фактів. В основі такої системи лежать двосторонні і багатосторонні договори (конвенції) про правову допомогу.

Ключові слова: правова допомога, міжнародні відносини, співпраця держав.

Мироненко И. В. Понятие и содержание международной правовой помощи в гражданских делах

В этой статье рассматриваются вопросы о понятии и содержании международной правовой помощи в гражданских делах. В литературе под правовой помощью в международных отношениях принято понимать сформированную в международных отношениях систему нормативных и организационно-правовых средств о сотрудничестве государств в сфере гражданских, хозяйственных, семейных, трудовых и гражданско-процесуальных отношений, которые требуют осуществления юридически значимых действий на территории более чем одной страны или признания иностранных юридических фактов. В основе такой системы лежат международные договора (конвенции) о правовой помощи.

Ключевые слова: правовая помощь, международные отношения, сотрудничество государств.

Myronenko I.V. The Normative Limitations Concerning Realization the Right of Land Ownership

The aim of the article is to light up the question concerning notion and grounds of origin of such variety of limitations concerning realization of equitable right of own on the lot land as normative (legislative) limitations. The limitations, which are set in the normative-legal acts and immediately swim out from orders of legislation of normative nature, belong to the given kind.

Keywords: limitation of right for own, normative limitations, realization lines, equitable right.

Мороз Г. В.

Право спільної сумісної власності на земельну ділянку: окремі питання

УДК 349.41

Соціальні, політичні та економічні зміни, що відбулися в останні роки у нашій країні, вплинули на всі сфери людської діяльності, в тому числі на розвиток інституту права власності та його складової частини – права спільної сумісної власності. Зміст права спільної власності, в тому числі спільної сумісної власності на майно, детально досліджено у теорії цивільного права [1; 2; 3]. Теоретичні засади права спільної власності на майно значною мірою стосуються і права спільної власності на землю. Проте земельні відносини як самостійний вид суспільних відносин мають певну специфіку, обумовлену особливостями їх об'єкта - землі. З аналізу норм законодавства та судової практики можна констатувати про неналежне правове врегулювання земельних відносин. Серед іншого, додаткового вивчення та роз'яснення вимагає

питання про особливості правового режиму земельної ділянки, що перебуває у спільній сумісній власності. Метою даної публікації є визначення правового режиму земельної ділянки, отриманої у власність шляхом приватизації за час шлюбу одним із подружжя, виявлення спірних моментів в даному питанні та на основі аналізу наукових джерел, нормативно-правових актів і судової практики – внесення обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення законодавства у цій сфері.

Майно, набуте подружжям за час шлюбу, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 3 ст. 368 Цивільного кодексу України) [4]. Більш категоричне положення містить ч. 2 ст. 60 Сімейного кодексу України [5]. Вважається, що кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Відповідно до ч. 2 ст. 89 Земельного кодексу України, у спільній сумісній власності перебувають земельні ділянки подружжя [6].

Одним із спірних моментів є питання правового режиму земельної ділянки, безоплатно приватизованої одним із подружжя для будівництва і обслуговування жилого будинку, господарських будівель і споруд (присадибної ділянки). Слід наголосити, що на сьогодні склалася ситуація, при якій поширеним стало явище отримання безоплатно у власність земельної ділянки для будівництва індивідуального житла одним із подружжя, та звернення із заявою до органів місцевого самоврядування другого із подружжя про передачу безоплатно у власність земельної ділянки такого ж цільового призначення. З вищевикладеного слідує необхідність наукового обґрунтування законодавчо передбаченої можливості отримання громадянами України, в тому числі кожним із подружжя, за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування безоплатно у власність земельної ділянки для будівництва та обслуговування жилого будинку, господарських будівель і гаражного будівництва (чи для інших цілей) в межах норм, визначених Земельним кодексом України.

Дійсно, майно набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності, особливості правового режиму якого потребують ґрунтовного дослідження та розуміння. В залежності від способу набуття та специфіки об'єкта, що придбавається у власність за час шлюбу, мають місце певні винятки із загального правила.

Дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпорядження майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними (ст. 63 Сімейного кодексу України). Спільна сумісна власність на земельну ділянку характеризується невизначеністю часток учасників спільної власності. Такі земельні частки вважаються рівними, якщо інше не передбачено домовленістю між подружжям. Принцип рівності часток зберігається, як правило, до моменту виникнення спору про поділ спільного майна (земельної ділянки). При вирішенні питання про поділ спірної земельної ділянки суд може відступити від засад рівності часток подружжя за обставин, що мають істотне значення (ч. 2 ст. 70 Сімейного кодексу України), наприклад, конфігурація земельної ділянки або інші обставини не дозволяють забезпечити реальну рівність часток учасників спільної сумісної власності. Крім того, допускається присудження одному з подружжя грошової компенсації замість його частки у праві спільної сумісної власності на земельну ділянку (ч. 4 ст. 71 Сімейного кодексу України). Усе вищевикладене свідчить про специфічний правовий режим земельної ділянки, що перебуває у спільній сумісній власності подружжя, що є абсолютно відмінним від правового режиму земельної ділянки, що знаходиться у особистій приватній власності дружини чи чоловіка, набутої у власність до укладення шлюбу чи за час шлюбу, але на підставі договору

дарування або в порядку спадкування або ж за час шлюбу, але за кошти, які належали їй, йому особисто. Найсуттєвіша особливість правового режиму земельної ділянки, що знаходиться у особистій приватній власності особи полягає в тому, що власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд (ст. 319 Цивільного кодексу України), а розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя відбувається за взаємною згодою (ч. 1 ст. 65 Сімейного кодексу України). У контексті вищезазначеного виникає питання про юридичну природу земельної ділянки, приватизованої одним із подружжя. В ст. 57 Сімейного кодексу України серед переліку майна, що є особистою приватною власністю дружини, чоловіка приватизована земельна ділянка за час шлюбу не визнається особистою приватною власністю дружини, чоловіка, відповідно в даному випадку виникає режим спільної сумісної власності на таку земельну ділянку, а не особистої приватної власності. Другим із подружжя в даному випадку не вчинюється жодних юридично значимих дій щодо отримання земельної ділянки у власність, така ділянка стає спільною сумісною власністю автоматично, на підставі припису закону, можливо без його згоди, а отже можливість скористатися "правом єдиного разу" (ч. 4 ст. 116 Земельного кодексу України) на безоплатне отримання у власність земельної ділянки для визначених цілей для дружини (чоловіка) залишається в силі. Тобто, якщо один із подружжя скористався правом безоплатно приватизувати земельну ділянку у межах норм, визначених Земельним кодексом України відповідного цільового призначення, не означає, що другий із подружжя не вправі реалізувати своє особисте право на безоплатне отримання землі, гарантоване законодавством. Ніяких обмежень чи застережень з цього приводу Земельний кодекс України не містить. Разом з тим, аналізуючи дане питання Пленум Верховного Суду України в постанові від 16.04.2004 р. № 7 "Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ" (із змінами, внесеними згідно з Постановою Верховного Суду № 2 від 19.03.2010 р.) на основі узагальнення практики розгляду судами земельних та пов'язаних із земельними відносинами майнових спорів в п.18-2 вказує наступне: "відповідно до положень статей 81, 116 Земельного кодексу окрема земельна ділянка, одержана громадянином у період шлюбу в приватну власність шляхом приватизації, є його особистою приватною власністю, а не спільною сумісною власністю подружжя, оскільки йдеться не про майно, нажите подружжям у шлюбі, а про одержану громадянином частку із земельного фонду. Якщо на такій земельній ділянці знаходиться будинок, будівля, споруда, що є спільною сумісною власністю подружжя, то у разі поділу будинку, будівлі, споруди між подружжям та виділу конкретної частини будинку, будівлі, споруди до особи, яка не мала права власності чи користування земельною ділянкою переходить це право у розмірі частки права власності у спільному майні будинку, будівлі, споруди у відповідності до статей 120 ЗК, 377 ЦК" [7]. Виходячи зі змісту статей 120 Земельного кодексу України та 377 Цивільного кодексу України, до особи, яка набула право власності на жилий будинок, будівлю або споруду, розміщені на земельній ділянці, що перебуває у власності іншої особи, переходить право власності на земельну ділянку або її частину, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення. Таким чином, п.18-2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. містить два положення, що суперечать один одному.

Одночасно слід визнати, що дане питання є дискусійним як з практичної, так і з правової точки зору. З однієї сторони, приватизація згідно статей 40, 116, 118 та 121 Земельного кодексу України має індивідуальний персоніфікований характер, незаперечним є факт того, що Державний акт про право власності на земельну ділянку видається на ім'я тільки одного із подружжя як власника такої ділянки. З іншої сторони ч. 2 ст. 89 Земельного кодексу України визначає земельну

ділянку подружжя їх спільною сумісною власністю, що разом з тим не впливає на можливість другого із подружжя вступити в приватизаційні правовідносини відносно ділянки такого ж цільового призначення. Більше того, якщо один із подружжя використав право отримати земельну ділянку безоплатно у власність відповідного цільового призначення, а у іншого така можливість залишилася "недоторканою", то у випадку поділу такої земельної ділянки між подружжям у рівних частках такий розподіл буде не зовсім справедливим. Безумовно, така неоднозначність призводить до проблем практичного характеру, які в перспективі потребують наукового та правового вирішення. В науковій літературі наголошується на тому, що для зменшення ступеня колізійності чинного земельного законодавства України перспективним напрямком є його кодифікація. Послідовність кодифікаційних робіт має включати: 1) інвентаризацію чинного земельного законодавства; 2) виявлення колізій та прогалин, повторів та їх усунення; 3) переробку нормативного матеріалу відповідно до концептуальних засад кодифікації; 4) напрацювання тесту нормативного акту (Земельного кодексу); 5) підготовку тексту змін до актів чинного законодавства, вироблення переліку актів, що підлягають скасуванню [8, с. 6].

Науковцями та практиками обговорюються способи подолання високого рівня колізійності земельного законодавства, зокрема з питання, що досліджувалося в даній статті, як один із шляхів вирішення подібних проблем може бути запропонований наступний порядок урегулювання. При поділі будинку, збудованого за спільні кошти на земельній ділянці однієї із сторін, власником ділянки залишається сторона, яка безоплатно приватизувала спірну землю. Іншій стороні для проходу та обслуговування належної частини будинку може бути виділено частину земельної ділянки лише у користування, тобто, шось на зразок земельного сервітуту. У цьому випадку власник земельного сервітуту не позбавлятиме власника земельної ділянки прав володіння, користування та розпорядження нею [9, с. 77-78].

Із вищевикладеного слідує: соціальна справедливість законодавчо передбаченої можливості отримання безоплатно у власність земельної ділянки один раз по кожному виду використання громадянами України незалежно від їх особистого статусу не підлягає сумніву. Вважаємо об'єктивною необхідністю закріплення в Земельному кодексі України чіткого положення про визнання приватизованої земельної ділянки особистою власністю особи, що відповідало б суті приватизаційного процесу.

1. Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи [Монография] / Жилинкова И. В. – Х.: Ксилен, 2000. – 398 с.
2. Христенко Н. Ю. Право спільної сумісної власності фізичних осіб: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Н. Ю. Христенко; НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. – К., 2006. – 20 с.
3. Шанойло В. О. Набуття права спільної сумісної власності подружжя за Сімейним кодексом України [Монографія] / Шанойло В. О. - К.: Юрінком Інтер, 2003. – 406 с.
4. Цивільний кодекс України [прийнятий 16.01.2003 р.; за станом на 12.10.2010 р.] // НАУ. Законодавство України // Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1011.25.0>.
5. Сімейний кодекс України [прийнятий 10.01.2001 р.; за станом на 27.07.2010 р.] // НАУ. Законодавство України // Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1011.21.0>.
6. Земельний кодекс України [прийнятий 25.10.2001 р.; за станом на 30.10.2010 р.] // НАУ. Законодавство України // Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=2768-14>.
7. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. № 7 "Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ" [за станом на 19.03.2010 р.] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України // Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=va007700-04>.

8. Мірошніченко А. М. Колізії у правовому регулюванні земельних відносин в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук: спец. 12.00.06 "Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсове право" / А. М. Мірошніченко - Київ, 2010. - 31 с.
9. Філюк П. Т. Щодо окремих питань переходу права на земельну ділянку при переході права власності або користування на будівлю або споруду / П. Т. Філюк // Актуальні проблеми правового регулювання аграрних, земельних, екологічних відносин і природокористування в Україні та країнах СНД: Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Луцьк, 10-11 вересня 2010 р.): Збірник наукових праць / За заг. ред. А. М. Стахівки та ін. - Луцьк: РВВ ЛНТУ, 2010. - С. 75-78.

Мороз Г. В. Право спільної сумісної власності на земельну ділянку: окремі питання

В статті досліджено особливості правового режиму земельної ділянки, отриманої у власність подружжям шляхом безоплатної приватизації. Визначено проблемні аспекти законодавчого врегулювання даного питання та вносяться пропозиції з удосконалення чинного земельного законодавства.

Ключові слова: спільна сумісна власність, особиста приватна власність, приватизація земельної ділянки.

Moroz G. V. Право общей совместной собственности на земельный участок: отдельные вопросы

В статье исследованы особенности правового режима земельного участка, полученного в собственность супругами путем бесплатной приватизации. Определены проблемные моменты законодательного урегулирования данного вопроса и внесены предложения с усовершенствования действующего земельного законодательства.

Ключевые слова: общая совместная собственность, личная собственность, приватизация земельного участка.

Moroz G.V. Right Of Allotment General Joint Property: Separate Questions

The article is dedicated to the features of the legal mode of allotment in a property of spouses by free of charge privatization. It determines the problem aspects of legislative settlement of this sphere and makes the suggestions from the improvement of the current landed legislation.

Keywords: the general joint property, personal private property, privatization of allotment.

Олівіник О. С.

Окремі аспекти правового регулювання зміни умов шлюбного договору, розірвання шлюбного договору чи визнання шлюбного договору недійсним в Україні

УДК 347.626.2

Шлюбний договір може бути змінений чи розірваний у будь-який час за взаємною згодою подружжя. Домовленість про зміну умов шлюбного договору повинна бути нотаріально посвідчена. Закон не допускає односторонню зміну умов шлюбного договору. На вимогу одного з подружжя шлюбний договір за рішенням суду може бути змінений, якщо цього вимагають його інтереси, інтереси дітей, а також непрацездатних повнолітніх дітей, які мають істотне значення (ч.3 ст.100 СКУ) [1]. Це положення відповідає загальним принципам регулювання сімейних відносин. Хоча на думку О. О. Ульяненко, на відміну від загально-цивільстичних положень, за якими зміна умов договору здійснюється у разі настання тих чи інших негативних обставин стосовно сторони договору, СК України надмірно розширяє коло осіб, інтереси яких можуть

бути підставою для внесення змін до шлюбного договору, норма СК України за своєю конструкцією не узгоджується з загальними засадами договірної права [2, с. 141]. На нашу думку, не вбачається тут суперечності, оскільки шлюбний договір має свої особливості, крім того, до його змісту безпосередньо можуть входити положення, що стосуються дітей, а тому у випадку порушення їх прав чи законних інтересів, що мають істотне значення, суд повинен стати на їх захист і якщо такий захист полягатиме у необхідності зміни умов шлюбного договору, то суд повинен прийняти відповідне рішення.

Той з подружжя, хто вимагає у судовому порядку зміни умов шлюбного договору, пред'являє перетворювальний позов. Для його задоволення, як слушно зазначає М. В. Антокольська, необхідно, щоб обставини настільки істотно змінилися, що виконання умов договору призвело б до заподіяння значної шкоди сторонам (стороні) і щоб ці обставини на момент укладення договору не можна було передбачити [3, с. 163-164].

Як вже зазначалося, домовленість про зміну шлюбного договору має нотаріально посвідчуватись. На етапі внесення змін до шлюбного договору мають місце дві стадії: підготовча та вчинення нотаріального провадження, які за своєю сутністю та процедурою практично будуть подібними до посвідчення шлюбного договору. Запис про домовленість щодо змін та доповнень вноситься до реєстру вчинених нотаріальних дій, як самостійна нотаріальна дія. Також доцільно робити відмітку у реєстрі, де мав місце запис про посвідчення першого варіанту шлюбного контракту, а також необхідно робити відмітку на оригіналах шлюбних договорів, примірники яких знаходяться у сторін.

Кількість внесення змін не обмежується законодавством, а тому кількість етапів нотаріального провадження щодо посвідчення змін до шлюбного договору – необмежена.

Зміна умов шлюбного договору відповідно до чинного законодавства України допускається у будь-який час за взаємною згодою подружжя. Натомість, колишнє подружжя не може вносити зміни у шлюбний договір, у тому числі в ту частину, яка продовжує існувати після припинення шлюбу. Тому колишнє подружжя, яке не має майнових претензій одне до одного і бажає відступити від умов шлюбного договору, може використати такі цивільно-правові конструкції як правочин про передання відступного чи прощення боргу (ст. 600, 605 ЦКУ).

Ще однією новелою концепції шлюбного договору, закріпленою в Сімейному кодексі, є запровадження таких понять, як відмова від шлюбного договору та його розірвання. Як перший, так і другий терміни стосуються ситуації, коли шлюбний договір припиняє свою дію на майбутнє при збереженні правових наслідків, які виникли під час його дії (в цьому полягає відмінність між ними та визнанням шлюбного договору недійсним). Однак, відмова від шлюбного договору здійснюється за бажанням сторін (ст.101 СК), в той час як для його розірвання необхідне відповідне рішення суду (ст.102 СК) [1]. Законодавчою основою для формулювання права на відмову від шлюбного договору була стаття про відмову від правочину, що вперше закріплена в ст. 214 Цивільного кодексу України. Відповідно до статті ч.2 ст. 214 особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках передбачених законом, відмовитися від нього, навіть і в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. Отже, суб'єкти двостороннього правочину (договору) можуть за взаємною згодою в будь-який момент, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього. Крім того, це можливо і тоді, коли відбулося виконання договору. Юридична взаємна відмова від договірної зобов'язання, як впливає із змісту ч.3 ст.214 ЦК, також є договором, який має укладатися у такій самій формі, в

якій було вчинено правочин. У цьому договорі сторони мають право провести розподіл майна, збитків тощо. Однак, положення глави 16 ЦК про відмову від правочину не узгоджується з положеннями ч.1 ст.651 ЦК, яка визначає порядок припинення договірних зобов'язань за домовленістю сторін про зміну або розірвання договору. Отже, у разі взаємоузгодженої відмови від договору відбувається, з юридичної точки зору, розірвання договору, а тому взаємна відмова відповідно має оформлятися правочинном про розірвання договору, а не про відмову від нього.

На думку З. В. Ромовської відмова від договору і розірвання договору – це різні правові категорії. Відмова від договору має наслідком двосторонню реституцію, а у разі розірвання договору він втрачає чинність лише на майбутнє [4, с. 212]. Однак на думку О. В. Дзери з наведеними аргументами З. В. Ромовської не можна повністю погодитися. По-перше, наслідки у вигляді двосторонньої реституції настають у разі настання правочину недійсним, а не при відмові від нього. Інша справа, коли за взаємною згодою, сторони можуть перебачити реституцію та інші правові наслідки. По-друге, спірним є твердження, що розірваний договір завжди втрачає чинність на майбутнє, адже сторони мають право визначити правові наслідки щодо всього виконання до моменту розірвання договору. Навіть взаємоузгоджена відмова від нотаріально посвідченого правочину-договору має бути викладена на спеціальному бланку у формі договору про його розірвання чи про внесення змін до первісного договору [5, с. 364-365].

Якщо подружжя вирішить, що шлюбний договір не виконує тих функцій, які передбачалися подружжям при його укладенні, чи в конкретних життєвих обставинах він втратив для подружжя свою актуальність, вони можуть за взаємною згодою припинити дію шлюбного договору. При цьому правовий режим щодо майна подружжя до припинення шлюбного договору визначається умовами шлюбного договору, а з моменту його припинення за домовленістю між подружжям може виникати законний режим чи інший договірний режим щодо майна подружжя за їх згодою.

Як і будь-яка домовленість, шлюбний договір може бути припинений шляхом його розірвання як із суб'єктивних, так із об'єктивних підстав. Суб'єктивними підставами припинення шлюбного договору можна вважати волевиявлення сторін щодо: припинення дії шлюбного договору; розірвання шлюбу в органах РАЦСу (за умови, що шлюбний договір не міститиме положень на випадок розірвання шлюбу). Об'єктивними підставами розірвання шлюбного договору слід вважати: смерть обох або одного із подружжя, визнання шлюбу недійсним, розірвання шлюбу в судовому порядку, коли здійснюється розподіл майна і визнання шлюбного договору недійсним.

Отже, відповідно до ст. 102 СКУ на вимогу одного з подружжя шлюбний договір може бути розірваний за рішенням суду з підстав, що мають істотне значення, зокрема в разі неможливості його виконання [4]. Тобто, право вимагати розірвання шлюбного договору надано одному з подружжя. А якщо таку вимогу про розірвання шлюбного договору підтримують обое з подружжя? І, якщо вони дійшли між собою згоди щодо розірвання шлюбного договору, то навіщо залучати до процедури припинення шлюбного договору суд. Простіше в такому випадку подати нотаріусу заяву подружжя про припинення шлюбного договору шляхом його розірвання.

Шлюбний договір, як і будь-який інший, породжує певні зобов'язання сторін. А однією з підстав припинення зобов'язання є неможливість його виконання (ст.607 Цивільного кодексу України). Тому, той з подружжя, хто пред'явив позов до суду про розірвання шлюбного договору, повинен довести в судовому порядку неможливість виконання його умов [6, с. 130-132]. Розірвання шлюбного договору можливе також за наявності підстав, що мають істотне значення. Знову ж такт, той з подружжя хто пред'явив позов (перетворювальний), має навести наявність таких підстав. Вважаємо, що істотними обставинами треба розуміти обставини, наявність яких істотно порушує

інтереси того з подружжя, хто пред'явив позов, а також неповнолітніх та повнолітніх непрацездатних дітей.

Якщо шлюбний договір був змінений чи розірваний внаслідок порушення однією із сторін його істотних умов, інший з подружжя набуває права вимагати відшкодування заподіяних йому збитків (як реальних збитків, так і упущеної вигоди).

Як і інші подружні правочини шлюбний договір внаслідок деяких причин може бути визнаний недійсним. Визнання шлюбного договору недійсним треба відрізнити від його розірвання. При розірванні шлюбного договору його дія припиняється на майбутнє, а при визнанні цього договору недійсним він вважається недійсним з моменту його укладення. Для розірвання шлюбного договору треба пред'явити перетворювальний позов, а для визнання цього договору недійсним – негативний. Як слушно зазначає І.Жилінкова, визнання шлюбного договору недійсним, як і його розірвання, не впливає на долю шлюбу. Шлюбний союз продовжуватиме існувати. З урахуванням того, що за своєю структурою шлюбний договір може бути досить складний і включати низку відносно самостійних частин, недійсність може поширюватися не на договір у цілому, а лише на його окремі частини. Підстави для цього в основному ті ж самі, що й для інших цивільних правочинів (ст. 103 СКУ).

При визнанні шлюбного договору недійсним він, як вже зазначалося, є недійсним з моменту його укладення. Тому, як слушно підкреслює І.Жилінкова, з самого початку відносини між подружжям мають розглядатися з погляду їх законодавчого, а не договірного регулювання. Наприклад, якщо на момент визнання шлюбного договору недійсним дружина і чоловік ще не виконали його умов (щодо сплати аліментів, передачі роздільного майна у спільну власність, його набуття або реалізації тощо), з них знімається обов'язок вчинення дій щодо такого виконання. Це положення не поширюється на виконання подружжям аліментних зобов'язань.

Підсумовуючи наведене, можна виділити такі основні підстави визнання шлюбного договору недійсним: порушення вимоги нотаріального посвідчення шлюбного договору, а також укладення шлюбного договору неповнолітніми, не емансипованими особами, які укладають шлюб без згоди їх батьків або піклувальника; належний суб'єктний склад (укладення договору недієздатними особами, або такими, що не мають необхідного обсягу дієздатності); зменшення обсягу прав дитини, які встановлені Сімейним кодексом України; включення умов, які ставлять одного з подружжя у надзвичайно не вигідне матеріальне становище; укладення договору внаслідок обману, насильства, погрози; помилка однієї із сторін договору; суперечність шлюбного договору, або окремих його частин Закону (наприклад, включення в договір положень, що стосуються особистих прав і обов'язків подружжя або їх неповнолітніх дітей) [7, с. 23; 5, с. 143].

При визнанні шлюбного договору недійсним він, як вже зазначалося, є недійсним із моменту його укладення. Тому, як слушно підкреслює І. Жилінкова, з самого початку відносини між подружжям мають розглядатися з погляду їх законодавчого, а не договірного регулювання.

1. Сімейний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21-22. – С. 135.
2. Ульяненко О. Шлюбний договір в сімейному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ульяненко О. О. -К., 2003. – 194 с.
3. Антокольская М. В. Семейное право: учеб. – 2-е изд. перераб. и доп. / М. В. Антокольская М. В. – М.: Юристъ, 2003. – 336 с.
4. Ромовська З. В. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К.: Ін-юре, 2003. – 532 с.

5. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України у 2 т-х / за ред. О. В. Дзерн, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – Київ: Юрінком Інтер. – 2005. – Т.2. – с. 1071.
6. Жилинкова И. В. Брачный договор: монография /И. В. Жилинкова. – Харьков: Ксплон, 2005. – 176 с.
7. Гонгало Б. М. Брачный договор: комментарий семейного и гражданского законодательства. 2-е изд. перераб. и доп. / Б. М. Гонгало, П. В. Крашенинников. – М.: Статут, 2004. – 111 с.

Олейник О. С. Окремі аспекти правового регулювання зміни умов шлюбного договору, розірвання шлюбного договору чи визнання шлюбного договору недійсним в Україні

В статті досліджуються підстави та правові наслідки зміни, розірвання шлюбного договору чи визнання його недійсним, з'ясовується співвідношення між поняттями "відмова від шлюбного договору" та "розірвання шлюбного договору".

Ключові слова: подружжя, шлюбний договір, майнові відносини подружжя, розірвання шлюбного договору, визнання шлюбного договору недійсним.

Олейник О. С. Отдельные аспекты правовой регуляции изменения условий брачного договора, расторжения брачного договора или признания брачного договора недействительным в Украине

В статье исследуются основания и правовые последствия изменения, расторжения брачного договора или признания его недействительным, выясняется соотношение между понятиями "отказ от брачного договора" и "расторжение брачного договора".

Ключевые слова: супруги, брачный договор, имущественные отношения супругов, расторжения брачного договора, признания брачного договора недействительным.

Olynyk O.S. The Separate Aspects of Legal Regulation of Changing Conditions of the Marriage Contract, Marriage Contract Termination or Recognition of Invalid of the Marriage Contract

In the article grounds and law consequences of change, dissolution of marriage agreement or confession of him are investigated by invalid, a betweenness by concepts "waiver of marriage agreement" and "dissolution of marriage agreement turns out".

Keywords: married couples, marriage agreement, property relations of the married couples, dissolution of marriage agreement, confession of marriage agreement invalid.

Полетило К. С.

Судовий захист права власності людини і громадянина на інформацію

УДК 347.77:366.543.2

Бурхливий розвиток інформатизації, входження України до глобального інформаційного простору викликає збільшення числа загроз правам і свободам людини і громадянина в області інформатизації. Зібраною протягом багатьох років інформацією може скористатись інша особа, порушивши права і свободи першої. Нерідко захистити право власності людини і громадянина на інформацію вдається через суд.

Питанням прав і свобод людини і громадянина та їх судовому захисту присвячувались наукові дослідження Є.Регушевського, В.Малюренка, С.Ківалова, М.Аракеяна та ін. В області інформаційних прав і свобод питання захисту неодноразово піднімались в роботах В.Тація, В.Лисицького, А.Іценка, Р.Калужного

та ін. Аналіз практики судочинства показує, що права людини і громадянина на інформацію постійно порушуються тому, що у більшості випадків інформація неузаконена як власність особи. Тільки після того, як інформація стає власністю особи, її судовий захист здійснюється значно простіше.

Існують різні підходи науковців до визначення судового захисту. Так, на думку В.Кашепова [1], судовий захист являє собою вид державного і правового захисту, оскільки здійснюється судом як органом державної влади та при його реалізації суди керуються законом як основною формою захисту права. Такої ж думки дотримуються і інші представники російського права, наприклад [2]. Спільним у визначенні судового захисту є структурна подібність: інституція (державний орган) —> юридичний механізм —> забезпечення прав і свобод людини і громадянина.

Орієнтуючись на наведену структуру нами вводиться поняття судового захисту як механізму юридичного захисту прав і свобод людини і громадянина від будь-яких посягань державним органом - судом. Виходячи з того, що в Конституції України [3, стаття 3] права і свободи людини і громадянина визначають зміст і спрямованість держави, у власному формулюванні їх ми ставимо на перше місце, державну функцію захисту - на друге, а причини порушення - на третє: "Судовий захист - це захист прав і свобод людини і громадянина державним органом влади судом від будь-яких посягань".

Право власності на інформацію - це врегульовані законом суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження інформацією [4. стаття 38]. Дане право надане людині і громадянину з моменту опублікування Закону України " Про інформацію" 13.11.1992 року згідно з Постановою Верховної Ради України від 2.10.1992 року № 2658-ХН.

Через чотири роки Конституція України [3, стаття 41] вводить таку норму: " Кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності... Ніхто не може бути позбавлений права власності. Право власності є непорушним". Тим самим право власності гарантується державою, а значить, передбачається судовий захист цього права.

Здійснення судового захисту супроводжується низкою труднощів, пов'язаних з тим, що:

1. Конституція України [3, стаття 41], гарантуючи право власності, не встановлює співвідношення між власністю взагалі та власністю на інформацію зокрема.

2. Закон України " Про власність " втратив чинність, а з ним і значне надбання судової практики.

3. Право власності вводиться Законом України " Про власність" і на цьому праві не наголошується в Цивільному, Кримінальному та Господарському кодексах.

Судова підвідомчість у справах про захист права власності на інформацію визначається такими міркуваннями.

Право власності на інформацію належить до немайнових прав, адже інформацією є документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються в суспільстві, державі та навколишньому середовищі [4, стаття 1]. Як зазначено у Постанові Пленуму Верховного Суду України, [5. пункт 7] та Інформаційному листі Вищого Господарського Суду України [д?. пункт 1] немайнові права супроводжують спірні правовідносини цивільно-правового характеру, тому всі справи, пов'язані з цим правом підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства. Це повністю узгоджується з частиною 1 статті 15 ЦПК України [7]: " Суди розглядають в порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних... відносин, а також інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства".

Відносини, які виникають стосовно немайнових прав, згідно статті 275 ЦК України [8] до способів захисту відносять ті, що встановлені його главою 3. Разом з тим, Постанова Пленуму Верховного Суду України [5, пункт 7] допускає можливість здійснення захисту немайнового права у інший спосіб, відповідно до змісту цього права, способу його порушення та наслідків, що спричинило це порушення. Надане у Постанові Пленуму Верховного Суду України роз'яснення допускає ще й захист права власності на інформацію способами, передбаченими Кримінальним кодексом України: якщо особа вчинила суспільно небезпечне діяння, яке містить склад злочину, передбачений цим Кодексом [9, стаття 2]. При з'ясуванні правил судочинства згадана Постанова наголошує на необхідності врахування статей 1 та 12 Господарського процесуального кодексу України [10]. Перша з них надає право звернення до господарського суду громадянам, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу підприємницької діяльності; друга наголошує, що господарським судам підвідомчі справи, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів та інших підстав, зазначених у законодавстві.

Роз'яснення Верховного Суду України, надане у згаданій Постанові виключає розгляд справ про право власності на інформацію за правилами Кодексу України про адміністративні правопорушення, оскільки такі спори не мають публічно-правового характеру, навіть якщо стороною в ньому виступає суб'єкт владних повноважень [5, пункт 7].

Закон України " Про інформацію" [4, стаття 38] визначає підстави виникнення права власності на інформацію (для зручності введена їх нумерація):

1. Створення інформації своїми силами і за свій рахунок;
2. Договір на створення інформації;
3. Договір, що містить умови переходу права власності на інформацію до іншої особи.

Під час судового розгляду справ, пов'язаних із порушенням права власності на інформацію кожна з підстав мусить бути переконливо обґрунтованою.

За першою наведеною підставою особа, право власності на інформацію якої порушене, надає докази того, що інформація створена (зібрана) власними силами (письмові довідки чи інші документи, що підтверджують звернення особи за інформацією до певних власників інформації чи організацій: архіви, бібліотеки, органи державного управління чи місцевого самоврядування, органи судової влади, інтернет-провайдери та ін.). Для забезпечення доказовості того, що інформація створена за власний рахунок, необхідні квитанції витрат, здійснених особою на створення інформації: оплата за певний вид інформаційних послуг іншим власникам інформації (особам-власникам; фізичним особам чи організаціям, яким надано змогу надавати інформаційні послуги).

Сума здійснених оплат по створенню інформації є підставою вибору способу захисту права власності на інформацію із передбачених статтею 16 ЦК України [8], визначає термін, протягом якого створювалась інформація, орієнтує суд на суму, яка може бути відшкодована власнику інформації як моральна (нематеріальна) шкода, викликана порушенням права власності на інформацію. Доведення права власності людини і громадянина на інформацію відбувається в судовому засіданні районного, районного у містах, міського та міськрайонного суду за місцем проживання позивача (заявника) у письмовій формі [7, стаття 119].

Згідно пункту 3 статті 15 ЦПК України [7] порушення немайнового права власності людини і громадянина можуть розглядатись трьома шляхами:

- 1) В порядку позовного провадження;

У позовній заяві має міститись (визначено [7, стаття 119]):

а) назва суду, до якого подається заява;

б) ім'я позивача чи представника позивача (якщо позовна заява подається представником, їх місце проживання чи місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку, якщо такий відомий);

в) зміст позовної вимоги: визнати право власності на інформацію, створену власними силами та за свій рахунок;

г) виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги на визнання права власності на інформацію створену своїми силами і за свій рахунок (мотиви створення інформації; терміни її створення; джерела, з яких збиралась інформація; кошти, витрачені позивачем на створення інформації; зусилля, витрачені на створення інформації);

д) зазначення доказів, що підтверджують кожну обставину, наявність підстав для звільнення від доказування;

е) перелік документів, що додаються до заяви.

До позовної заяви також додаються квитанції про сплату судового збору та оплату витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи. У разі пред'явлення позову особами, які діють на захист прав, свобод та законних

інтересів іншої особи, в заяві зазначаються підстави такого звернення. Якщо позовна заява подається представником позивача, додається довіреність чи інший документ, що підтверджує його повноваження [7, стаття 119].

Зауважимо, що при встановленні права власності людини і громадянина: за першою підставою потреба у забезпеченні доказів відпадає, бо в судовому розгляді немає відповідача. Разом з тим, якщо суд визнає за необхідність залучити інших осіб, заява про забезпечення доказів може бути подана на будь-якій стадії розгляду справи [7, стаття 151]. Сказане кореспондується із статтею 32 Конституції України [3], адже інформація, право власності на яку встановлюється може містити конфіденційну складову.

У рішенні за розглянутим позовом суд може визнати власності особи на інформацію або відмовити у цьому.

2) В порядку наказного провадження;

У заяві про видачу судового наказу має міститись (визначено [7, стаття 98]):

а) назва суду, до якого подається заява;

б) ім'я заявника чи представника заявника, якщо заява подається представником, їхнє місце проживання чи місцезнаходження;

в) вимоги заявника і обставини, на яких вони ґрунтуються: визнання права власності на інформацію, створену своїми силами і за свій рахунок (із представленням відповідей від осіб чи організацій, які надавали інформаційні послуги; квитанції, які підтверджують оплату за згадані послуги);

г) перелік документів, що додаються до заяви.

Заява підписується заявником чи представником із зазначенням дати подання, додаються копії кожного документу, який служить доказом в суді: квитанції про сплату судового збору та інформаційно-технічного забезпечення розгляду справи; довіреність чи інший документ, що підтверджує повноваження представника заявника [7, стаття 119].

Основною вимогою, за якою може бути видано судовий наказ про визнання права власності особи на інформацію, створену власними силами і за свій рахунок, є те, що заявлено вимогу, яка ґрунтується на правочинні вчиненому у письмовій формі [7, стаття 96]. Суддя може відмовити у видачі судового наказу, якщо докази, представлені в суді,

є суперечливими (непереконливі) [7, стаття 100]. У випадках відмови у прийнятті заяви повторне звернення є можливим з тими самими вимогами у позовному порядку.

3) В порядку окремого провадження;

Визнання права власності особи на інформацію, створену своїми силами і за свій рахунок, шляхом окремого провадження передбачене пунктом 1 статті 234 ЦПК України [7]: згадане право узаконюється шляхом розгляду наявних чи відеутніх фактів.

Заява на судовий розгляд окремим провадженням про встановлення права власності особи на інформацію, створену своїми силами і за свій рахунок повинна містити:

а) найменування суду, до якого подається заява;

б) імена заявника та заінтересованих осіб, їх місце проживання або місцезнаходження, поштові індекси і номери засобів зв'язку;

в) зміст вимог по окремому провадженню: на основі розгляду наявних фактів встановити право власності на інформацію, створену своїми силами і за свій рахунок;

г) виклад обставин, якими заявник обґрунтовує свої вимоги: вказується час, протягом якого створювалась інформація; об'єкти, до яких звертався створювач за інформацією; витрати, які поніс створювач на збір інформації;

д) перелік документів, які додаються до заяви: копії запитів до об'єктів інформації; письмові відповіді від об'єктів інформації; квитанції за витрати, які поніс створювач, оплачуючи послуги за певну інформацію.

Порядок розгляду справ окремим провадженням про встановлення права власності людини і громадянина на інформацію, створену своїми силами і за свій рахунок здійснюється згідно статті 235 [7].

Другою з вищеназваних підстав виникнення права власності на інформацію є наявність договору на створення інформації. Договір на створення інформації може складатись як між фізичними особами, так і між фізичними і юридичними особами. Зупинимось лише на випадку, коли створювачем інформації є фізична особа, а споживачем - фізична чи юридична особа. Даний випадок розглядаємо лише тому, що ставимо завданням захист права власності на інформацію людини і громадянина.

Загальні положення про договір, зокрема стаття 627 ЦК України [8] "Свобода договору" дає підставу складання договору у довільній формі. Стаття 6 [8] уточнює, що сторони мають право врегульовувати відносини між собою на власній розсуд, не відступаючи від положень актів цивільного судочинства.

Як правило, договір між створювачем інформації та замовником включає такі умови (пункти):

1. Назва сторін договору (хто є замовником, а хто - створювачем інформації).

2. Права і обов'язки створювача інформації, права і обов'язки замовника інформації (відповідно до основ цивільного законодавства) [8, стаття 268].

3. Обов'язковість договору [8, стаття 269].

4. Сторони договору [8, стаття 631].

5. Винагорода (ціна) створюваної інформації [8, стаття 632]. Зауважимо, що до обов'язків замовника інформації в більшості випадків

вводиться заборона на поширення отриманої від створювача інформації без дозволу останнього. Разом з тим, гарантії в тому, що не захищений результат інформаційної діяльності не буде поширюватись без дозволу створювача, немає.

Основний і надійний спосіб захисту запропонованої інформації є захист у суді, в даному випадку - шляхом визнання права власності на інформацію на основі договору на створення інформації. Захист може здійснюватись трьома шляхами:

1) В порядку позовного провадження.

У позовній заяві, яка подається в письмовій формі [7, стаття 119] має міститись:

а) найменування суду, до якого подається заява;

б) ім'я позивача (створювача інформації) і відповідача (замовника інформації), а також ім'я представника позивача, якщо позовна заява подається представником, їх місце проживання або місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку;

в) зміст позовних вимог: визнання права власності на інформацію на основі договору на її створення;

г) виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги: вказує, що сторона-замовник згідно договору поставила завдання створити інформацію з певної проблеми; на її створення було витрачено власні зусилля, конкретний час, кошти; зобов'язання виконані в повному об'ємі та в межах часу, визначеному договором; претензії у замовника відсутні;

д) зазначення доказів, що підтверджують кожну обставину, наявність підстав для звільнення від доказування: наявний договір; пояснення замовника інформації;

е) перелік документів, які додаються до заяви: договір на створення інформації; квитанції, які підтверджують витрати створювача; квитанції, що підтверджують розміри винагород, наданих замовником створювачу; квитанції про сплату судового збору та витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи.

Позовна заява підписується створювачем інформації. У випадку подання позовної заяви представником позивача, до позовної заяви додається довіреність чи інший підтверджуючий повноваження документ.

Якщо у процесі судового розгляду справи про встановлення права власності на інформацію на основі договору замовник інформації підтверджує, що позивач, у встановлені у договорі терміни, виконав відповідний об'єм робіт по створенню інформації і інформація задовольняє відповідача, то постановою суду за створювачем визнається право власності на створену ним інформацію. У випадку виникнення спору, замовник інформації мусить надати докази того, що умови договору не виконані, а тому запропонована інформація не може бути власністю позивача.

2) В порядку наказного провадження;

Заява про видачу судового наказу має містити:

а) назву суду, до якого подається заява;

б) ім'я заявника чи представника заявника, якщо заява подається представником, їхнє місце проживання чи місцезнаходження;

в) вимоги заявника і обставини, на яких вони ґрунтуються: визнання права власності на створену за договором інформацію; письмове підтвердження замовником інформації факту повного виконання умов договору по створенню інформації;

г) виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги: підтвердження замовником факту повного виконання умов договору на інформацію;

д) перелік документів, які додаються до заяви.

Заява підписується заявником чи його представником, вказується дата її подання, додається копія договору на створення інформації, письмове підтвердження замовником повного виконання умов договору, квитанції про виплату винагород створювачеві, квитанції про сплату судового збору та витрат на інформаційно-технічне забезпечення, довіреність, що підтверджує повноваження заявника [7, стаття 119].

Основою видання судового наказу про виникнення у створювача права власності на створювану за договором інформацію є наявність письмового підтвердження замовника про виконання умов договору та відповідність створеної інформації умовам договору.

3) В порядку окремого провадження.

Заява на судовий розгляд окремим провадженням по встановленню права власності на інформацію, створену на основі договору, повинна містити:

а) найменування суду до якого подається заява;

б) імена заявника та замовника (за договором) інформації, їх місцепроживання чи місцезнаходження, поштові індекси і номери засобів зв'язку;

в) зміст вимог по окремому провадженню: на основі розгляду наявних фактів встановити право власності на інформацію, створену за договором;

г) виклад обставин, якими заявник обґрунтовує свої вимоги: вказується час, протягом якого створювалась інформація; підтвердження виконання договору у повному об'ємі, надане стороною-замовником договору; винагорода, надана створювачу протилежною стороною договору;

д) перелік документів, які подаються до заяви: копія договору на створення інформації; копії звернень створювачем до об'єктів інформації; відповіді від об'єктів інформаційних послуг на запит створювача; квитанції про витрати створювачем за послуги об'єктів інформації; квитанції (розписки), які засвідчують надання винагороди створювачеві від сторони-замовника інформації за договором; квитанції, що підтверджують сплату судового збору та оплату витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи.

Порядок розгляду справ за окремим провадженням передбачено законом у статті [7].

У разі подання заяви особами, які діють на захист прав, свобод та інтересів іншої особи, в заяві повинні бути заявлені підстави такого звернення. Якщо заява подається представником заявника, то до заяви додається довіреність чи інший документ, що підтверджує його повноваження.

Третью з перерахованих підстав виникнення права власності на інформацію є договір, що містить умови переходу права власності на інформацію до іншої особи.

Якщо особа є власником, то за частиною 1 статті 386 [8] їй держава забезпечує рівний захист прав на рівні з іншими об'єктами права власності. Крім того, власник, який має підстави передбачити можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутись до суду на захист порушеного права (передбачено частиною 2 статті 386 [8]) та за відшкодуванням завданої йому моральної шкоди (передбачено частиною 3 статті 386 [8]).

Згідно статті 34 Конституції України [3], кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір. Ця конституційна норма передбачає передачу інформації від однієї особи до іншої. Проте, право другої особи, яка отримала від першої інформацію, буде незахищене державою, бо ця особа не є власником інформації. Для забезпечення права власності на інформацію, створену першою особою, друга мусить набути цього права. Останнє можливе тільки за умов передачі права власності від однієї особи до іншої. Якби право власності на інформацію належало б і одній іншій особі, то порушувалася б норма статті 41 Основного закону [3], згідно якої кожен має право володіти, користуватись і розпоряджатись своєю власністю. Перехід права власності від однієї особи до іншої означає, що перша особа може користуватись інформацією, якою володіє друга особа, лише після отриманого дозволу від другої особи (інакше буде порушене право власності другої особи).

Таким чином, передача права власності на інформацію від однієї особи до іншої можлива лише на основі договору, в якому сказано узгоджене умовами договору.

У випадку порушення права власності особи на інформацію, остання звертається за захистом порушеного права. Для захисту порушеного права власності на інформацію в суді, особа повинна довести те, що вона є власником інформації, в даному випадку на основі договору, що містить умови переходу права власності на інформацію до іншої особи.

Доведення особою права власності на інформацію на основі договору, що містить умови переходу цього права від іншої особи може здійснюватись трьома шляхами:

1) В порядку позовного провадження.

У позовній заяві має міститись (визначено [7, стаття 119]):

а) назва суду, до якого подається заява;

б) ім'я позивача і відповідача, а також ім'я представника позивача, якщо позовна заява подається представником, їхнє місце проживання чи місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку, якщо такий відомий;

в) зміст позовних вимог: визначити право на інформацію;

г) виклад обставин, за якими позивач обґрунтовує свої вимоги: перехід права власності на інформацію від відповідача до позивача;

д) перелік документів, що додаються до заяви: копія згаданого договору; квитанції про сплату судового збору та оплати витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи; довіреність представника позивача чи інший документ, який підтверджує його повноваження (якщо є представник).

У разі пред'явлення позову особами, які діють на захист прав, свобод та інтересів іншої особи, в заяві повинні бути зазначені підстави такого звернення.

Судове засідання зводиться до з'ясування факту передачі права власності на інформацію від відповідача на основі договору, що містить умови переходу права власності на інформацію, до позивача.

2) В порядку наказного провадження;

Заява про видачу судового наказу має містити (згідно статті 98 [7]):

а) найменування суду, до якого подається заява;

б) ім'я заявника чи представника заявника, якщо заява подається представником, їхнє місцепроживання чи місцезнаходження;

в) вимоги заявника і обставини, на яких вони ґрунтуються: визнання права власності на інформацію в результаті переходу цього права до заявника від іншої особи на основі договору;

г) перелік документів, які додаються до заяви: копія згаданого договору; квитанції, що підтверджують сплату судового збору та оплати витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи.

Заява підписується заявником або його представником і подається з її копіями та копіями доданих до неї документів (для суду і власника інформації). До заяви, яка подається представником заявника, додається документ, що підтверджує його повноваження.

3) В порядку окремого провадження.

Заява на судовий розгляд окремим провадженням по встановленню права власності на інформацію на основі договору, що містить умови переходу права власності на інформацію до іншої особи, повинна містити:

а) найменування суду, до якого подається заява;

б) імена власника інформації та особи, до якої за договором переходить інформація, їхнє місце проживання або місцезнаходження, поштові індекси і номери засобів зв'язку;

в) зміст вимог по окремому провадженню: на основі розгляду наявних фактів встановити право власності на інформацію на основі договору, що містить умови переходу права власності до іншої особи;

г) виклад обставин, за якими заявник обґрунтовує свої вимоги: вказується, що за певних умов, які відображені в договорі, особа, яка володіє правом власності на інформацію, погоджується передати це право до іншої особи; є підтвердження того, що обидві сторони повністю виконали умови договору по переходу права власності на інформацію до іншої особи, зокрема.

винагорода особі, яка володіє правом власності на інформацію, надана особою, до якої переходить право власності;

д) перелік документів, які додаються до заяви: копія договору, що містить умови переходу права власності на інформацію до іншої особи; документ, який підтверджує право власності на інформацію особи, яка передає це право заявнику; квитанція про винагороду, яку заявник надає власнику згідно договору; квитанції, що підтверджують сплату судового збору та оплату витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи.

У разі подання заяви особами, які діють на захист прав, свобод та інтересів іншої особи, в заяві повинні бути заявлені підстави такого звернення. Якщо заява подається представником заявника, то до заяви додається довіреність чи інший документ, що підтверджує його повноваження.

Порядок розгляду справ за окремим провадженням передбачено законом у статті 235 [7].

З моменту, коли людина чи громадянин набула права власності на інформацію на основі сформульованих у статті 38 [4] підстав на її захист стає держава (частина 1 статті 386 [8]). Крім цього, власник, який має підстави передбачити можливість порушення свого права власності на інформацію іншою особою, може звернутись до суду з вимогою про заборону вчинення нею дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню (частина 2, стаття 386 [8]).

Висновок: для захисту інформації в суді, остання повинна стати власністю людини чи громадянина на основі підстав, визначених статтею 38 Закону України "Про інформацію" [4]. Тільки тоді держава зможє захистити право особи на інформацію. Шляхи реалізації права власності особи на інформацію відображені у пропонуваній статті.

1. Кашенов В. П. Інститут судової захисти прав п свобод граждан п средства ее реализации [Електронний ресурс]. – Режим доступа: www.oprave.ru/statyi/ltzp-textsol.html.
2. Габунія І. Т. О защите прав п свобод граждан в судах п средствах ее реализации [Електронний ресурс]. – Режим доступа: www.mkz-spb.ru/o_kollegii/nashi_advokati/gabuniya_iosif_togoevic...
3. Конституція України [Текст]: Основний закон: із змінами, внесеними згідно із Законом № 2222-ІУ від 8 груд. 2004 р. – Харків: ФОП Співак Т. К. . 2009. –48 с.
4. Закон Про інформацію [Електронний ресурс]. – Режим доступа: www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/lavs/main.cgi?nreg=2657-12.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України. Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи: від 27.02.2009 р., №1 [Електронний ресурс]. – Режим доступа: www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/lavs/main.cgi?nreg=v.1700-09.
6. Інформаційний лист Вищого Господарського Суду України. Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію: від 28.03.2007 р., № 01-8/184 [Електронний ресурс]. – Режим доступа: www.media-yrst.com/?print=72.
7. Цивільний процесуальний кодекс України [Текст]: із змін, та доп. станом на 15 груд. 2008.: (ВІДПОВІДАЄ ОФІЦ. ТЕКСТОВІ). – К.: Вид. Паливода А. В. , 2008. –156с- (Кодекс України).
8. Цивільний кодекс України [Текст]: із змін, та допов. станом на 15 січ. 2009.: відпов. офіц. текстові. – К.: Вид. Паливода А. В. , 2009. – 328 с. – (Кодекс України).
9. Кримінальний кодекс України [Текст]: із змін, та допов. станом на 15 груд. 2008.: відпов. офіц. текстові. – К.: Вид. Паливода А. В. , 2008. – 188 с. – (Кодекс України).

10. Господарський процесуальний кодекс України/Господарський кодекс України. Господарський процесуальний кодекс України: офіційні тексти/ Міністерство юстиції України. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 304 с.

Полетило К. С. Судовий захист права власності людини і громадянина на інформацію

У статті розглядаються шляхи захисту в суді права власності особи на інформацію; даються процесуальні поради щодо доказів права власності.

Ключові слова: судовий захист; право власності особи на інформацію.

Полетыло Е. С. Судебная защита права собственности человека и гражданина на информацию

В статье рассматриваются пути защиты в суде права собственности личности на информацию; предлагаются процессуальные советы по доказательствам права собственности.

Ключевые слова: судебная защита; право собственности личности на информацию.

Poletylo K. Judicial Protection Of Individuals And Citizens' Right To Ownership Of Information

In this article ways of protection of the individuals' right to ownership of information are described; procedural advices on evidence of ownership core given.

Keywords: judicial protection, individuals' right to ownership of information.

Сіцук Л. В.

Поняття та види правонаступництва: цивільно-правовий аспект

УДК 347.921.1

Серед способів набуття прав на майно важливе значення в науці цивільного права відводиться правонаступництву. Це пояснюється роллю та значенням права в забезпеченні стабільності та розвитку цивільного обороту.

Інститут правонаступництва в цивільному праві застосовується у правовідносинах, що виникають з приводу права власності, права оперативного управління, інших абсолютних прав, в зобов'язальних правовідносинах (зокрема, при відступленні права вимоги та переведенні боргу), а також при реорганізації юридичних осіб та при спадкуванні.

Однак, зважаючи на теоретичне та практичне значення правонаступництва, слід зазначити, що в правових дослідженнях немає єдності поглядів щодо розуміння даного інституту та ведуться дискусії щодо визначення сутності правонаступництва.

Теорія переходу прав та обов'язків найбільш повно розкрилася в монографічній роботі В. Б. Черепакіна "Правопреемство по советскому гражданскому праву". Питання, що стосуються правонаступництва, розглядали також такі вчені, як Д. В. Носов, Є. А. Суханов, Г. Ф. Шершеневич, М. В. Осипова та інші.

Метою статті є розкрити на основі досліджень вчених-правознавців сутність розуміння правонаступництва, а також розкрити правовий зміст основних видів правонаступництва.

В правовій літературі правонаступництвом вважається перехід прав та обов'язків від однієї особи до іншої за законом або угодою [1, с. 46]. В. Б. Черепакін розглядав правонаступництво як перехід суб'єктивного права (в широкому розумінні – також правового обов'язку) від однієї особи (праводавця) до іншої (правонаступника) в

порядку похідного правонабуття (у відповідних випадках – похідного набуття правового обов'язку). При переході суб'єктивного права від праводавця до правонаступника відбувається зміна активного суб'єкта у правовідносинах, що змінюються. При переході цивільно-правового обов'язку від боржника до його наступника має місце зміна пасивного суб'єкта в правовідносинах. В тому чи іншому випадку юридична характеристика перехідного права або перехідного обов'язку залишається без змін. Таке правонаступництво є транзитивним, тобто таким, при якому здійснюється перехід прав і обов'язків в порядку правонаступництва [2].

Таким чином, правонаступництво визначається як перехід суб'єктивних цивільних прав та обов'язків в порядку похідного набуття прав та обов'язків, при якому правовідносини продовжують існувати у зміненому виді та з новим суб'єктом [3]. При зміні суб'єктного складу завжди відбувається правонаступництво [2].

Однак, існує й інше розуміння інституту правонаступництва. Так, на думку В. С. Толстого, поняття " правонаступництво" означає лише те, що при наявності встановлених юридичних фактів відбувається припинення прав і обов'язків в одних осіб і причинно пов'язане їх виникнення в інших, в тому чи іншому обсязі. Таке правонаступництво вважається дискретним, при якому перехід прав та обов'язків не відбувається [3]. Відказати від розуміння правонаступництва як концепції "переходу" прав і обов'язків було запропоновано В. А. Рясенцевим, який обгрунтував це тим, що права та обов'язки – це субстанції, які не мають фізичного утілення, а тому не можуть ні переходити, ні передаватися від однієї особи до іншої. Такої точки зору в сучасній правовій літературі дотримується також В. А. Белов [4]. Тому, звідси випливає, що суб'єктивні права та обов'язки не переходять від правопередника до правонаступника, а припиняються в одних осіб і виникають в інших. Тобто, в даному випадку, має місце не зміна правовідношення, а припинення одних і виникнення інших правовідносин.

Однак, таке визначення правонаступництва суперечить правовій природі даного інституту, оскільки при припиненні правовідносин правонаступництво не виникає.

Також, слід відзначити, що із визначення правонаступництва, яке було дане Б. Б. Черепаниним [2] випливає, що правонаступництво є похідним способом набуття прав та обов'язків. В залежності від того є правонаступництво чи його немає, визначається і поділ способів набуття прав на майно на первісні і похідні. При первісному набутті виникнення і обсяг прав не залежать від наявності та обсягу прав правопередника, оскільки право виникає вперше. При похідному набутті права набувача чітко окреслені правами праводавця, що і є характерним для правонаступництва [5, с. 57]. Проте, якщо Б. Б. Черепанин, Г. С. Васильєв визначали, що правонаступництво при похідному правонабутті залежить від обсягу прав і обов'язків правопередника, то в правовій літературі висуваються також інші погляди з даного приводу. Зокрема, О. С. Іоффе [6] поділ способів набуття прав на майно здійснював на первісні і похідні залежно від наявності чи відсутності волі у праводавця і правонабувача. Однак, як вказує Д. М. Генкін воля на передачу майна відсутня при спадкуванні за законом, яке по своїй суті має похідний характер [5, с. 57]. Тобто, потрібно виходити з того, що наявність чи відсутність волі не є основним критерієм, який визначає похідний спосіб набуття прав на майно. А звідси випливає те, що при набутті прав на майно в порядку правонаступництва важливе значення має обсяг прав та обов'язків, які є у праводавця, що і визначає похідний характер правонаступництва.

При висвітленні питань, що виникають при здійсненні правонаступництва, не менш важливе значення має поділ правонаступництва на види залежно від обсягу прав та обов'язків, які переходять від правопередника до правонаступника.

Традиційно в цивільному праві правонаступництво поділяється на універсальне (загальне) та сингулярне (часткове). В юридичній літературі визначено, що правонаступництво може бути загальним (універсальним), якщо до особи переходить вся сукупність майнових прав та обов'язків, і частковим (сингулярним), якщо до особи переходить лише окреме право або обов'язок [1, с. 46].

Проте, правовий зміст таких видів правонаступництва оцінюється не завжди однаково. Так, наприклад, Г. Ф. Шершеневич зазначав, що відмінності між частковим та загальним правонаступництвом не кількісні, а якісні, оскільки в першому випадку новий суб'єкт (наступник) займає місце тільки активного суб'єкта, тоді як в іншому – він набуває статусу і пасивного суб'єкта, який займав його правопередник [7, с. 60].

Іншої точки зору дотримується Е. А. Суханов, який визначив, що при загальному правонаступництві правонаступник в результаті одного юридичного акта займає місце правопередника у всіх правовідносинах. Часткове правонаступництво – правонаступництво щодо одного чи декількох правовідносин [8, с. 98]. М. В. Осипова також зазначила, що особливість загального правонаступництва полягає в тому, що правонаступник займає місце правопередника у всіх правах та обов'язках, за винятком тих, в яких закон не допускає правонаступництва взагалі (наприклад, право авторства). Під частковим правонаступництвом розуміється правонаступництво щодо одного чи декількох правовідносин [9]. Отже, можна зробити висновок, що при правонаступництві відбувається тільки зміна суб'єктів цивільних правовідносин, а обсяг прав та обов'язків повинен залишатися незмінним.

Б. Б. Черпахін розумів під універсальним правонаступництвом перехід всієї сукупності прав і обов'язків правопередника до правонаступника. При сингулярному правонаступництві, на його думку, відбувається перехід окремих прав та окремих обов'язків, а також перехід окремої сукупності прав або обов'язків, чи прав і обов'язків, які виділені із всієї сукупності прав та обов'язків, які належали праводавцю [2].

Таким чином, універсальне (загальне) правонаступництво відрізняється від сингулярного (часткового) правонаступництва тим, що при універсальному правонаступництві відбувається перехід всієї сукупності прав та обов'язків правопередника як єдиного цілого до правонаступника, а при сингулярному – переходять окремі права та обов'язки або окрема сукупність прав та обов'язків.

Основними видами універсального правонаступництва є правонаступництво при спадкуванні та при реорганізації юридичних осіб. Сингулярне правонаступництво застосовується в зобов'язальних правовідносинах (зокрема, при відступленні права вимоги та переведення боргу), а також у правовідносинах, що пов'язані з правом власності, правом оперативного управління та іншими абсолютними правами.

Також виділяють процесуальне правонаступництво, при якому відбувається заміна учасників цивільного процесу його правонаступником у матеріальних правовідносинах і допускається на всіх стадіях судового та господарського (арбітражного) процесів. Тому, усі дії первісного суб'єкта, здійснені до вступу в процес правонаступника, є обов'язковими для останнього [1, с. 46 - 47]. Процесуальне правонаступництво може бути наслідком як універсального правонаступництва громадян чи юридичних осіб, так і сингулярного правонаступництва, наприклад, при відступленні права вимоги та переведенні боргу. При цьому, про такий вид правонаступництва може йти мова лише тоді, коли юридичний склад правонаступництва має місце під час процесу [2].

Права наступництво в цивільному праві здійснюється за різними підставами. У зв'язку з цим, можна говорити про договірне та про законне правонаступництво.

Права наступництво за договором буває двох видів:

1) до першого виду належить правонаступництво, яке виникає на підставі договорів відчуження. У цьому випадку до набувача переходить не лише право власності, а й

відповідні обтяження, якщо вони є (за застава, сервітут, право користування за договором оренди);

2) до другого виду договірною правонаступництва належить заміна кредитора або заміна боржника, що відбувається всередині існуючих правовідносин, на підставі договору первісного кредитора чи боржника з особою, яка бажає когось із них заступити.

Правонаступництво виникає на підставі закону у разі прийняття спадщини, а також при реорганізації юридичних осіб [10, с. 442].

Тому, підсумовуючи все вищезазначене, можна зробити висновок, що правонаступництвом є перехід всієї сукупності прав та обов'язків, окремої сукупності прав та обов'язків, або окремих прав та окремих обов'язків від правопередника до правонаступника в силу закону або договору, за винятком тих, в яких законом правонаступництво не допускається. При цьому, можна вивести наступні ознаки правонаступництва, а саме:

1) при правонаступництві відбувається зміна суб'єктного складу правовідносин, тобто права та обов'язки, які були у однієї особи (правопередника), передаються іншій (правонаступнику);

2) перехід всієї сукупності прав та обов'язків як єдиного цілого здійснюється при універсальному правонаступництві та перехід окремої сукупності прав та обов'язків, або ж окремих прав та окремих обов'язків - при сингулярному правонаступництві;

3) відбувається зміна правовідносин, а не їх припинення в одних осіб та виникнення в інших, оскільки при припиненні правовідносин правонаступництво не виникає;

4) правонаступництво виникає в порядку похідного правонабуття, тобто тим обсягом прав та обов'язків, які були у правопередника обумовлюється обсяг прав та обов'язків, які переходять до правонаступника;

5) здійснюється правонаступництво на підставі закону або договору;

6) в порядку правонаступництва переходять всі права та обов'язки, крім тих, щодо яких законом правонаступництво не допускається.

Отже, правонаступництво в цивільному праві є складним правовим інститутом, щодо розуміння якого в наукових дослідженнях існують різні підходи, та вивчення якого має важливе наукове та практичне значення.

1. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. - К.: "Укр. енцикл.", 1998 - Т. 5: П - С. - 2003. - 736с.
2. Черепахин Б. В. Правопреемство по советскому гражданскому праву [Електронний ресурс] // Черепахин Б. В. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. - С. 435 - Режим доступу: <http://civil.consultant.ru/elib/books/22/>
3. Носов Д. В. К вопросу о понятии "правопреемство" в гражданском праве [Електронний ресурс] // Д. В. Носов Журнал "Российское право в Интернете". - 2005 - № 3. - Режим доступу: http://ipi.msal.ru/prints/200503_civillaw3.html
4. Белов В. А. Правопреемство в связи с законодательной концепцией квалификации имущественных прав как объектов гражданских прав [Електронний ресурс] // В. А. Белов Законодательство-Практический журнал для руководителей и менеджеров. N 6. - М.:Издательство "Глазбух",1998. - 87 с. - Режим доступу: <http://center-bereg.ru/362.html>
5. Васильев Г. С. Преемство в праве собственности как разновидность сингулярного правопреемства // Г. С. Васильев Правоведение. - 2006. - № 6. - С. 52 - 66
6. Иоффе О. С. Советское гражданское право // Избр. труды. В 4 т.: Т. 3. СПб. - 2004. - С. 407
7. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) // Габриэль Феликсович Шершеневич. - М.: Фирма "СПАРК", 1995. - 556с.

8. Суханов Е. А. Гражданское право: В 2 т. / Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 1998. – 816с.
9. Осипова М. В. Гражданское право [Электронный ресурс]. –Режим доступа: <http://www.humanities.edu.ru/db/msg/1832>
10. Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник.- К.: Атіка, 2005. – 560 с.

Сишук Л. В. **Поняття та види правонаступництва: цивільно-правовий аспект**

У статті розглядаються основні підходи до розуміння правонаступництва в теорії цивільного права, зокрема, що стосуються поняття та поділу правонаступництва на види. Також визначаються підстави, за якими здійснюється правонаступництво.

Ключові слова: правонаступництво, універсальне правонаступництво, сингулярне правонаступництво, правопередник, правонаступник.

Сишук Л. В. **Понятие и виды преемства: гражданско-правовой аспект**

В статье рассматриваются основные подходы к пониманию преемства в теории гражданского права, в частности, что касаются понятия и разделения преемства на виды. Также определяются основания, за которыми осуществляется преемство.

Ключевые слова: преемство, универсальное преемство, сингулярное преемство, преемственник, преемник

Sishchuk L. V. **Concept And Classes Of Legal Succession: Civil Aspect**

In the article investigates main approaches to define the concept of legal succession in the theory of civil law, specifically, regarding the definition and division of legal succession on the classes. Also determines the causes of realization of legal succession.

Keywords: legal succession, universal succession, singular succession, predecessor, successor.

Саракун І.Б.

Порядок та строки переведення акцій на бездокументарну форму існування

УДК 347.72.034

Актуальність теми. Перехід акціонерних товариств до нових правил їх діяльності на сьогодні є чи не найбільш обговорюваним та дискусійним питанням серед юристів-практиків і науковців. Впровадження вимог Закону України "Про акціонерні товариства" від 17. 09. 08 р. (далі – Закон, ЗУАТ) [1] потребують певного усвідомлення, вивчення та вірного його застосування на практиці. Одним із важливих та складних завершальних етапів виконання Прикінцевих і перехідних положень цього Закону - є процедура дематеріалізації акцій. Цей процес повинен завершитись вже до 30 жовтня 2010 р. Оскільки станом на 1 жовтня в Україні провели дематеріалізацію акцій лише 16% акціонерних товариств (в основному це банки і державні підприємства), то не зовсім зрозумілим залишається питання про те, що буде відбуватись із більшістю інших АТ після цієї дати.

Аналіз досліджень даної проблеми. На сьогодні обговорення даної проблематики відбувається на рівні науково-практичних семінарів та конференцій зініційованих Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку (її територіальних відділень) та в електронних ресурсах.

Постановка мети. Основною метою статті є виявлення практичних проблем пов'язаних із переведенням акцій на бездокументарну форму існування; проблем правового забезпечення цього процесу; а також пропозицій щодо їх вирішення в сучасних умовах.

Виклад основного матеріалу. Спробуємо дослідити питання про те, що ж стало причиною невиконання вимог ЗУАТ щодо дематеріалізації акцій. Цілком очевидним є те, що проблема дотримання строків на практиці виявилася складнішою, ніж видавалося спочатку. У Прикінцевих та Перехідних положеннях ЗУАТ (п.4) йдеться, що Державній комісії з цінних паперів та фондового ринку протягом шести місяців з дня опублікування цього Закону потрібно розробити і прийняти відповідні підзаконні нормативно-правові акти. Це строк від 30.04.09 р. по 30.10.2009 р. Натомість Рішення Про затвердження Положення про порядок заміни свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) емісійних цінних паперів у зв'язку зі зміною найменування акціонерного товариства ДКЦПФР прийняла 30.12.2009 р. Проте лише 9 лютого 2010 р. дане Рішення зареєстровано в Міністерстві Юстиції України, а набрало чинності ще через 10 днів після державної реєстрації Мініюстом (майже 4 місяці - прострочено) [2]. Виходячи із наведеного аналізу, можна вважати, що регулятор і сам не впорався вчасно із виконанням встановлених Законом строків. Дане Положення установлює строки та порядок заміни Комісією свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) акцій, облігацій підприємств, іпотечних сертифікатів, іпотечних облігацій, сертифікатів фонду операцій з нерухомістю у зв'язку з прийняттям акціонерним товариством рішення про зміну найменування, *перелік документів, необхідних для заміни свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) емісійних цінних паперів, а також вимоги до оформлення документів, які подаються на заміну свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) емісійних цінних паперів* (п.1 Положення).

Досліджуючи питання дематеріалізації акцій, необхідно зупинитися на понятті та нормативному забезпеченні цієї процедури. Вона врегульована Рішенням ДКЦПФР Про затвердження Положення про порядок переведення випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму існування (далі - Положення про дематеріалізацію) від 12.10.2000 р. із відповідними змінами від 29.08.2008р [3].

Відповідно до п.1.4. цього Положення *дематеріалізація випуску акцій* - це комплекс дій з переведення випуску акцій у бездокументарну форму.

Як свідчить практика, зазначена процедура супроводжується проблемами, які виникають внаслідок "технічних" помилок емітентів. Дематеріалізація акцій складається з більш ніж півтора десятка етапів, кожний із яких, своєю чергою, складається з декількох заходів, які необхідно проводити послідовно (з урахуванням встановлених Положенням строків та вимог до документів, які складаються за результатом певного заходу). Загальна тривалість процедури, за підрахунками фахівців (за різними підрахунками - від 1,5 до 6 місяців), а помилка, допущена на ранніх етапах, може ускладнити або навіть унеможливити проведення процедури дематеріалізації акцій. Заслугує на підтримку думка аналітиків, які вірно зазначають про те, що необхідно складати календарний план із зазначенням окремих етапів, заходів, що входять до них, точних строків їх виконання, а також переліку документів, необхідних на тому чи іншому етапі. При цьому слід врахувати, що найближчим часом - зі збільшенням кількості емітентів, які проходять процедуру заміни свідоцтва про реєстрації випуску у процесі дематеріалізації акцій, - територіальним управлінням ДКЦПФР буде дедалі складніше справлятися з потоком заяв емітентів, отже, необхідно додати резервний час до кожного заходу плану, визначити відповідальну особу, яка контролюватиме виконання всіх заходів, або залучити професійних юристів, які мають

практичний досвід у цій сфері [4]. Треба також відзначити, що дана процедура поряд зі складністю її проведення, є й достатньо витратною для акціонерних товариств (про що буде йтися далі).

Порядок виконання дій емітентом по переведенню випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну передбачена п.1.11 Положення про дематеріалізацію і включає дії, що будуть розглянуті автором у їх послідовності, із застосуванням щодо них певних коментарів; а також урахуванням практичних аспектів їх реалізації.

1. *Прийняття рішення про переведення випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму існування.*

Прийняття рішення про дематеріалізацію потребує скликання загальних зборів (призначення дати їх проведення) та оформлення його відповідним протоколом (його зміст див. у п.2.1 даного Положення). Для цього необхідно сповістити акціонерів про загальні збори (далі – ЗЗ), у спосіб, передбачений статутом і Законом.

Загальні збори акціонерів, які приймають рішення про дематеріалізацію випуску акцій, повинні бути скликані та проведені у повній відповідності з нормами законодавства, адже будь-які допущені порушення можуть призвести в майбутньому до ризику визнання недійсними рішень ЗЗ, та, зокрема, рішення про дематеріалізацію.

Для акціонерних товариств, що не змінили тип товариства (які існують як відкрите (закрите) акціонерне товариство), згідно ст. 42 Закону України "Про господарські товариства" від 19.09.1991 р. № 1577-XII [5] власники іменних акцій повідомляються персонально. Крім того, загальне оголошення друкується не менше ніж за 45 днів до скликання зборів в одному з друкованих видань Верховної Ради України, Кабінету Міністрів або Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку. Для акціонерних товариств, які змінили тип товариства та існують як публічні (приватні) акціонерні товариства згідно ст. 35 Закону України "Про акціонерні товариства" від 17.09.2008 р. № 514-XVII письмове повідомлення про проведення загальних зборів розсилається акціонерам персонально в строк не пізніше, ніж за 30 днів до дати їх проведення. Товариство з кількістю акціонерів понад 1000, не пізніше, ніж за 30 днів до дати проведення зборів також публікує в одному з друкованих видань Верховної Ради України, Кабінету Міністрів або Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку повідомлення про проведення зборів.

На порядку денному ЗЗ, окрім прийняття самого рішення про дематеріалізацію, необхідно розглянути й такі питання, як дата припинення ведення реєстру акціонерів; вибір депозитарію; вибір зберігача тощо. Поряд із цим, акціонерам доведеться пояснити й саме поняття та обов'язковість проведення дематеріалізації; а також необхідність вчинення ними подальших дій щодо її виконання. Роз'яснення щодо виконання акціонерами певних дій (як і зміна типу товариства) та й сама процедура може стати ще одним приводом для багатьох акціонерів відчужити свої акції.

У Положенні про дематеріалізацію йдеться про те, що не пізніше 30 (тридцяти) календарних днів від дати прийняття рішення про дематеріалізацію емітент повинен здійснити дії щодо заміни свідоцтва про реєстрацію випуску іменних акцій документарної форми існування на свідоцтво про реєстрацію випуску акцій у бездокументарній формі (п.2.2. Положення). Тут, водночас, постає питання щодо строків, а саме: чи будуть визнаватися чинними рішення загальних зборів щодо дематеріалізації, що були проведені значно раніше? Адже певна кількість АТ зробила це ще у 2009 р. Виходячи із наведеного очевидним є те, що оскільки емітенти дали свою оцінку запізнілим строкам прийняття Положення про заміну свідоцтва, то їх більша частина й не вчиняла жодних дій щодо дематеріалізації акцій. Адже на той час, як уже зазначалось, Положення про заміну свідоцтва ще не існувало, як і переліку

та форми документів для його заміни. Натомість у наукових публікаціях та інтернет-джерелах досить поширеними були дискусії щодо необхідності продовження строків дематеріалізації акцій. Так більшість спеціалістів у цій сфері зазначали про найбільш оптимальний п'ятирічний строк для цього процесу; інші фахівці – вказували на те, що чим довшими будуть строки його відкладання, тим неохочіше будуть виконуватися вимоги Закону і всеодно буде порушено 5-річний строк.

Якщо припустити, що 30-денний строк буде пропущено (зокрема, по причині відсутності коштів у товариства, чи з ін. важливих причин), то чи не буде до такого товариства застосовано санкцію ДКЦПФР (наприклад, у вигляді попередження про усунення такого порушення) і чи не доведеться у такому випадку, знову скликати ЗЗ акціонерному товариству? Тому для уникнення таких ситуацій досить важливим є виконання всіх передбачених Законом та відомчими актами строків, що на практиці є досить не простим завданням.

Цілком зрозумілим є й те, що скликання ЗЗ акціонерів потребує певних витрат. Аналітики вже підраховали, що в середньому на перехід одного акціонера на бездокументарну форму існування акцій потрібно близько 100 гривень. Ця цифра може коливатися в залежності від місця знаходження акціонера [6]. Сюди, очевидно, входить розсилка повідомлень поштою (із повідомленням про вручення) про проведення загальних зборів та публікація про це в передбачених Законом ЗМІ; повідомлення кожного акціонера про прийняття рішення про дематеріалізацію акцій (це необхідно зробити незалежно від його присутності на ЗЗ); відкриття рахунків у зберігача і т.ін. Тож, думається, що ця сума може бути значно більшою. Якщо до прикладу взяти АТ, які налічують 1000 акціонерів, то для цього за такими скромними підрахунками товариства витратять 100 000 грн. Можна підрахувати скільки витратять товариства із кількістю акціонерів 10 000 чи 100 000 на цю процедуру.

Ще більш жахаючою для АТ стає ця сума із урахуванням попередніх витрат товариствами на виконання вимог Прикінцевих та перехідних положень Закону щодо зміни типу товариства (що потягло за собою, зокрема, необхідність зміни всіх дозвільних документів). Хоча це ще не все (див. – далі по тексту).

2. Укладання договору про обслуговування емісії з обраним відповідно до вимог цього Положення депозитарієм, який буде обслуговувати випуск акцій, який дематеріалізується, та договір про відкриття рахунків у цінних паперах із обраним відповідно до вимог цього Положення зберігачем, у якого емітент відкриває рахунки в цінних паперах власникам акцій випуску, що дематеріалізується.

Для укладання цього договору необхідно визначитися з депозитарієм, який буде обслуговувати випуск акцій, що дематеріалізується та зберігачем в якому необхідно буде відкрити рахунки в цінних паперах, та відповідно підготувати погоджені з ними проекти договорів. При цьому слід звернути увагу, що в протоколі, яким буде прийматися рішення про переведення випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму, необхідним є зазначення реквізитів депозитарію та зберігача.

3. Опублікування в одному з офіційних друкованих видань Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – ДКЦПФР) повідомлення про дематеріалізацію та повідомлення про це персонально кожного власника, зареєстрованого в реєстрі власників іменних цінних паперів, випуску, що дематеріалізується, способом, визначеним при прийнятті рішення про дематеріалізацію.

Рішення загальних зборів публікуються в строк – не пізніше 10 днів з дати їх проведення в офіційному друкованому виданні і у письмовій формі розсилається всім

акціонерам. Таке повідомлення повинно містити дані, передбачені у п.1.12 Положення про дематеріалізацію. У більш скороченому варіанті повинна містити наступне:

- повідомлення про проведені збори;
- повідомлення про ухвалені рішення щодо дематеріалізації випуску;
- інформація про випуск;
- реквізити випуску;
- повідомлення про дату припинення ведення реєстру акціонерів;
- реквізити депозитарію;
- реквізити зберігача;
- повідомлення про необхідність укладення договору емітента зі зберігачем;
- повідомлення про право акціонерів самостійно обирати зберігача.

4. *Здійняти в ДКЦПФР заміну свідоцтва про реєстрацію випуску іменних акцій документарної форми існування на свідоцтво про реєстрацію випуску акцій у бездокументарній формі існування.* Це положення передбачає необхідність подання до ДКЦПФР пакету документів для заміни свідоцтва про випуск цінних паперів. Їх форма та перелік, як уже вказувалось містяться у Додатку 1 Рішення ДКЦПФР Про затвердження Положення про порядок заміни свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) емісійних цінних паперів у зв'язку зі зміною найменування акціонерного товариства, зареєстрованого Мініюстром 30.12.2009 р. та Р.2 цього Положення (зокрема, заява про заміну свідоцтва; протокол, копія протоколу ЗЗ, або виписка з нього; зареєстровані зміни до статуту у вигляді ореного додатка, чи статут в новій редакції (їх копії, нотаріально засвідчені) і т. ін.).

При цьому, слід також брати до уваги строки: товариство має подати документи для заміни свідоцтва (свідоцтв) *не пізніше 60 календарних днів з дати державної реєстрації* органам державної реєстрації змін до статуту товариства, пов'язаних зі зміною його найменування (п.5). Заміна свідоцтва (свідоцтв) оформлюється відповідним рішенням Комісії, на підставі якого структурним підрозділом центрального апарату Комісії або відповідним територіальним органом Комісії оформлюється (-ються) та видається (-ються) свідоцтво (-цтва) про реєстрацію випуску (-ків) емісійних цінних паперів встановленого зразка. Разом з тим всі дані повинні відповідати раніше виданому свідоцтву (кількість, тип, клас тощо); а в новому – зазначається дата видачі свідоцтва (-тв), якою є дата прийняття рішення про заміну свідоцтва (-цтв), та запис про втрату чинності раніше виданим (-ми) свідоцтвом (-вами) про реєстрацію випуску (-ків) емісійних цінних паперів.

При цьому слід мати на увазі, що протягом 45-60 днів співіснують свідоцтво про випуск акцій у бездокументарній формі та акції у документарній формі. З цього приводу існує думка практика, щодо необхідності скорочення терміну кінцевої дати закриття реєстру акціонерів з моменту заміни свідоцтва про випуск у ДКЦПФР [7], що видається більш логічним.

5. *Забезпечити припинення обслуговування випуску акцій документарної форми існування у реєстроутримувача в системі реєстру власників іменних цінних паперів та переведення обліку прав власності на акції у бездокументарній формі до зберігача.* Після отримання нового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій в бездокументарній формі та не пізніше *5 робочих днів*, з дати отримання свідоцтва необхідно подати реєстратору пакет документів для припинення ведення реєстру акціонерів; а в строк не пізніше, ніж за 10 календарних днів до дати припинення ведення реєстру акціонерів необхідно укласти договір з депозитарієм на обслуговування емісії.

Передача реєстру від реєстроутримувача до зберігача здійснюється у присутності уповноваженої особи емітента на підставі акта прийому-передачі. Вказаний акт складається у п'яти примірниках, підписується та засвідчується печатками

реєстроутримувача, емітента та зберігача. Один примірник акта надається реєстратору, другий – емітенту, третій – зберігачу, четвертий – депозитарію та п'ятий – Національному депозитарію України. Дата складання зазначеного акту є датою передачі реєстру.

Реєстратор здійснює передачу реєстру за умови оплати емітентом послуг щодо ведення системи реєстру та його передачі, якщо інше не передбачено договором про ведення реєстру власників іменних цінних паперів (п.3.6 Положення).

На даному етапі процедура дематеріалізації передбачає й оформлення глобального сертифікату. Протягом трьох робочих днів від дати передачі реєстру реєстроутримувачем емітент повинен оформити його відповідно до вимог законодавства та подати до депозитарію пакет документів, передбачений п.4.1 Положення (глобальний сертифікат випуску, що дематеріалізується, копію свідоцтва про реєстрацію випуску акцій, що дематеріалізується, засвідчену органом, що видає свідоцтво, або в нотаріальному порядку; розпорядження про зарахування акцій випуску, що дематеріалізується іт. ін.). Після цього необхідно отримати у депозитарію завірену копію глобального сертифікату з датою депонування. В строк - не пізніше за 3 календарні дні з дати депонування глобального сертифікату – відкрити рахунки власникам акцій у зберігача і зарахувати на рахунки акції. В строк – не пізніше 5 календарних днів з дати депонування глобального сертифікату подати реєстратору завірену копію глобального сертифікату.

Продовжуючи питання витрат (додаткових і не передбачених), яких потребує процедура дематеріалізації слід відзначити, що відомими є випадки, коли недобросовісні спеціалісти зустрічаються і серед реєстраторів цінних паперів, і серед зберігачів. Як відзначає фахівець Національного депозитарію України, нещодавно один із реєстраторів вимагав від емітента за передачу реєстру до зберігача декілька десятків тисяч гривень. Щодо зберігачів, то через два місяці після проведення дематеріалізації і підписання договору один із них підняв ціни в десять разів [6]. Цілком очевидно, що при спливі строків для проведення дематеріалізації, це може бути ще більша ціна для емітента, ніж про це зазначає спеціаліст, і можливо ця ціна буде вважатися нормальною. Адже тоді зберігачам доведеться встигати виконувати ще більший обсяг робіт (працювати понаднормово), і брати за це звичайну плату ніхто з них не захоче. Користуватись можливістю "заробити" будуть усі. Тому, перед укладенням договору емітентам необхідно уважно читати умови договорів, особливо в частині оплати послуг і намагатись поторгуватись. Хоча це не можна розглядати як факт уникнення таких зловживань.

Поza межами належної правової регламентації залишається низка важливих питань. Наприклад, щодо продажу акцій у цей період. Адже тут можуть виникнути проблеми внаслідок придбання акцій безпосередньо перед датою закриття реєстру акціонерів. Як у такому випадку покупцеві набути право власності на акції (особливо це актуально в сучасних умовах масового продажу акцій)? Або яким чином можна реалізувати своє право власності на акції при відсутності можливості особисто з'явитися до зберігача для укладення договору та можливості оплатити його послуги (особа перебуває за кордоном і т.ін.)?

6. *Забезпечити відкриття зберігачем рахунків у цінних паперах власникам іменних цінних паперів випуску, що дематеріалізується.* Для забезпечення обліку прав власності на акції випуску, що дематеріалізується, на рахунках у цінних паперах у зберігача емітент повинен укласти з обраним ним зберігачем договір про відкриття рахунків у цінних паперах власникам, які були зареєстрованими особами у реєстрі власників іменних цінних паперів на дату припинення ведення реєстру. Для відкриття рахунків емітент не пізніше трьох днів після депонування глобального сертифікату

випуску повинен надати зберігачу розпорядження на відкриття рахунків у цінних паперах та зарахування на них акцій.

Зберігач повинен виконати розпорядження емітента (передбачені п.5.4), не пізніше двох місяців з дати отримання таких розпоряджень. Слід відзначити, що *відкриття та ведення рахунків у цінних паперах, зберігання акцій на цих рахунках здійснюється за рахунок емітента до моменту переукладення договору про відкриття рахунку в цінних паперах, власником цінних паперів та зберігачем*. Надалі акціонер вимушений буде оплачувати послуги зберігача самостійно.

Найбільших проблем тут очікують при відкритті рахунку в цінних паперах власникам акцій випуску, що дематеріалізуються (див. п.5.5). Адже для його відкриття необхідним документом є картка зі зразком підпису власника рахунку, посвідчена нотаріально. А оскільки в багатьох АТ серед акціонерів є значна кількість "мертвих душ", то може виявитись, що провести процес дематеріалізації просто неможливо. Яким буде вихід із даної ситуації – по-сьогодні не зрозуміло. Проте, на думку Максимі Лібанова є декілька можливих варіантів вирішення вказаної проблеми:

1. Емітент за рахунок власних коштів відкриває рахунки на всіх акціонерів, в т.ч. і на "мертвих душ". Зберігач у такому випадку веде ті ж рахунки, що й реєстратор, і у випадку, якщо акціонери, або їх спадкоємці з'являться, вони зможуть безперешкодно розпоряджатися своїми акціями.

2. Їх акції в судовому порядку визнаються безхазайним майном і переходять у власність АТ, яке потім зможе продати їх іншим акціонерам.

3. Вони визнаються в судовому порядку втраченими і анулюються. Статутний фонд – зменшується на суму анульованих акцій [8].

Висновки. Характеризувати скрутне становище акціонерних товариств на даному етапі можна буде ще не один раз, оскільки наведені проблеми не є вичерпними, і буде мати місце їх "прогресивне" продовження. Задля їх уникнення вже давно необхідно було подумати про те, яким чином встановити взаємодію між акціонерним товариством, депозитарієм, зберігачем та акціонерами, щоб унеможливити затягування встановлених строків та допущення будь-яких помилок на різних етапах цього процесу. На сьогодні ж можна лише констатувати, що прописаний у Положенні про дематеріалізацію порядок, наповнений значною кількістю строків, яких необхідно додержуватись, а чіткого та послідовного порядку для їх виконання немає; так само, як і вказівок про можливість настання певних проблем на практиці. Акціонерним товариствам значно допомогли би чіткі та послідовні роз'яснення ДКЦПФР щодо виконання цієї процедури, чи зразковий план дій. Адже вже 30 жовтня 2010 р. може виникнути ситуація, коли переважна їх більшість стане порушниками норм Закону "Про акціонерні товариства", а ДКЦПФР буде змушена вводити штрафні санкції. А вони суворі – до 17 тисяч гривень. Це ще одні можливі та значні витрати.

Для уникнення цих санкцій орган, який покликаний виконувати контролюючу, регулятивну, превентивну та охоронну функцію держави повинен якнайшвидше подати до Верховної Ради України пропозиції щодо внесення змін до цього Закону із зазначенням строків для відтермінування кінцевої дати (30.10.10 р.) дематеріалізації акцій; а на самі АТ – можна спочатку накласти санкції у вигляді попередження і зобов'язати їх усунути дані порушення. У протилежному випадку про державну підтримку цього процесу взагалі не може бути мови; а для ведення малого та середнього бізнесу в Україні просто не залишиться місця.

Враховуючи зарубіжний досвід, слід відзначити, що в країнах Західної Європи, де корпоративні відносини розвинуті значно краще, дематеріалізований облік цінних паперів було введено шляхом реалізації програм державної підтримки знищення документарних сертифікатів і переведення цінних паперів на електронні носії в

комп'ютерній системі обліку. Наприклад, в 1985-1986 роках у Франції була реалізована державна програма, відома як "план Перузо". Французький приклад наслідували Данія і деякі інші країни. Централізоване забезпечення депозитарної системи в цих країнах призводило до стимулювання ринку, зростала кількість інвесторів та інвестицій. Однак українська ситуація значно відрізняється від західноєвропейської [9]. А розглянута ситуація лише відображає реальний стан речей.

1. Закон України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50-51. – Ст. 384.
2. Рішення ДКШФР Про затвердження Положення про порядок заміни свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) емісійних цінних паперів у зв'язку зі зміною найменування акціонерного товариства від 30.12.2009 №1638 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
3. Рішення ДКШФР Про затвердження Положення про порядок переведення випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму існування (із змінами, внесеними від 29.08.2008 р.). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
4. Дематеріалізація цінних паперів: проблеми та шляхи їх вирішення [Електронний ресурс] / Юлія Морозенко – Режим доступу: <http://smi.liga.net/articles/IT104648.html> - Правовий тиждень, №33, 19 серпня 2010 р.
5. Закон України "Про господарські товариства від 19.09.1991 р. № 1577-XII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon1.rada.gov.ua>
6. Бездокументарные акции: морозка на два года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mcmover.com/?p=374>
7. Судний день для АТ [Електронний ресурс] / Вікторія Ковальова – Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/markets/2010/07/27/>
8. Трудности переходного периода [Електронний ресурс] / Евгений Даниленко - Режим доступу: <http://news.ligazakon.ua/news/2009>.
9. Плюс дематеріалізація всієї країни [Електронний ресурс] / Артем Святненко - Режим доступу: <http://www.zn.ua/editorial/fund/>

Саракун І. В. Порядок та строки переведення акцій на бездокументарну форму існування

У даному дослідженні розглянуто актуальні питання, що пов'язані з переходом акціонерних товариств від документарної форми існування акцій на бездокументарну. Проведено аналіз порядку та строків дематеріалізації акцій та зроблено певні висновки і коментарі щодо конкретних етапів цього складного процесу.

Ключові слова: дематеріалізація, бездокументарна форма існування акцій, строки, порядок переведення акцій.

Саракун И. В. Порядок и сроки перевода акций на бездокументную форму существования

В данном исследовании рассмотрены актуальные вопросы, которые связаны с переходом акционерных обществ от документарной формы существования акций на бездокументарную. Проведено анализ порядка действий и сроков дематеріалізації акцій и сделано определенные выводы и комментарии этапов этого сложного процесса.

Ключевые слова: дематеріалізація, бездокументарна форма существования акцій, сроки, порядок перевода акцій.

Pressing questions which are related to the transition of joint-stock companies from the document form of existence of actions on book-entry form are considered in this research. The analysis of order and terms of dematerialization of actions is conducted and certain conclusions and comments are done in relation to the concrete stages of this difficult process.

Keywords: undocumented form of existence of actions, terms, order of translation of actions.

Слома В. М.

Спадковий договір за законодавством України

УДК 347.682

Право власності є одним із найважливіших, базових, основних прав. Усі інші права є похідними від нього (право володіння, право застави) або ґрунтуються на ньому (зобов'язальні права з передачі майна у власність чи користування) [1, с. 6-7].

Юридичні факти, на підставі яких виникає право власності, поділяються на первісні та похідні. Найбільш поширеними похідними підставами набуття права власності є правочини, особливе місце серед яких належить спадковому договору.

Аналіз останніх наукових публікацій свідчить про те, що дослідженню даного правового інституту приділяється певна увага. Разом з тим, варто зазначити, що існують питання, які вимагають подальшого наукового дослідження.

Метою статті є дослідження правової природи спадкового договору як однієї з підстав набуття права власності.

Відповідно до ст. 1302 ЦК України за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача.

Своїм становленням інститут спадкового договору винен, головним чином, романістичній літературі. Фундаментальні положення цього цікавого правового явища найбільш ретельно опрацьовані німецькою і певною мірою французькою доктриною. Спадковий договір отримав своє визнання з часів рецепції римського приватного права [2, с. 118].

Варто зазначити, що, оскільки, спадковий договір є новим цивілістичним інститутом для України, він отримав неоднозначну характеристику у юридичній літературі.

Існує думка, що спадковий договір обмежує можливість відчужувача розпоряджатися за життя своїм майном..., обмежує обсяг цивільної правоздатності особи, а договір є недійсним з моменту його укладення [3, с. 632].

Проте даний договір не позбавляє особу правоздатності. Право на обов'язкову частку не може виникнути до моменту смерті спадкодавця. До цього часу може існувати лише надія на одержання цієї частки, яка може зникнути у зв'язку з укладенням не лише спадкового договору, а й договорів дарування, купівлі-продажу чи довічного утримання [4, с. 946].

Як правильно зазначає Л. К. Буркацький, вчинення в установленому законом порядку спадкового договору не розхитує принципи цивільно-правових відносин і не позбавляє цивільної правоздатності будь-яку сторону в договорі, а, навпаки, розширює свободу вибору фізичної особи щодо розпорядження за життя своїм майном [5, с. 14].

Дискусії виникають також щодо визначення правової природи даного договору. Так, С. В. Мазуренко вважає, що спадковий договір є двостороннім, реальним і консенсуальним, оплатним [6, с. 1046].

На думку Р. А. Майданика спадковий договір є одностороннім, консенсуальним, безоплатним або оплатним, алеаторним, особистого характеру, довготривалим, з ускладненим порядком зміни і розірвання правочином з надання послуг під умову відчуження на користь набувача належного відчужувачеві майна на випадок його смерті [7, с. 357].

О. С. Захарова визначає спадковий договір як двосторонній договір та односторонній правочин. Даний договір є одностороннім оскільки лише набувач зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони – відчужувача. Відчужувач у спадковому договорі наділяється лише правом вимоги до набувача [8, с. 25].

Автор приєднується до тих авторів публікацій, які вважають спадковий договір одностороннім, консенсуальним, оплатним правочином.

Даний договір є одностороннім, оскільки обов'язок виконувати розпорядження відчужувача виникає лише у набувача за договором. І, як вірно зазначає Л. К. Буркацький, односторонній правочин може створювати обов'язки для особи, яка його вчинила. Втім, і на інших осіб можуть покладатись обов'язки за умови домовленості з цими особами або у випадках, встановлених законом. Отже, покладення обов'язку на другу сторону за певних умов не змінює характеру одностороннього правочину [5, с. 13].

Права та обов'язки сторін за спадковим договором виникають з моменту досягнення згоди щодо всіх істотних умов договору, тому він є консенсуальним.

Спадковий договір за своєю сутністю є відплатним договором, отже, не встановлення угодою сторін таких умов, як покладення на набувача обов'язку вчинити певні дії, свідчить про відсутність самого спадкового договору [9, с. 112].

Відчужувачем у договорі може бути подружжя, один з подружжя або інша особа. Як випливає із визначення спадкового договору у ст. 1302 ЦК України відчужувачем може бути лише фізична особа. У зв'язку з цим, ми погоджуємось з позицією О. В. Оніщенко стосовно того, що визначаючи відчужувачів спадкового договору доцільно використовувати термін “фізична особа”, а не “інша особа” [10, с. 4].

С. В. Мазуренко вказує, що відчужувачем може бути повністю дієздатна фізична особа. Укладення договору недієздатною особою, обмежено дієздатною, внаслідок зловживання спиртними напоями або наркотичними засобами або такою, що визнана недієздатною внаслідок психічного розладу служить безумовною підставою для визнання угоди недійсною [6, с. 1047].

Проте, оскільки у ст. 1303 ЦК України не вказано, що відчужувачем може бути фізична особа з повною цивільною дієздатністю, можна припустити, що відчужувачем у спадковому договорі може бути фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я, від імені якої буде діяти представник. Разом з тим, оскільки даний договір тісно пов'язаний саме з особою відчужувача, його укладення не може здійснюватись через представника. Тому, на нашу думку, доцільно було б викласти ч. 1 ст. 1303 ЦК України у наступній редакції: “Відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша фізична особа з повною цивільною дієздатністю”.

Що стосується набувача у спадковому договорі, то відповідно до ч. 2 ст. 1303 ЦК України ним може бути фізична особа з повною дієздатністю або юридична особа. Юридична особа може бути набувачем у спадковому договорі за умови, що даний договір не суперечить меті її діяльності, визначеної в установчих документах.

Спадковий договір укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. Відповідно до ст. 220 ЦК України недодержання нотаріальної форми договору тягне його нікчемність.

Ст. 203 ЦК України визначає, що зміст правочину не може суперечити моральним засадам суспільства. Даний критерій, на думку ряду вчених, є досить спірним, і може

призвести до необхідності проведення експертних досліджень щодо відповідності змісту спадкового договору моральним засадам суспільства. Зокрема, укладення спадкового договору не на користь неприцездатних спадкоємців за законом навряд чи можна узгодити з моральними принципами українського суспільства. Так, за ч. 2 ст. 59 СК при розпорядженні свої майном дружина, чоловік зобов'язані враховувати інтереси дитини, інших членів сім'ї, які відповідно до законодавства мають право користуватися ним. З огляду на цей припис нотаріус не вправі посвідчити спадковий договір щодо нерухомості відчужувача, якщо у цьому договорі не враховані інтереси дитини та інших зазначених у законі осіб, які виступають користувачами цієї нерухомості [11, с. 1078].

Предметом спадкового договору, з одного боку, є майно, на яке після смерті відчужувача набуває право власності набувач, а з іншого – ті дії, до вчинення яких за договором зобов'язується набувач [12, с. 40]. Варто зазначити, що відчужувач може передавати за договором лише те майно, власником якого він є на момент укладення спадкового договору.

Чинним законодавством неврегульовані питання щодо того, яке саме майно може бути предметом спадкового договору та співвідношення вартості цього майна до вартості послуг, що надаватимуться набувачем, тому вважається, що предметом договору може бути будь-яке коштовне майно, а адекватність його вартості та вартості послуг не є обов'язковою умовою договору [13].

Якщо укласти спадковий договір бажать особи, які є співвласниками певного майна (спільна часткова власність), кожен із них має укласти окремий договір щодо своєї частки [4, с. 965].

Предметом спадкового договору може бути майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, а також майно, яке є особистою власністю будь-кого з подружжя (ч. 1 ст. 1306 ЦК України). Відповідно до ч. 1 ст. 65 СК України дружина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя за взаємною згодою. При укладенні одним із подружжя спадкового договору згода другого з подружжя повинна бути подана у письмовій формі і нотаріально посвідчена.

Що стосується майна, яке є особистою приватною власністю дружини та чоловіка, то воно може бути предметом спадкового договору без згоди іншого з подружжя. Даний висновок випливає зі змісту ст. 57 СК України.

С. В. Мазуренко зазначає, що спадковий договір може бути посвідчений без згоди другого з подружжя, коли останній не проживає за місцезнаходженням майна і місце проживання його невідоме. На підтвердження цієї обставини повинна бути подана копія рішення суду, яке набрало законної сили [9, с. 113].

Ч. 2 ст. 1306 ЦК України встановлює поступове спадкування: у разі смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого, а в разі смерті останнього з подружжя майно переходить до набувача майна за договором.

Право власності на майно, яке є предметом спадкового договору, залишається за відчужувачем. Але зміст цього права обмежується, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 1307 ЦК України на майно, визначене у спадковому договорі, нотаріус, який посвідчив цей договір, накладає заборону відчуження. Отже, з моменту укладення договору відчужувач має право володіти та користуватися майном, яке є предметом договору, але не має права ним розпоряджатися. Таким чином, відчужувач не може укладати стосовно даного майна договори купівлі-продажу, дарування, міни, довічного утримання, але йому не заборонено передавати дане майно в користування іншим особам або у заставу для забезпечення належного виконання цивільно-правового зобов'язання, оскільки у даних випадках він залишається власником переданого майна. Проте, варто зазначити, що у вище вказаних випадках виникає загроза для

інтересів набувача за спадковим договором. У зв'язку з цим підтримуємо позицію О. С. Яворської, яка зазначає, що ч. 1 ст. 1307 ЦК України потребує уточнення: відчужувач не має права на час дії спадкового договору продавати, дарувати, міняти майно, укладати щодо нього договір застави, передавати його у власність іншій особі на підставі іншого правочину" [1, с. 78].

Оскільки правовий режим майна уже визначений у спадковому договорі, то таке майно не може бути предметом заповіту (ч. 2 ст. 1307 ЦК України).

Право власності на майно у набувача виникає у момент смерті відчужувача. Проте, якщо предметом спадкового договору є нерухоме майно, то право власності у набувача виникає з моменту державної реєстрації прав на це майно (ст. 182 ЦК України).

Відповідно до ст. 1308 ЦК України спадковий договір може бути розірвано судом на вимогу відчужувача або набувача. Строк позовної давності для розірвання спадкового договору становить 3 роки з моменту виявлення порушень щодо виконання умов спадкового договору.

Варто зазначити, що спадковий договір має деякі схожі зовнішні ознаки з договором довічного утримання (догляду). Разом з тим ці договори істотно відрізняються між собою.

Відповідно до ст. 744 ЦК України за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом.

Із самого визначення договору довічного утримання (догляду) випливає, що сторони пов'язані взаємними зобов'язаннями. Набувач зобов'язаний за життя відчужувача утримувати його, а останній передає набувачу у власність нерухоме або рухоме майно, яке переходить набувачу з моменту його нотаріального посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту такої реєстрації (ч. 3,4 ст. 334 ЦК України). При укладенні ж спадкового договору набувач стає власником майна тільки після смерті відчужувача.

На відміну від сторін у договорі довічного утримання, відчужувачем у спадковому договорі може бути не будь-яка фізична особа, а тільки та, яка відповідає загальним вимогам СК щодо шлюбного віку (ст. ст. 22,23 СК), а також не входить до кола осіб, шлюб з якими СК визнає недійсним (ч.1-3 ст. 39) [11, с. 1077].

Отже, спадковий договір є різновидом цивільно-правових договорів та однією з підстав виникнення права власності. Проте ще багато питань, пов'язаних з його правовою природою залишаються невирішеними або дискусійними, у зв'язку з чим вимагають подальшого наукового дослідження.

1. Яворська О. С. Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2008. – 256 с.
2. Васильченко В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права // Право України. – 2003. – № 6. – С. 118.
3. Цивільне право України: Підручник. Кн. 2 / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е видання. – К.: Юрінком Інтер, 2005.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коосака. – К.: Істина, 2004. – 976 с.
5. Буркацький Л. К. Поняття і проблеми спадкового договору // Адвокат. – 2006. – № 12. – С. 13-14.

6. Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. – Одеса: Юридична література, 2003. – 1080 с.
7. Аномалії у цивільному праві України: Навч.-практ. посібник / Відп. ред. Р. А. Майданик. – К.: Юстиніан, 2007. – 912 с.
8. Захарова О. С. Спадковий договір за новим Цивільним кодексом України (коментар до законодавства) // Адвокат. – 2007. – № 3. – С. 25-27.
9. Мазуренко С. Особливості укладення спадкового договору // Право України. – 2004. – № 2. – С. 112.
10. Оніщенко О. В. Деякі питання правового регулювання суб'єктного складу спадкового договору // Юриспруденція. Теорія і практика. – 2007. – № 10. – С. 2-6.
11. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. II. – 1088 с.
12. Шама Н. П. Зміст спадкового договору // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Вип. 9. – С. 40-46.
13. Онішук М. В. Спадковий договір // www.minjst.gov.ua.

Слома В. М. Спадковий договір за законодавством України

У статті автор досліджує правову природу спадкового договору, аналізує особливості даного договору. Також в статті досліджуються деякі проблеми, які пов'язані з визначенням місця спадкового договору в системі договірної права.

Ключові слова: спадковий договір, сторони договору, зміст договору.

Слома В. М. Наследственный договор по законодательству Украины

В статье автор исследует правовую природу наследственного договора, анализирует особенности данного договора. Также в статье исследуются некоторые проблемы, связанные с определением места наследственного договора в системе договорного права.

Ключевые слова: наследственный договор, стороны договора, содержание договора.

Sloma V.M. Hereditary Contract In According To The Ukrainian's Legislation

In the article the author research the legal disposition of hereditary contract, analyses the feature and thing of this contract. Also in the article remembered some problems, which connect with determination of the place hereditary contract in the system of contract law.

Keywords: hereditary contract, sides of agreement, maintenance of agreement.

Сохон В. В.

Суб'єкти корпоративних правовідносин

УДК 347.191.1

Питанню участі осіб у корпоративних правовідносинах приділяється сьогодні дуже багато уваги. Це пов'язано, насамперед, з великою кількістю невирішених проблем, які нагромадилися з часу прийняття Закону України "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991р., і пов'язані з суперечностями, викликаними неузгодженістю норм Цивільного, Господарського кодексів України та Закону "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців" від 15 травня 2003 р.

Недостатня законодавча врегульованість корпоративних правовідносин, відсутність тлумачення на законодавчому рівні спеціальної термінології, застарілість окремих нормативно-правових актів, а також непослідовність господарської і судової практики в застосуванні норм корпоративного законодавства негативно позначається на захисті корпоративних прав і інтересів самих товариств та їх учасників.

Як справедливо зазначає О. Р. Кібенко, "сучасне корпоративне право України являє собою залпунатий та суперечливий конгломерат нормативних приписів, результатом яких є відсутність визначеності практично у будь-якій сфері регулювання" [1].

У правовій науці до цього часу немає навіть чітко визначеного поняття учасника (суб'єкта) корпоративних правовідносин. Проте існує велика кількість найрізноманітніших підходів до визначення корпоративних правовідносин, які, в свою чергу, кожного разу зумовлюють різний склад їх учасників.

Багато уваги дослідженню корпоративних правовідносин приділяли такі відомі науковці, як: О. М. Вінник, В. А. Васильєва, В. С. Кононов, О. Р. Кібенко, Н. С. Кузнецова, В. С. Щербина, В. А. Белов, Д. М. Притика, І. Б. Шидький, В. Т. Маляренко, В. Г. Ротань, В. В. Луць та інші.

Слід зазначити, що визначення суб'єктного складу корпоративних правовідносин має, крім теоретичного, ще й практичне значення, тому що воно носить кваліфікуючий характер, що дає можливість окремим суб'єктам захистити свої порушені права, що виникають з таких відносин, в тому числі, і у судовому порядку. Виходячи з актуальності названих проблем, спробуємо, передусім, дати визначення поняттю корпоративних правовідносин, встановити коло суб'єктів, яких слід вважати їх учасниками, а також проаналізувати характер участі суб'єктів у цих відносинах.

Відповідно до змісту норми ч.1,3 ст. 167 Господарського кодексу України (надалі - ГК України) під корпоративними правовідносинами слід розуміти відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав як прав особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами[2].

У літературі можна зустріти різні визначення корпоративних правовідносин. Автори, котрі торкалися цієї проблеми, корпоративними вважають відносини:

1) за участю безпосередніх (засновники, учасники, саме товариство, його органи) та опосередкованих учасників (кредитори, споживачі, наймані працівники, облігаціонери товариства, територіальна громада, держава в особі уповноважених органів), що виникають у процесі створення, функціонування та припинення господарських товариств і забезпечують збалансовану реалізацію інтересів зазначених осіб (О. М. Вінник) [3];

2) між учасниками (засновниками) та товариством і між самими учасниками (засновниками), які складаються щодо набуття, здійснення та припинення корпоративних прав (І. Б. Саракун) [4];

3) це відносини, які включають в себе відносини між людьми, пов'язані 1) з визначенням спільних цілей, 2) з виявленням засобів їх досягнення і 3) здійснення спільних дій у відповідності до визначених позицій по цілям і засобах (В. А. Белова) [5]

На думку Н. С. Кузнецової, "у доктрині можна виділити два загальних підходи до визначення корпоративних відносин: широкий і вузький. У широкому розумінні корпоративними відносинами розглядаються всі правовідносини, де одним із учасників виступає корпорація як організаційно-правова форма юридичної особи, що здійснює

підприємницьку діяльність. У вузькому (власному) розумінні – це зобов'язальні відносини між корпорацією (її органами) та учасниками з приводу управління, ведення справ, надання інформації тощо” [6].

Така різноманітність підходів є результатом недосконалості законодавчого визначення, адже згідно до нього будь-які суспільні відносини, об'єктом яких є корпоративні права слід вважати корпоративними.

Вирішенням цієї проблеми могло би стати чітке визначення суб'єктного складу корпоративних правовідносин, але законодавча неврегульованість цього питання і різноманітність думок вчених ускладнює вирішення і цього питання.

Так деякі вчені застосовують словосполучення “суб'єкт корпоративних правовідносин” щодо осіб (фізичних чи юридичних, а також інших суб'єктів цивільного права) тією мірою, якою вони можуть виступати (виступають) учасниками (засновниками) господарських товариств. А саме: 1) якщо вони є власниками акцій чи володіють часткою (вкладом, паєм) у статутному фонді (капіталі / складеному капіталі) підприємницького товариства; б) якщо їх майнові та інші корпоративні права підтверджуються відповідним документом.

О. М. Вінник вважає, що суб'єктами корпоративних правовідносин можуть бути учасники, товариство, органи юридичної особи, її посадові особи, а в персональних товариствах - уповноважені учасники.

Іншим є погляд В. М. Кравчука, який суб'єктів корпоративних правовідносин поділяє на три види: 1) товариство (за ГК - господарська організація); 2) учасники; 3) інші особи (треті особи)[7].

Особливо доцільним нам видається поділ суб'єктів корпоративних правовідносин на внутрішньокорпоративних та зовнішньокорпоративних, за критерієм основного та додаткового суб'єктного складу таких відносин.

Серед учасників корпоративних відносин слід розрізняти: 1) юридичних осіб; 2) фізичних осіб; 3) державу. У кожній із вищевказаних груп, є учасники, як внутрішньокорпоративних (учасники основного складу), так і зовнішньокорпоративних (учасники додаткового складу) відносин.

До основного складу у групі юридичних осіб учасників пропонуємо відносити: 1) господарські товариства (їх об'єднання) як власників корпоративних прав, в тому числі і таких, що вибули; 2) господарські організації, у майні яких визначається частка інших осіб; 3) інших юридичних осіб, корпоративні права яких порушено, оспорено або не визнано.

На нашу думку, до додаткового складу учасників у групі юридичних осіб доцільно включити: 1) уповноваженого з питань управління корпоративними правами держави – юридичну особу; 2) Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку; 3) реєстраторів прав власників іменних цінних паперів; 4) господарські суди усіх інстанцій.

У групі фізичних осіб-учасників корпоративних правовідносин до основного складу слід зарахувати: 1) учасників господарських організацій фізичних осіб (засновників, акціонерів, вкладників), в тому числі і таких, що вибули; 2) інших фізичних осіб, корпоративні права яких порушено, оспорено або не визнано, а до додаткового складу – 1) уповноваженого з питань управління корпоративними правами держави – фізичну особу.

На особливу правову увагу заслуговує, на нашу думку, держава як учасника корпоративних правовідносин, в особі її спеціально уповноважених органів та установ. Держава може виступати одночасно у якості учасника основного складу, при розгляді її як власника корпоративних прав, а також як учасника додаткового складу, в особі уповноважених органів та установ, які, згідно закону, уповноважені виконувати ряд функцій щодо власників корпоративних прав, але не мають при цьому майнового

інтересу у корпоративних правовідносинах, що виникають між учасниками основного складу.

Відповідно до ст. 168 ГК України:

"1. Корпоративні права держави здійснюються визначеними законом центральними органами виконавчої влади та уповноваженими особами в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

2. Центральні органи виконавчої влади та уповноважені особи:

здійснюють правомочності щодо участі в управлінні господарською організацією відповідно до частки (акцій, паїв) держави у статутному фонді цієї організації;

ведуть реєстр державних корпоративних прав;

проводять оцінку державних корпоративних прав;

здійснюють контроль за ефективністю роботи господарської організації у частині реалізації належних державі корпоративних прав.

3. Правомочності з управління корпоративними правами держави здійснюються безпосередньо відповідними органами виконавчої влади у разі якщо:

держава має сто відсотків часток (акцій) у статутному фонді господарської організації;

суб'єкт господарювання, щодо якого здійснюються корпоративні права держави, бере участь у державних та регіональних програмах, що фінансуються з Державного бюджету України;

не відбувся конкурс з призначення уповноваженої особи через відсутність претендентів, або якщо пропозиції конкурсантів не відповідають умовам конкурсу;

в інших випадках, передбачених законом.

У решті випадків управління корпоративними правами держави здійснюються із залученням уповноваженої особи.[2]"

До спеціально уповноважених органів, які є учасниками додаткового складу корпоративних правовідносин, необхідно віднести Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку. Згідно ст. 171 ГК України, реєстром корпоративних прав держави займається центральний орган виконавчої влади, уповноважений Кабінетом Міністрів України для здійснення необхідних заходів з управління корпоративними правами держави, координації діяльності органів виконавчої влади у цій сфері та надання необхідних відомостей іншим органам державної влади, відповідно до законодавства формує і веде реєстр корпоративних прав держави.

Таким органом, згідно Указу президента України "Про питання державної комісії з цінних паперів та фондового ринку" та ст. 3 "Положення про Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку", затвердженого Указом Президента від 22 вересня 2002 року, є Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку – центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом, підпорядкованим Президентові України і підзвітним Верховній раді України, який щорічно доповідає Президентові України про стан розвитку фондового ринку. До її основних завдань належать: 1) формування та забезпечення реалізації єдиної державної політики щодо розвитку і функціонування ринку цінних паперів та їх похідних в Україні, сприяння адаптації національного ринку цінних паперів до міжнародних стандартів; 2) координація діяльності державних органів з питань функціонування в Україні ринку цінних паперів та їх похідних; 3) здійснення державного регулювання та контролю за випуском і обігом цінних паперів та їх похідних на території України, дотримання вимог законодавства у цій сфері; 4) захист прав інвесторів шляхом здійснення заходів щодо запобігання і припинення порушень законодавства на ринку цінних паперів, застосування санкцій за порушення законодавства у межах своїх повноважень; 5) сприяння розвитку ринку цінних паперів; 6) узагальнення практики застосування законодавства України з питань випуску та

обігу цінних паперів в Україні, розробка пропозицій щодо його вдосконалення; 7) здійснення державного регулювання та контролю у сфері спільного інвестування. Підсумовуючи вищесказане, можна зробити наступні висновки:

1. Субjekтами корпоративних правовідносин є будь-які особи, що на підставі певних юридичних фактів стають учасниками юридичних осіб корпоративного типу. Це зокрема фізичні особи, юридичні особи, територіальні громади, держава.

2. У кожній із вищесказаних груп, є учасники, як внутрішньокорпоративних (учасники основного складу), так і зовнішньокорпоративних (учасники додаткового складу) відносин.

До основного складу у групі юридичних осіб учасників пропонуємо відносити: 1) господарські товариства (їх об'єднання) як власників корпоративних прав, в тому числі і таких, що вибули; 2) господарські організації, у майні яких визначається частка інших осіб; 3) інших юридичних осіб, корпоративні права яких порушено, оспорено або не визнано.

На нашу думку, до додаткового складу учасників у групі юридичних осіб доцільно включити: 1) уповноваженого з питань управління корпоративними правами держави – юридичну особу; 2) Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку; 3) реєстраторів прав власників іменних цінних паперів; 4) господарські суди усіх інстанцій.

У групі фізичних осіб-учасників корпоративних правовідносин до основного складу слід зарахувати: 1) учасників господарських організацій фізичних осіб (засновників, акціонерів, вкладників), в тому числі і таких, що вибули; 2) інших фізичних осіб, корпоративні права яких порушено, оспорено або не визнано, а до додаткового складу – 1) уповноваженого з питань управління корпоративними правами держави – фізичну особу.

1. Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право етапи фундаментальної реформи: перспективи використання Європейського законодавчого досвіду у правовому полі України. Серія: Юридичний Радник. – Х.: Страйд, 2006.
2. Господарський кодекс України: Чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 15 трав. 2007 р. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2007.
3. Вінник, О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах: автореферат дис. на здобуття наук, ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.04 "Господарське право, господарсько-процесуальне право" [Текст] / О. М. Вінник. – К.: Київський національний університет ім. Тараса Шевченка, 2004. – 32 с.
4. Саракун, І. В. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект): дис. на здобуття наук, ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 "Цивільне право і шлюбний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" [Текст] / І. В. Саракун. – К.: НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 2007. – 214 с.
5. Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики [Текст] / под обд. ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2009. – 678 с.
6. Кузнецова Н. С. Поняття, ознаки і класифікація корпоративних спорів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/article?uid=133>
7. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: дис. на здобуття наук, ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.03 "Цивільне право і шлюбний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" [Текст] / В. М. Кравчук. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 405 с.
8. Шербина В. С. Корпоративные правоотношения как предмет правового регулирования / Альманах цивилистики: Сборник статей. вып. 1 / Под ред. Р. А. Майданска. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей "Правова єдність", 2008.

Сохан В. В. Суб'єкти корпоративних правовідносин

У статті проаналізовано погляди різних дослідників щодо визначення корпоративних правовідносин, а також суб'єктів цих правовідносин. На основі цього запропоновано поділити учасників корпоративних правовідносин на внутрішньокорпоративних (учасники основного складу), і зовнішньокорпоративних (учасники додаткового складу).

Ключові слова: корпоративні правовідносини, суб'єкти корпоративних правовідносин, учасники основного і додаткового складу.

Сохан В. В. Субъекты корпоративных правоотношений

В статье проанализированы взгляды различных исследователей относительно определения корпоративных правоотношений, а также субъектов этих правоотношений. На основании этого предложено разделить участников корпоративных правоотношений на внутрикорпоративных (участники основного состава), и внешнекорпоративных (участники дополнительного состава).

Ключевые слова: корпоративные правоотношения, субъекты корпоративных правоотношений, участники основного и дополнительного состава.

Sokhan V.B. Corporate Legal Entities

The article analyzes the views of different researchers on the definition of corporate relations as well as subjects of these relations. Based on the proposed split of participants korporatyvnoh relationship for indoor (members of the basic structure), and zovnishnokorporatyvnyh (participants additional staff).

Keywords: corporate legal entities, corporate legal entities, members of the primary and secondary.

Тонісевич Є. Д.

Сімейно-правова санкція як об'єкт наукових досліджень

УДК 340.130.24 + 347.6

В юридичній науці загально визнано, що особливості будь-яких галузевих санкцій зумовлені специфікою регульованих суспільних відносин і способом дії галузі на ці відносини, тобто предметом і методом правового регулювання. Власне невизнання специфіки сімейно-правових санкцій, ототожнення їх з цивільно-правовими санкціями є результатом недостатньої уваги до цієї проблеми в науковій літературі. Санкції, передбачені сімейним законодавством, є складовою всієї системи правових санкцій. Однак специфіка предмета і метода правового регулювання, яка визначає сімейне право як самостійну галузь права, зумовила особливості санкцій в сімейному праві, їх відмінність від цивільно-правових.

Поняття "санкції" тісно переплітається з такими правовими категоріями, як "відповідальність", "захист", "охорона". Різне розуміння цих понять часто призводить до їх ототожнення. Нерідко "відповідальність" розуміють як "санкцію" і навпаки. Крім того, галузева приналежність санкцій нерідко визначає і їх правову характеристику. Тому метою даної статті є розробка визначення поняття сімейно-правової санкції.

Дослідженням питання санкцій в юридичній науці займалися такі науковці в галузі теорії права, цивільного та сімейного права, як М. В. Антокольська, С. С. Алексєєв, С. М. Братусь, Є. М. Ворожейкін, В. П. Грібанов, Л. М. Звягінцева, О. С. Іоффе, І. С. Каззафарова, Д. М. Кархальов, О. О. Красавчиков, В. В. Лазарев, О. Е. Лейст, М. В. Логвінова, М. С. Малєїн, Г. К. Матвєєв, В. Д. Примак, В. М. Протасов, З. В. Ромовська, А. М. Савицька, Г. А. Свердлов, Е. Л. Страунінг, В. О. Тархов, Р. О. Халфіна, Є. О. Харитонов, О. П. Чіркв та інші.

Та з огляду на динаміку сімейних відносин та потребу в подальшому науковому дослідженні, проблема вироблення єдиного уніфікованого підходу до розуміння поняття санкцій в галузі сімейного права на сьогодні залишається актуальною.

У радянській юридичній літературі значна увага приділялася проблемам санкцій. Проте, багато суперечок і дискусій з приводу поняття санкції носили, по суті, термінологічний характер [1, с. 70-71, 306].

Зокрема, В. Н. Протасов визначав, що санкція – це та частина норми, яка вказує на заходи правового примусу, що настають за порушення диспозиції. При цьому, диспозиція – це елемент, що потребує забезпечення санкцією. Санкція – це елемент, змістом якого є негативні правові наслідки, заходи державного примусу; елемент, спрямований на забезпечення нормальної дії диспозиції [2, с. 76-78].

В теорії права вчені наголошують на тісному зв'язку юридичної відповідальності та санкції. Разом з тим, в літературі простежується тенденція до розмежування цих понять. Вважається, що санкція, як елемент правової норми, передбачає негативні наслідки для правопорушника та існує "... як потенція, що перетворюється в дійсність тільки в результаті правопорушення...". Таким чином, санкція правової норми існує завжди, а юридична відповідальність настає за умови порушення цієї норми. Крім того, юридична відповідальність завжди становить собою певне правове відношення, що складається між правопорушником і потерпілим, що не можна сказати про правову санкцію. Встановлення санкції за порушення положень норми права ще не породжує відношення відповідальності. Виникнення останньої пов'язується з конкретним юридичним фактом. Ці категорії відрізняються між собою і "... в часовому вимірі, а саме часом виникнення відповідальності і моментом застосування санкції... " [3, с. 335-336].

Досліджуючи питання юридичної відповідальності та її співвідношення з поняттям "санкція", А. П. Чірков підкреслював, що санкція є обов'язковим елементом правової норми, хоча може міститися в різних нормативних актах. Оскільки в санкції сконцентровані заходи державного примусу, а вона – невід'ємна частина норми, то слід визнати, що будь-який державний примус, опосередкований правом (правовий примус), завжди є санкцією. Тому, праві ті автори, які розуміють під санкцією усі заходи правового примусу або, інакше кажучи, усі заходи правової охорони [4, с. 16-20, 32-33].

Представники цивільно-правової науки визначають відповідальність як форму державного примусу, пов'язаного із застосуванням санкцій майнового характеру, які спрямовані на відновлення порушених прав та стимулювання нормальних економічних відносин юридично рівноправних учасників цивільного обігу [5, с. 172-173].

Відповідальність у цивільному праві пов'язана із поняттям "санкції". Тому О. Е. Лейст визначав санкцію як засіб державного примусу до виконання (додержання) вимоги норми, загроза примусом на випадок її порушення [6, с. 23].

Дещо іншою є позиція вчених-цивілістів Г. А. Ствердлика і Є. Л. Страунінга, які можливість застосування санкцій не пов'язують із суб'єктивною стороною правопорушення (виною правопорушника), в той час як санкції є необхідною ознакою цивільно-правової відповідальності. Крім того, відповідальність передбачає покладення на порушника додаткових невігідних наслідків. В свою чергу, санкції не завжди пов'язані з додатковими невігідними наслідками. Цим і пояснюється позиція вчених, які наголошують на тому, що саме цивільно-правова відповідальність є різновидом санкцій [7, с. 8-10].

Варто звернути увагу і на те, що в цивільно-правовій науці заходи захисту визначають як передбачені законом санкції, які застосовуються в примусовому порядку або здійснюються добровільно у формі відновлення становища, яке існувало до

порушення, припинення дії, яка порушує право, визнання суб'єктивного права (чи факту) [8]. Таким чином, поняття "санкції" віднесено до правової площини захисту суб'єктивного права чи інтересу та ототожнюється зі способами захисту.

Погоджуємося, що заходи захисту цивільних прав та інтересів містять у собі цивільно-правові санкції (і не тільки їх), а останні, у свою чергу, містять у собі міри відповідальності. Правові категорії захисту, відповідальності та санкцій співвідносяться між собою в такий спосіб: заходи захисту складаються з організаційно-превентивних заходів і цивільно-правових санкцій [9, с. 13].

Отже, слід визнати, що термін "санкція" означає різні правові категорії. По-перше, під санкцією розуміють ту частину норми, яка вказує на заходи державного примусу у разі її невиконання. По-друге, терміном "санкція" позначають заходи впливу на учасників правовідносин, які як пов'язані, так і не пов'язані з примусовою силою держави, але такі, що породжують невідгінні наслідки для зобов'язаної особи. Тому санкцією в точному значенні цього слова слід вважати лише закладену в юридичній формі можливість (загрозу) примусу по відношенню до зобов'язаної особи на випадок невиконання нею обов'язку [10, с. 130-131].

Існує позиція щодо ототожнення юридичної та санкції. Зокрема, таку думку висловлював О. С. Юффе, який визначав юридичну відповідальність як санкцію за правопорушення у вигляді настання негативних правових наслідків для правопорушника [11, с. 97]. Дійсно, можна говорити про можливість настання так званої сімейно-правової відповідальності, яка передбачена санкцією відповідної норми права (наприклад, ст. 164, 170 СК України). У такому розумінні санкція виступає як складовий елемент сімейно-правової норми. Але негативні наслідки для правопорушника, що передбачені ст.166 СК України, коли батьки, позбавлені батьківських прав, втрачають всі права, засновані на факті кровного споріднення з дитиною, відносно якої вони позбавлені батьківських прав, не є результатом виникнення сімейно-правової відповідальності. Тобто санкція, як частина правової норми, не може бути юридичною відповідальністю. Тому, санкцією можна назвати передбачені нормою права заходи державного примусу, які застосовуються до правопорушника.

Доктрина трудового права теж наголошує на необхідності розмежування поняття санкції та відповідальності і пояснює це тим, що санкція реалізується незалежно від вини суб'єкта, тому будь-яку міру відповідальності можна розглядати як санкцію, але не будь-яка санкція є мірою відповідальності [12, с. 8].

Представники кримінально-правової науки в силу особливостей власного предмета і метода правового регулювання та структури кримінально-правових норм розглядає санкцію як структурний елемент норми права і складову юридичної відповідальності [13, с. 146]

Наука сімейного права дещо по-іншому підходить до розуміння поняття санкції, визначаючи її з позиції інших правових інститутів. Зокрема, М. В. Антокольська пропонує вважати відповідальність видом санкцій, в результаті чого останні зводяться до двох груп: заходів відповідальності і заходів захисту [14, с. 98]. Ті заходи, які спрямовані на захист порушеного права, є заходами захисту. А ті, які містять в собі не тільки заходи охорони порушеного права, але і несприятливі наслідки для правопорушника, є заходами відповідальності. Відмінність полягає в наступному: заходи відповідальності переслідують мету покарання винного правопорушника, а заходи захисту спрямовані тільки на захист інтересів потерпілого. Відповідальність настає лише за наявності вини, заходи захисту застосовуються незалежно від вини. Відповідальність завжди припускає накладення на винного правопорушника додаткових несприятливих майнових наслідків або позбавлення його суб'єктивного

права, а заходи захисту можуть примусити порушника до виконання обов'язку в тому ж обсязі, в якому він не був виконаний добровільно [14, с. 96-103].

На думку З. В. Ромовської санкції – основна, але не єдина група державно-примусових заходів. Від інших вони відрізняються тим, що є державно-владною реакцією на факт протиправної поведінки. На думку вченої, санкція визначається державно-примусовим засобом дії на особу, яка не виконала свого правового обов'язку [15, с. 33-48].

Виходячи з усього вище сказаного, з урахуванням напрацювань в теорії права та галузевих науках пропонуємо під сімейно-правовою санкцією розуміти частину матеріальної норми права, яка характеризується державно-примусовим характером і становить собою негативні правові наслідки для особи (осіб) в результаті недотримання нею (ними) сімейних прав та/або невиконання (неналежного виконання) сімейних обов'язків.

1. Халфина Р. О. *Общее учение о правоотношении* / Р. О. Халфина — М. : Юридическая литература, 1974. — 351 с.
2. Протасов В. Н. *Теория права и государства. Проблемы теории права и государства: Вопросы и ответы* / В. Н. Протасов — М. : Новый Юрист, 1999. — 240 с. — (Серия "Подготовка к экзамену").
3. Матузов Н. И. *Теория государства и права: курс лекций* / Н. И. Матузов, А. В. Малько — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2001.—776 с.
4. Чирков А. П. *Ответственность в системе права: Учебное пособие* / А. П. Чирков — Калининград: Калинингр. ун-т, 1996. — 77 с.
5. Грибанов В. П. *Пределы осуществления и защиты гражданских прав* / В. П. Грибанов — М. : Наука, 1972. — 262 с.
6. Лейст О. Э. *Санции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы)* / О. Э. Лейст. — М. : МГУ, 1961.— 239 с.
7. Свердлык Г. А. *Защита и самозащита гражданских прав: Учебное пособие* / Свердлык Г. А. , Э. Л. Страунинг. — М. : Лекс-Книга, 2002. — 208 с.
8. Кархалев Д. Н. *Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России: автореф. дисс. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 "Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право"* / Д. Н. Кархалев. — Екатеринбург: Урал. гос. юрид. академия, 2003. — 22 с.
9. Притика Ю. Д. *Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: 12.00.03 "Швільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право"* / Ю. Д. Притика. — К., 2006. — 43 с.
10. Братусь С. Н. *Юридическая ответственность и законность* / С. Н. Братусь. — М. : Юридическая литература, 1976. — 216 с.
11. Йосфе О. С. *Обязательственное право* / О. С. Йосфе. — М.: Госюриздат, 1975. — 872с.
12. Бодункова С. А. *Санкции норм российского трудового права: автореф. дисс. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 "Трудовое право; право социального обеспечения"* / С. А. Бодункова. — Екатеринбург, 2002. — 26 с.
13. Мельник М. І. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид., переробл. та доповн./ М. І. Мельник, М. І. Хавронюк. — К.: Атіка, 2005. — 1064с.*
14. Антокольская М. В. *Семейное право. 2-е изд., перераб. и доп.* / М. В. Антокольская. — М. : Юристъ, 2002 — 336 с.
15. Ромовская З. В. *Защита в советском семейном праве* / З. В. Ромовская. — Львов: Вища школа, 1985. — 180 с.

Тонієвич Є. Д. Сімейно-правова санкція як об'єкт наукових досліджень

Дана стаття присвячена дослідженню поняття санкції сімейного права як елементу правового регулювання сімейних відносин. Окрема увага приділена співвідношенню понять "санкція", "відповідальність" та "захист".

Ключові слова: сімейно-правова санкція, відповідальність, захист, правовий примус.

Тониевич Е. Д. Семейно-правовая санкция как объект научных исследований

Данная статья посвящена исследованию понятия санкции семейного права как элемента правового регулирования семейных отношений. Отдельное внимание уделено соотношению понятий "санкция", "ответственность", "защита".

Ключевые слова: семейно-правовая санкция, ответственность, защита, правовое принуждение.

Toniyevych E.D. Familial-Legal Sanction As The Object Of The Research

The article deals with issues of the concept of familial-legal sanction as an element of the legal regulation in family relationships. The emphasis is paid to correlations of concepts of "sanction", "liability", "protection".

Keywords: familial-legal sanction, liability, protection, legal compulsion.

Проблеми охорони навколишнього природного середовища

Багай Н. О.

Екологізація аграрного законодавства України: суть та напрями

УДК 349.42

Сільське господарство органічно пов'язане з використанням земель, водних та інших природних ресурсів. Тому невід'ємною складовою виробничо-господарської діяльності всіх аграрних підприємств є раціональне природокористування та охорона навколишнього природного середовища. При цьому, як справедливо зазначають вчені, у процесі здійснення сільськогосподарської діяльності виділяються два аспекти взаємодії екологічних і економічних факторів в сільському господарстві: охорона навколишнього природного середовища від негативного впливу сільськогосподарського виробництва і охорона сільського господарства від негативного впливу навколишнього середовища [1, с. 346; 2, с. 422; 3, с. 212; 4, с. 172].

Важливим засобом мінімізації негативного впливу сільськогосподарського виробництва на довкілля є правове забезпечення дотримання екологічних вимог у процесі здійснення сільськогосподарської виробничої діяльності. Тому аграрне законодавство України покликане регулювати суспільні відносини в аграрному секторі економіки з урахуванням взаємозв'язку сільськогосподарського виробництва з навколишнім природним середовищем.

Проблеми екологізації галузей законодавства досліджувалися переважно представниками еколого-правової науки: В. І. Андрейцевим, С. О. Боголюбовим, А. П. Гетьманом, О. К. Голіченковим, О. С. Колбасовим, В. В. Костицьким, С. М. Кравченко, Н. Р. Малишевою, В. Л. Мунтяном, В. В. Петровим, В. К. Поповим, Ю. С. Шемшученком та іншими авторами. Окремих питань екологізації нормативно-правових актів аграрного законодавства торкалися у своїх працях юристи-аграрники: В. В. Носік, І. І. Карашаш, П. Ф. Кулинич, О. О. Погрібний, В. І. Семчик, Н. І. Титова, М. В. Шульга, В. З. Янчук та інші вчені. Одночасно слід констатувати відсутність самосійних комплексних досліджень проблем екологізації аграрного законодавства України у вітчизняній юридичній науці.

Метою статті є з'ясування поняття, юридичної сутності та основних напрямів екологізації сучасного аграрного законодавства України.

На думку М. Ф. Реймера, сучасні процеси екологізації охоплюють всі сторони життя людей (науки, знання, ідеології, промисловості, сільського господарства, транспорту, демографічної політики тощо) [5, с. 171, 214-249]. У зв'язку з цим в сучасний період науковцями обґрунтовується концепція екологізації суспільного розвитку, що передбачає "екологізацію економічної і соціальної політики та оздоровлення духовної сфери за допомогою системи ефективних інструментів з метою забезпечення стійкості екологічних систем і усунення глобальних, національних і регіональних екологічних загроз" [6, с. 99]. Складовою екологізації суспільного розвитку є екологізація законодавства.

О. К. Голіченков визначає поняття "екологізації законодавства" як впровадження норм екологічного права в акти тих галузей законодавства, які регулюють управлінську, господарську, рекреаційну і іншу діяльність, що в тій чи іншій мірі впливає на природне довкілля [7, с. 366].

Екологізація є важливим правовим явищем, що стосується практично всіх галузей законодавства. Вона об'єктивно зумовлюється глобальними екологічними проблемами, а також посиленням міжгалузевих зв'язків у системі права і законодавства, взаємопроникненням різних галузей права та потребою в інтеграції правового регулювання суспільних відносин.

Оскільки у сільському господарстві землі та інші природні ресурси використовуються як основні засоби виробництва, процес виробництва сільськогосподарської продукції в юридичній науці запропоновано називати спеціальним терміном "землекористання" [8, с. 4-5, 24]. Тому потреби екологізації законодавства про сільськогосподарську виробничу діяльність мають особливе значення.

Аграрне законодавство України повинно забезпечувати оптимальне співвідношення між екологічними та економічними інтересами у процесі здійснення сільськогосподарської виробничої діяльності. Як зазначає Л. Ф. Усманова, ефективність природокористування і охорони навколишнього природного середовища в сільському господарстві можлива за умов всебічної екологізації аграрного законодавства [9, с. 22-23].

Екологізація аграрного законодавства України полягає у втіленні екологічних принципів та вимог у змісті нормативно-правових актів, що регулюють сільськогосподарську виробничу діяльність. Основним завданням такої екологізації є нормативне закріплення оптимальної міри впливу аграрного виробництва на навколишнє природне середовище з урахуванням специфіки такого впливу [9, с. 27].

Як справедливо відзначив В. Л. Мунтян, правовий захист навколишнього середовища в сільському господарстві здійснюється у кількох напрямках: "охорона і підвищення продуктивності земельних угідь; попередження і ліквідація забруднення земель, вод, рослинності відходами промислових, сільськогосподарських, аграрно-промислових підприємств; захист навколишнього середовища від забруднення хімічними речовинами" [3, с. 212].

Основою для екологізації аграрного законодавства є, насамперед, норми Конституції України (ст.13, 16, 50), Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", кодифіковані акти природноресурсового законодавства та ін. Закріплені в них вимоги щодо раціонального використання та охорони природних ресурсів, допустимого впливу на довкілля повинні знаходити відображення у змісті нормативно-правових приписів з питань здійснення сільськогосподарської виробничої діяльності.

Проте сучасні нормативно-правові акти аграрного законодавства, що визначають особливості правового статусу сільськогосподарських підприємств, та акти з питань виробничо-господарської діяльності в аграрному секторі економіки містять лише окремі

правові приписи щодо раціонального природокористування та охорони навколишнього природного середовища. У зв'язку з цим справедливо відзначає Є. С. Бердніков, що чинні акти аграрного законодавства "в цілому присвячені регулюванню господарських відносин в агропромисловому комплексі і є недостатньо екологізованими" [10, с. 480]. Тому одним із концептуальних напрямів розвитку аграрного законодавства України є наповнення його екологічним змістом.

При цьому мова йде, передусім, не про механічне включення законодавчо визначених екологічних вимог до нормативно-правових актів аграрного законодавства, а про формування на основі загальних принципів та ідей охорони навколишнього природного середовища і раціонального природокористування якісно нових правових приписів, що забезпечуватимуть спеціалізоване правове регулювання аграрних відносин. Як вірно зазначає Н. К. Тахватуліна, суть екологізації законодавства полягає у формуванні нових правових норм шляхом включення до їх матерії еколого-правових постулатів [11, с. 16].

Слід погодитися з Л. Ф. Усмановою, що важливим на сьогодні є закріплення в нормативно-правових актах аграрного законодавства не лише відповідних обов'язків сільськогосподарських підприємств по використанню природних об'єктів та охороні навколишнього природного середовища, а й визначення правових гарантій забезпечення цих еколого-правових вимог [9, с. 22].

Важливим напрямом екологізації законодавства є закріплення екологічних вимог щодо охорони і раціонального використання земель сільськогосподарського призначення. З цього приводу М. В. Шульгою послідовно обґрунтовано важливу ідею щодо необхідності екологізації земельно-правових приписів та об'єднання їх у самостійній главі Земельного кодексу [13, с. 139].

Особливе значення має також запровадження екологічних вимог та заходів щодо охорони довкілля у процесі хімізації та меліорації земель, при здійсненні різних видів виробничо-господарської діяльності сільськогосподарськими підприємствами, що впливають на довкілля.

Екологізація аграрного законодавства України є необхідною умовою екологізації сільського господарства як галузі матеріального виробництва, що відповідає стратегічним державним цілям і потребам сталого розвитку. За справедливим переконанням Е. Р. Шамсутдінова, існує й зворотний зв'язок, адже зміст процесу екологізації законодавства залежить і від сутності фактичної екологізації, що здійснюється в різних сферах людської діяльності [13, с. 17-18].

Отже, основними напрямками екологізації сучасного аграрного законодавства є, на наш погляд, наступні:

- законодавче закріплення в актах аграрного законодавства особливостей правового статусу виробників сільськогосподарської продукції як природокористувачів;
- подальша спеціалізація екологічних вимог щодо меліорації, хімізації в сільському господарстві, здійснення окремих видів сільськогосподарської виробничої діяльності та закріплення таких спеціалізованих правових приписів комплексного характеру на законодавчому рівні;
- нормативне забезпечення раціонального використання та охорони земель сільськогосподарського призначення, збереження та відтворення родючості ґрунтів (шляхом доповнення Земельного кодексу України нормами щодо охорони земель, екологізації земельно-правових приписів що регулюють відносини використання земель для потреб сільськогосподарського виробництва);
- законодавче забезпечення процесу екологізації сільського господарства як галузі матеріального виробництва, що передбачає як прийняття нових нормативно-правових актів, так і внесення змін та доповнень до діючих актів з питань

впровадження прогресивних систем землеробства, ресурсозберігаючих технологій сільськогосподарської виробничої діяльності тощо.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що екологізація аграрного законодавства - це концептуальний напрям його сучасного розвитку, що передбачає втілення екологічних принципів та вимог у змісті нормативно-правових актів, які регулюють сільськогосподарську виробничу діяльність. Суть такої екологізації полягає, передусім, у формуванні на основі загальних принципів та ідей охорони навколишнього природного середовища і раціонального природокористування якісно нових правових приписів, що забезпечуватимуть спеціалізоване правове регулювання аграрних відносин.

Тому важливе значення у системі майбутніх наукових досліджень матиме розробка конкретних рекомендацій щодо вдосконалення змісту і структури нормативно-правових актів аграрного законодавства шляхом включення до них еколого-правових приписів комплексного характеру.

1. Екологічне право України: Підручник / [Гетьман А. П., Шульга М. В., Попов В. К. та ін.]; за ред. А. П. Гетьмана, М. В. Шульги. - Харків: "Право", 2005. - 342 с.
2. Петров В. В. Экологическое право России: Учебник для вузов / В. В. Петров. - М.: Изд-во БЭК, 1995. - 557с.
3. Мунтян В. Л. Правова охорона природи в УРСР / В. Л. Мунтян. - Вид. друге, доп. - К.: Головне видавництво видавничого об'єднання "Вища школа", 1982. - 232 с.
4. Сельскохозяйственное, природноресурсовое законодательство и правовая охрана природы: Учебник [Боголепов Р. Д., Емельянова В. Г., Жариков Ю. Г. и др.]; под ред. Р. Д. Боголепова, Н. Ф. Панкратова. - М.: Юридическая литература, 1989. - 368 с.
5. Реймерс Н. Ф. Экология (теории, законы, правила, принципы и гипотезы) / Н. Ф. Реймерс. - М.: Журнал "Россия Молодая", 1994. - 367 с.
6. Снякевич І. М. Екологізація розвитку: суть, об'єктивна необхідність, принципи, інструменти, перспективи для України / І. М. Снякевич // Науковий вісник УкрДЛТУ. 2005. - Вип. 15.6 - Львів: УкрДЛТУ. - 2005. - С. 98-103.
7. Голыченков А. К. Экологическое право России: словарь юридических терминов: Учебное пособие для вузов / А. К. Голыченков. - М.: Издательский дом "Городец", 2008. - 448 с.
8. Титова Н. И. Продовольственная проблема: земля, труд (правовые аспекты) / Н. И. Титова. - Львов: Издательство при Львовском Государственном университете издательского объединения "Вища школа", 1989. - 182 с.
9. Усманова Л. Ф. Правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды в аграрном секторе экономики: Автореф. дисс. на соискание уч. степени докт. юрид. наук: спец. 12.00.06 "Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право" / Л. Ф. Усманова. - Уфа, 2000. - 48 с.
10. Аграрное, земельное и экологическое право Украины: Особенные части учебных курсов. Учебное пособие / [Беженарь А. М., Вердников Е. С., Вондарь Л. А. и др.]; под общ. ред. Погребного А. А. - Харьков: ООО "Одиссей", 2001. - 560 с.
11. Тахватулина Н. К. Экологизация правового регулирования: Теоретико-правовое исследование: Автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 "Теория и история государства и права; История учений о праве и государстве" / Н. К. Тахватулина. - Волгоград, 2006. - 23 с.
12. Шульга М. В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях: Монография / М. В. Шульга. - Харьков, 1998. - 224 с.
13. Шамсутдинов Э. Р. Теоретико-методологические проблемы экологизации российского законодательства: Автореф. дисс. на соискание уч. степени докт. юрид. наук: спец. 12.00.01 "Теория и история государства и права; История учений о праве и государстве" / Э. Р. Шамсутдинов. - Мытищи, 2009. - 22 с.

Багай Н. О. Екологізація аграрного законодавства України: суть і напрями.

Стаття присвячена з'ясуванню поняття та суті екологізації аграрного законодавства України. Автором проаналізовано значення екологізації аграрного законодавства як концептуальної засади його розвитку. Визначено основні напрями екологізації аграрного законодавства України в сучасний період.

Ключові слова: екологічні вимоги, аграрне законодавство, екологізація законодавства, екологізація сільськогосподарського виробництва, екологізація аграрного законодавства.

Багай Н. О. Экологизация аграрного законодательства Украины: суть и направления.

Статья посвящена определению понятия и сущности экологизации аграрного законодательства Украины. Автором проанализировано значение экологизации аграрного законодательства как концептуальной основы его развития. Определены основные направления экологизации аграрного законодательства Украины в современный период.

Ключевые слова: экологические требования, аграрное законодательство, экологизация законодательства, экологизация сельскохозяйственного производства, экологизация аграрного законодательства.

Bagaj N.O. Ecologization Of Agrarian Legislation Of Ukraine: Essence And Directions.

The article is devoted elucidating of concept and essence of ecologizations of agrarian legislation of Ukraine. An author is analyse the value of ecologization of agrarian legislation as conceptual principles of its development. It is determined basic directions of ecologization of agrarian legislation of Ukraine in a modern period.

Keywords: ecological requirements, agrarian legislation, ecologization of legislation, ecologization of agricultural production, ecologization of agrarian legislation.

Берлач Н. А.

Концепції розвитку законодавчого регулювання органічного виробництва в АПК: порівняльно-правовий аналіз

УДК 338.436.33

Розвиток АПК нашої держави постав водночас перед великою можливістю та вимогою. Йдеться про органічне сільське господарство, що засноване на повному виключенні з виробничого циклу синтетичних добрив, хімікатів, гербіцидів, ГМ-компонентів та інтенсивного обробітку ґрунту.

Можливість полягає у значній перспективі розвитку, що обіцяє це ринок, адже за даними Міжнародної федерації сільськогосподарського органічного руху (IFOAM) з 2002 по 2007 рр. обсяг світового ринку продукції органічного сільського господарства зріс з 26 до майже 47 млрд. доларів США. Причому, близько половини всього цього ринку припадає на країни Європи, з якими Україна має досить близькі торгівельні відносини.

Крім того, виходячи з високих темпів погіршення стану навколишнього природного середовища, експерти прогнозують довготривалий ріст даного сектору ринку продовольства, адже сьогоднішня частка "органічних" продуктів харчування на загально-європейському ринку не перевищує й 1%.

Не стоїть осторонь трансформаційних процесів й Україна – у 2007 році в нашій було зареєстровано 60 сертифікованих виробників органічної продукції, що здійснювали свою діяльність на 260 тис. гектарів [1]. Разом з тим, для дійсно масштабного розвитку

в цьому напрямку, органічне сільське господарство потребує чіткої позиції держави щодо майбутнього даної сфери аграрного виробництва.

Вимога, а точніше – ціла система вимог, обумовлена невідповідністю інфраструктури українського АПК до європейського рівня якості. Та найбільшою проблемою в цьому напрямі є той факт, що система нормативно-правових актів, які безпосередньо відносяться до державного управління у сферах сертифікації, виробництва, переробки, перевезення, маркування й реалізації органічної сільськогосподарської продукції є невпорядкованою, закріпленою в різних законодавчих актах та такою, що містить значну кількість прогалин. Крім того, до сьогодні не обґрунтована подальша концепція розвитку системи законодавства і не зазначено, що регулюватиме суспільні відносини у даній сфері.

Виходячи із зазначеного, *актуальність* даної статті полягає в необхідності визначення єдиного визначального задуму, основної ідеї і системи поглядів та принципів щодо процесу належного законодавчого закріплення процесу функціонування органічного сільського господарства, як основної передумови становлення та розвитку екологічного виробництва, а також державного управління аналізованою сферою суспільних відносин.

А оскільки таке закріплення вимагає внесення відповідних змін до чинного законодавства, то *предметом* нашого дослідження є система суспільних відносин, що пов'язані з процесом нормативно-правового регулювання органічного сільського господарства, а також діяльністю органів державної влади у цій сфері.

Відтак, *метою* цієї статті є аналіз шляхів вдосконалення існуючого та можливості прийняття нового законодавства, яке б скеровувало процес функціонування органічного сільського господарства, а також державного управління в напрямку стимулювання даної сфери господарювання АПК.

Останні дослідження у даній сфері. Вивченню проблем, що пов'язані з розвитком органічного сільського господарства присвячені праці таких вчених як Романко С.[2], Скрипчук П. [3], Статівка А. [4], Танклевська Н. С. [5]. Разом з тим, в дослідженнях названих науковців увага приділяється лише окремим напрямкам вдосконалення законодавства, що б регулювало лише певні відокремлені елементи органічного виробництва. Дослідження, які були б присвячені обґрунтуванню концептуального підходу до покращення стану нормативно-правового забезпечення цієї сфери – відсутні.

Отже, найбільш ефективним кроком з боку держави в процесі розвитку органічного сільського господарства вважаємо розробку та прийняття законодавчої бази.

Слід зауважити, що система правових та організаційних норм, що безпосередньо відносяться до державного управління у сферах сертифікації, виробництва, переробки, перевезення, маркування й реалізації органічної сільськогосподарської продукції є закріплені в різних законодавчих актах.

До зазначеного переліку входять Закони України "Про підтвердження відповідності", "Про охорону земель", "Про державну підтримку сільського господарства України", "Про безпечність та якість харчових продуктів", "Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року", "Про захист прав споживачів", "Про акредитацію органів з оцінки відповідності", Декрет Кабінету міністрів "Про сертифікацію і стандартизацію", а також інші нормативно-правові акти.

Зважаючи на таку множинність, система зазначених правових актів, не може створювати повноцінної системи, тобто впорядкованої, взаємозалежної та взаємообумовленої сукупності правових норм, що регулюють певним чином відокремлене коло суспільних відносин (а саме – відносини в процесі здійснення органічного сільського господарства).

Для чіткішого усвідомлення недоліків, які існують в сучасній системі нормативно-правового забезпечення, звернемося до законодавства, що визначає один з найважливіших інститутів даної сфери суспільних відносин – процес сертифікації. З цієї метою необхідно звернути увагу на Інструкцію Міністерства статистики "Про порядок заповнення звіту про виробництво та поставку на експорт сертифікованої продукції" від 24.07.1995 [6]; Закон України "Про підтвердження відповідності" від 17.05.2001, [7]; Наказ Мінприроди України від 29.01.2007 "Про затвердження Положення про сертифікацію екологічних аудиторів" [8].

Дефініції, наведені в зазначених правових актах, значним чином відрізняються одна від одної, не даючи навіть узагальненого розуміння даного поняття, не кажучи вже про уніфіковане регулювання даної сфери органічного сільського господарства.

На нашу думку, створення відповідної правової бази необхідно починати з прийняття галузевого законодавчого акту "Про органічне виробництво", проект якого був прийнятий Верховною радою в першому читанні 25 травня 2007 року. Даний Законопроект має на меті визначення правових, економічних та соціальних основ ведення органічного сільськогосподарського виробництва, запровадження вимог щодо вирощування, виробництва, переробки, сертифікації, маркування, перевезення, зберігання та реалізації органічної продукції (сировини) та органічних продуктів харчування [9].

Прийняття цього нормативного акту надасть широкі можливості для органічних сільськогосподарських товаровиробників у створенні та управлінні власними господарськими структурами, а відповідно, пришвидшить перехід їх діяльності до формату цивілізованих ринкових відносин.

Проте, прийнятий Парламентом законопроект все ж містить ряд певних недоліків, детальне визначення яких має важливе значення для подальшого розвитку органічного сільського господарства: зокрема, недостатньо уваги приділено такій вимозі до органічної продукції як відсутність ГМО; диференціації у правовому регулюванні органічного виробництва у різних його галузях: рослинництві, тваринництві, бджільництві, виробництві аквакультур. Крім того, не враховано зарубіжного досвіду при визначенні основних принципів сертифікації та маркування органічної продукції.

До того ж, на нашу думку, неефективно розподілені повноваження між органами державної влади у сфері органічного виробництва. Передбачається створення спеціальних органів, які будуть зосереджувати свою діяльність виключно у даному напрямі.

Саме тому, вважаємо за доцільне більш обґрунтовано розподілити владні повноваження між такими органами державної влади як Кабінет Міністрів України, Міністерство аграрної політики України, Державний департамент ветеринарної медицини, Державна служба з карантину рослин України, Державний департамент харчової промисловості та продовольчого ринку, Головна державна інспекція якості та сертифікації сільськогосподарської продукції, Державний комітет України по земельних ресурсах, а також Держспоживстандарт.

Проте, незважаючи на недосконалість положень Проекту, факт необхідності прийняття Закону, який би визначав основоположні принципи державного регулювання суспільних відносин у сфері органічного сільського господарства, є беззаперечним та вкрай необхідним.

Слід зауважити, що даний законопроект отримав загальне схвалення вітчизняних громадських організацій, що діють в сфері органічного сільського господарства, а також Міжнародних організацій, що здійснюють свою діяльність на органічному ринку України.

Сьогодні між представниками громадських об'єднань та вітчизняними науковцями в нашій державі триває дискусія щодо необхідності спільного нормативного закріплення основоположних принципів органічного сільського господарства, а також сертифікаційних та технічних вимог до виробників.

На нашу думку, можливими є 2 варіанти необхідної концепції:

- нормативна основа органічного сільського господарства закладена в базовому Законі "Про органічне виробництво", де встановлені основоположні засади функціонування його системи, а технологічні вимоги та процедури щодо проведення сертифікації, маркування викладені в підзаконних актах.

- правова основа функціонування даної сфери суспільних відносин визначена в єдиному законі, який би закріплював основні принципи, сутність органічного виробництва, систему її повноваження державних органів у даній сфері, сукупність технологічних вимог щодо сертифікації, виробництва, переробки, маркування та реалізації органічної продукції, а в окремих розділах визначав би характерні особливості здійснення органічного сільського господарства в окремих напрямках.

Вважаємо, що саме останній підхід є переважаючим в нормативно-правових системах більшості країн з розвиненим органічним сільським господарством. На нашу думку, остання запропонована концепція дійсно є більш досконалою і дозволить Україні створити сучасну та функціональну систему правових норм у сфері органічного сільського господарства. Адже відокремлене прийняття Закону України "Про органічне виробництво", а згодом і всіх підзаконних актів, що конкретизують положення Закону, значно послабить можливий позитивний вплив даних заходів, а також відсуне в часі перспективи створення єдиної та ефективної системи нормативно-правового регулювання даної сфери суспільних відносин.

Виходячи з цього, в майбутньому доцільнішим буде після прийняття Закону прийняти необхідні підзаконні акти, які б детально конкретизували положення, щодо вирощування, виробництва, переробки, сертифікації, маркування, перевезення, зберігання та реалізації органічної продукції, які в основних рисах були висвітлені в Законі.

Заключним елементом вдосконалення системи нормативно-правового регулювання органічного сільського господарства вважаємо прийняття комплексної Програми розвитку органічного сільського господарства в Україні, яка б привела систему наукових досліджень, міжнародного законодавства, системи вітчизняних правових актів у цій сфері до єдиної теоретико-методологічної основи, системності побудови та загальної ідеології, яка б визначалася сутністю та значенням органічного сільського господарства в Україні.

Такий захід дасть змогу узагальнити принципи побудови системи органічного виробництва в Україні, узгодити їх з міжнародною практикою стимулюючої та регулюючої діяльності держави в цьому напрямі, розширенню системи суб'єктів органічного сільськогосподарського виробництва, збільшення сфери їх діяльності. Вважаємо також, що саме вдосконалення ринкової інфраструктури в даній сфері сприятиме вдосконаленню діяльності та ефективній взаємодії усіх суб'єктів органічного сільського господарства в нашій державі.

Крім того, нормативне закріплення основних принципів та понять у сфері органічного виробництва сприятиме усвідомленню споживачами виключної важливості та відповідності продуктів такого виробництва встановленим державою вимогам, що робитиме процес суспільного сприйняття всієї концепції органічного сільського господарства в Україні швидшим та ефективнішим.

І хоча вирішення всіх проблем та неузгодженостей в даній сфері вимагає часу, ефективної взаємодії органів законодавчої та виконавчої гілок влади, правильного

розуміння з боку суспільства, проте є цілком реальним та достатньо перспективним. Робота над вдосконаленням системи нормативного забезпечення в даній галузі має проводитися з врахуванням сучасного стану розвитку органічного сільського господарства в Україні, можливостей щодо вдосконалення його функціонування та запозичення позитивного досвіду зарубіжних країн в даній сфері управлінської та законодавчої діяльності.

Висновок. Таким чином, Закон України "Про органічне виробництво" є законодавчим документом, який має розпочати процес законодавчого регулювання системи органічного сільського господарства в Україні як повно-функціонального структурного елемента АПК країни, а також складової частини ринкової економіки. Наявність такого закону повністю відповідає міжнародній практиці формування системи законодавств в цій сфері.

Наступним етапом у процесі вдосконалення законодавчого забезпечення у цій сфері є прийняття необхідних підзаконних актів, що деталізують викладені положення аналізованого закону, а також суміжних нормативно-правових актів.

Послідовним та, беззаперечно, необхідним кроком в цьому ж напрямку є прийняття комплексної Програми розвитку органічного сільського господарства в Україні, яка б поєднала усю систему наявних на той час правових актів в даній сфері в єдиний план дій, створивши міцну і всеохоплюючу законодавчу базу розбудови органічного сільського господарства в нашій державі.

1. Helga Willer, Minou Youssef-Menzler, Neil Sorensen The world of organic agriculture: statistics & emerging trends 2008 / IFOAM Bonn, Germany and Research Institute of Organic Agriculture (FiBL), Frick, Switzerland, 2008
2. Романко С. Правове забезпечення перетворення сільського господарства України на екологічно безпечне / С. Романко // Юридична Україна – Київ, 2006. – № 7. – С. 65-71
3. Скрипчук П. Екологічна сертифікація як інструмент виробництва та споживання екологічно чистої продукції: Економічні проблеми природокористування / П. Скрипчук // Економіка України. – Київ, 2006. – № 3. – С. 55-63.
4. Стагівка А. Сільське господарство України та його інтеграція в міжнародні сільськогосподарські й торговельні організації: проблемні питання / А. Стагівка // Право України. – 2003. – № 4. – С 41-45
5. Танклевська Н. С. Оподаткування діяльності аграрних підприємств. – Херсон: Олді-плюс, 2007. – 152с.
6. Про порядок заловнення звіту про виробництво та поставку на експорт сертифікованої продукції: Інструкція Міністерства статистики України від 24.07.1995 // Офіційний вісник України від 09.08.1995 - 1995 р., № 38, стор. 156, стаття 1178
7. Про підтвердження відповідності: Закон України від 17.05.2001 № 2406-III // Відомості Верховної Ради України, 10. 08. 2001, № 32, ст. 169
8. Про затвердження Положення про сертифікацію екологічних аудиторів від 29.01.2007// Офіційний вісник України від 20.04.2007 - 2007 р., № 26, стор. 109, стаття 1066, код акту 39362/2007
9. Про органічне виробництво: Проект Закону України // Взятий з офіційного сайту Міністерства аграрної політики –<http://www.minagro.gov.ua/page/77763>

Берлач Н. А. Концепції розвитку законодавчого регулювання органічного виробництва в АПК: порівняльно-правовий аналіз

У статті здійснено порівняння подальших шляхів розвитку законодавчого регулювання перспективної галузі АПК нашої держави – органічного сільського господарства. Наведено перелік проблем,

які підлягають вирішенню у разі належного вдосконалення відповідних нормативних актів. Проаналізовано передумови створення ефективної системи нормативно-правового забезпечення у даній сфері.

Ключові слова: органічне сільське господарство, вдосконалення законодавства, адміністративно-правове регулювання, АПК.

Верлач Н. А. Концепции развития законодательного регулирования органического производства АПК: сравнительно-правовой анализ

В статье осуществлено сравнение дальнейших путей развития законодательного регулирования перспективной отрасли АПК нашего государства - органического сельского хозяйства. Приведен перечень проблем, подлежащих решению в случае надлежащего совершенствования соответствующих нормативных актов. Проанализированы предпосылки создания эффективной системы нормативно-правового обеспечения в данной сфере.

Ключевые слова: органическое сельское хозяйство, совершенствования законодательства, административно-правовое регулирование, АПК.

Berlach N.A. The Concept Development of the Legal Regulation of Organic Production in Agriculture: a Comparative Legal Analysis

The article gives a comparison of ways of further development of legislative regulation of perspective sphere of our country's agriculture - organic farming. The list of issues are to be solved in case of the proper improvement of relevant regulations. The conditions of creating an effective system of legal support in this area are analyzed.

Keywords: organic agriculture, improvement of legislation, administrative and legal regulation, AIC.

Вітчаренко О. А.

Земельна ділянка України під охороною джерел міжнародного права навколишнього середовища

УДК 347.214.23

Вирішуючи питання про регулювання земельних відносин, визначаючи зміст та завдання земельного законодавства, ЗК України не містить жодного положення про міжнародні договори. Із змісту статей 3, 4 даного Кодексу можна зробити висновок, що земельні відносини в Україні регулюються:

- 1) Конституцією України, ЗК України;
- 2) нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до Конституції України та ЗК України;
- 3) нормативно-правовими актами про надра, ліси, води, рослинний і тваринний світ, атмосферне повітря, якщо вони не суперечать ЗК України;
- 4) іншими нормативно-правовими актами у галузі земельних відносин.

У згаданих статтях ЗК України немає жодної згадки про міжнародно-правові акти. Загальновідомо, що міжнародно-правові акти не можуть прийматися відповідно до національного законодавства певної держави. Отже, ЗК України як сукупність норм національного законодавства повинен відповідати нормам міжнародного законодавства. Україна визнана на конституційному рівні суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою, в якій визнається і діє принцип верховенства права [1]. Поряд з цим у національному законодавстві закріплюється правило пріоритету норм міжнародного права над національним правом, що є загальноприйнятим у цивілізованій правовій практиці. Так, ст. 19 Закону України

"Про міжнародні договори" від 29 червня 2004 р. № 1906 IV [2] на розвиток ст. 9 Конституції України закріплює наступну норму: "Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору". В той самий час, згідно з ч. 2 ст. 9 Конституції України укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

В. І. Андрейцев писав: "Припускається, що необхідні заходи щодо охорони земель передбачатимуться міжнародними, державними і регіональними програмами, а порядок такої охорони має визначитися законодавством України" [3]. Це є вірним у випадку здійснення Україною певних природоохоронних заходів на виконання своїх міжнародних зобов'язань. Викликає сумнів визначення законодавством України порядку охорони землі, що передбачається відповідною природоохоронною програмою певної міжнародної організації — наприклад, Грінпісу, Всесвітнього фонду дикої природи тощо.

Стаття 85 ЗК України передбачила право власності на землю іноземних держав наступним чином: "Іноземні держави можуть набувати у власність земельні ділянки для розміщення будівель і споруд дипломатичних представництв та інших, притвірених до них, організацій відповідно до міжнародних договорів". Як правило, ці угоди мають певне політичне значення, укладаються на розвиток дипломатичних відносин між нашою державою та іншими державами та вирішують, насамперед, питання землекористування чи права власності на земельну ділянку. Наприклад, Консульська конвенція між Україною та Республікою Польща, ратифікована постановою Верховної Ради України від 14 липня 1993 р.[4], Договір між Україною та Республікою Білорусь про державний кордон ратифікований Законом України від 18 липня 1997 р.[5], Угода між Урядом України та Урядом Республіки Молдова про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності, ратифікована Законом України від 12 липня 2001 р.[6]. Аналізуючи положення чинного земельного законодавства України та, зокрема, ст. 85 ЗК України, не можна не погодитися з думкою І. І. Каракаша: "Безумовно, земельні ділянки для використання їх у зазначених цілях можуть набуватися іноземними державами у власність з відповідних категорій земельного фонду країни, за винятком земель сільськогосподарського призначення. Це прямо передбачено ст. 22 ЗК, згідно з якою не допускається передача земельних ділянок сільськогосподарського призначення на праві власності іноземним державам. Проте, передбачивши таке обмеження, ЗК не визначив наслідків набуття сільськогосподарської земельної ділянки іноземною державою, наприклад, у порядку правонаступництва, успадкування та інших правових підстав, що можуть мати місце в реальній дійсності. Думається, що юридична доля таких земельних ділянок має вирішуватися аналогічно випадку їх успадкування іноземними юридичними особами" [7].

З огляду на вищевикладене слід зазначити, що поресурсового міжнародного договору, об'єктом якого була б саме земля чи ґрунти, немає. Земля в міжнародному праві розглядається як компонент довкілля, як середовище існування людини та біологічного різноманіття, рідкісних видів флори та фауни та, зокрема, мігруючих видів тварин та птахів тощо. Отже, вона є природним об'єктом — складовою частиною навколишнього середовища, що є об'єктом міжнародного права навколишнього середовища (міжнародного екологічного права). Якщо бути більш точним, то земля належить до природних ресурсів, об'єктів, що, за словами Ю. С. Шемшученка,

... знаходяться під національною юрисдикцією, використання яких зачіпає інтереси інших держав або світового співтовариства в цілому"[8]. У зв'язку з цим у глобальному контексті проблеми щодо охорони землі та, зокрема, ґрунту регулюються джерелами міжнародного права навколишнього середовища.

Враховуючи вищевикладену точку зору про роль землі в системі міжнародного права, логічним є висновок про правове врегулювання охорони земель у межах екологічного права. Зокрема у ч. 2 ст. 4 ЗК України закріплюється, що завданням земельного законодавства України, окрім іншого, є регулювання земельних відносин з метою забезпечення раціонального використання та охорони земель. А В. Г. Гончаренко, проаналізувавши норми чинного законодавства України, дійшов висновку, що ч. 3 ст. 1 ЗК є галузевим відтворенням конституційного положення, сформульованого у ч. 7 ст. 41 Конституції України. Особлива значущість згаданої законодавчої формули полягає у тому, що вона підкреслює взаємозв'язок між землекористуванням та екологічними імперативами використання земель, забороняючи погіршення екологічної ситуації та природних якостей землі. Таким чином, підкреслюється нерозривність зв'язку між земельним правом і природоресурсною складовою екологічного права. Екологічна спрямованість землекористування випливає і з основного, рамкового, закону в галузі екології — Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 р., у преамбулі якого зазначається, що охорона навколишнього природного середовища, раціональне використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини — невідемна умова сталого економічного та соціального розвитку України. Стаття 2 названого Закону чітко вказує, що відносини у галузі охорони навколишнього природного середовища в Україні регулюються, окрім цього Закону, й відповідними кодексами, зокрема ЗК, а його ст. 5 безпосередньо відносить землі до об'єктів правової охорони екологічного права[9]. Це не означає зменшення ролі міжнародно-правових вимог щодо охорони земель у системі земельних відносин. Навпаки, з огляду на правило пріоритету норм міжнародного права над національним дослідження та вивчення міжнародно-правових вимог щодо охорони земель межах земельного права буде сприяти гармонійному розвитку цієї галузі права та, відповідно, національного законодавства України.

Як вже зазначалося, велика увага сфері правової охорони земель приділяється в сільському господарстві. ЄС також не є виключенням. Так, Л. Кремер зазначив, що "приблизно три чверті земель Європейського Співтовариства використовуються в сільському господарстві, отже сільськогосподарські заходи суттєво впливають на охорону ґрунтів. Можна згадати заборону застосування пестицидів[10], можливість фінансової підтримки еколого-дружніх методів сільськогосподарського виробництва [11] та інші заходи, наприклад, щодо виведення сільськогосподарських земель з обігу чи премії для екстенсивного утримання тварин"[12].

Екологічні проблеми аграрної політики, в тому числі викликані інтенсивним використанням хімічних речовин та машин, промисловим утриманням тварин, концентрацією монокультур та іншими виробничими методами, впливом сільського господарства на навколишнє середовище, виявляються у споживанні природи, викидах у воду, повітря та ґрунт, у втратах біологічного різноманіття, ерозії ґрунтів та ущільненні ґрунтів. Реформа спільної аграрної політики, яка почалася на початку 90-х років, намагається створити для селян роль відповідальних осіб за розвиток та збереження ландшафтів. Це — послуга, що надається у спільному інтересі для всього суспільства, та вона відповідним чином компенсується Співтовариством. У зв'язку з цим Європейське Співтовариство прийняло Постанову 1257/1999 [13], на підставі якої селяни можуть укладати договори про еколого-дружні послуги, наприклад, про

невикористання площ, обмеження виробництва продукції на особливо охоронюваних територіях, про заходи щодо відновлення лісів, еколого-дружньої інтенсифікації сільського господарства тощо. За це селянам платять. У 2002 р. приблизно 20% всіх сільськогосподарських угідь було охоплено подібними договорами. При цьому Співтовариство сприяє екологічному сільському господарству, правила якого [14] діють приблизно для 100 тис. селянських господарств. Дотримання селянами цих систем регулювання є добровільним [15]. Пропозиція запровадити подібну практику в Україні вже обговорювалася як у наукових колах, так й в процесі роботи круглих столів, на симпозіумах, нарадах у державних органах нашої держави, але справжньої підтримки поки що не отримала.

Уже загальновізнано, що європейське право подібне до міжнародного, але не тотожне йому. Головна відмінність полягає в тому, що міжнародне право не є юридично обов'язковим для держав. Наприклад, в Україні тільки ратифіковані Верховною Радою України міжнародні договори стають частиною національного законодавства. Що стосується права Європейського Союзу, то його директиви є обов'язковими для держав-членів, тобто мають пріоритет перед національним законодавством[16].

Отже, з огляду на вищевикладене можна зробити висновок, що гармонізація національного права України з європейським сприяє вивченню правового досвіду різних країн та вдосконаленню національної правової системи. Крім того, цьому сприяє історична, географічна, культурологічна та економічна близькість наших держав.

Слід зазначити, що саме формальне перенесення в національне законодавство вимог доробку співдружності визнається недостатнім для позитивного висновку про те, що та чи інша держава гармонізувала свою правову систему з європейською. Потрібно, щоб відповідні правові норми були впроваджені на практиці. Необхідно продемонструвати, що держава має управлінські та юридичні можливості для застосування доробку співдружності. Таким чином, механізм гармонізації екологічного законодавства з правом навколишнього середовища ЄС має слідувати за такою схемою: розробка та прийняття національних законодавчих актів, адаптованих до вимог доробку співдружності; їх практичне впровадження; примусові заходи до виконання встановлених вимог; можливість оцінки досягнутих результатів (ефективність законодавства)[17].

Як зазначає Н. Р. Малишева: "Обсяг законодавства ЄС, з яким слід привести у відповідність еколого-правові системи держав, що готуються до вступу до ЄС, — це 70 директив (деякі з них декілька разів переглядалися, доповнюючись "дочірніми" директивами) та 21 регламент". За даними Ю. С. Шемшученка: "За наявними оцінками, Україні необхідно адаптувати до права Європейського Союзу приблизно 3 тис. нормативних актів тільки економічного характеру. Для цього потрібне їх глибоке вивчення з урахуванням того, що законодавство Європейського Союзу не застигло, а є динамічною системою"[18].

З огляду на вищевикладене, можна зробити висновок, що з урахуванням того, що земля є складовою навколишнього середовища, яке має природне походження, на міжнародному рівні питання щодо охорони земель вирішується комплексно. Це допомагає забезпечити екологічну безпеку всього міжнародного співтовариства на глобальному рівні та досягти стійкого екологічного розвитку, що не суперечитиме успішному економічному розвитку окремих держав зокрема.

Як вище зазначалось, міжнародне законодавство є частиною національного законодавства України і на виконання міжнародних договорів у Конституції України закріплюється право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди, а також кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і

предметів побуту, а також право на її поширення (ст. 50). Зокрема в нашій державі здійснюються дослідження та відповідні спостереження сучасного стану земель за якістю та кількістю тощо, але, на жаль, їх негативні показники не враховуються при виробленні стратегій, програм, запровадженні певних заходів природоохоронного характеру. Вони залишаються декларативними. І в цьому нам потрібно брати до уваги позитивний досвід ЄС. Зокрема важливим для України є вищезазначений приклад того, як продекларовані у Добржській оцінці негативні зміни в екологічному стані земель Європи та чинники, що їх спричиняють, враховувались при виробленні природоохоронної політики ЄС таким чином, щоб не завдати шкоди та, навпаки, розвивати інші сфери людської діяльності.

Забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи — катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу, згідно зі ст. 16 Конституції України є обов'язком нашої держави. Отже, не дивно, що серед інших принципів земельного права у ст. 5 ЗК України закріплюються принципи поєднання особливостей використання землі як територіального базису, природного ресурсу і основного засобу виробництва, забезпечення раціонального використання та охорони земель та пріоритету вимог екологічної безпеки. Таким чином, національне земельне законодавство України відповідає вимогам міжнародного природоохоронного законодавства. Основне питання на сучасному етапі розвитку правової системи України полягає в декларативності більшості норм про охорону земель та впровадженні більш дієвих механізмів їх реалізації. При вирішенні цього питання не потрібно нехтувати досвідом інших держав, рекомендаціями та вимогами міжнародного співтовариства, адже екологічна безпека не має кордонів як за галузевою поширеністю (харчова, промислова та інші сфери людської діяльності), так й за територією.

1. Докладніше див.: статті 1, 8 Конституції України.
2. Закон України "Про міжнародні договори" від 29 червня 2004 р. № 1906-IV // Голос України. — 2004. — № 142. — 3 серп.
3. Андрейцев В. І. Правові засади земельної реформи і приватизації земель в Україні: навч. — практич. посіб. / В. І. Андрейцев. — К.: Істина, 1999. — С. 70.
4. Постанова Верховної Ради України "Про ратифікацію Консульської конвенції між Україною і Республікою Польща" від 14 липня 1993 р. № 3380-XII // ВВР України. — 1993. — № 36. — Ст. 366.
5. Закон України "Про ратифікацію Договору між Україною і Республікою Білорусь про державний кордон" від 18 липня 1997 р. № 491/97-ВР // Урядовий кур'єр. — 1997. — 24 лип.
6. Закон України "Про ратифікацію Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Молдова про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності та Протоколу між Кабінетом Міністрів України і Урядом Республіки Молдова про внесення змін до Угоди між Урядом України і Урядом Республіки Молдова про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 11 серпня 1994 року" від 12 липня 2001 р. № 2666-III // Голос України. — 2001. — № 144. — 14 серп.
7. Каракаш І. І. Право власності на землю / І. І. Каракаш // Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / за заг. ред. В. В. Медведчука; відп. ред. В. Г. Гончаренко; наук. ред. П. Ф. Кулінич; редкол.: А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко, О. Л. Копиленко, В. В. Медведчук [та ін.]. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 230—231.
8. Шемшученко Ю. С. Міжнародне право навколишнього середовища / Ю. С. Шемшученко // Екологічне право України. Академічний курс. — К., 2005. — С. 754.

9. Докладніше див.: Гончаренко В. Г. Глава 1. Основні положення / В. Г. Гончаренко // Наук.-практ. ком. Земельного кодексу України / за заг. ред. В. В. Медведчука ; відп. ред. В. Г. Гончаренко ; наук. ред. П. Ф. Кулінич ; редкол.: А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко, О. Л. Копиленко, В. В. Медведчук (та ін.). — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 10—11.
10. Директива 79/117 про заборону експлуатації та використання заходів по захисту рослин, які містять певні активні речовини // ABIEG 1979. № L 33 S. 36.
11. Постанова 2092/91 про екологічні проблеми землекористування та відповідні особливості сільськогосподарської продукції та продуктів харчування // ABIEG 1991. № L 175 S. 40.
12. Кремер Л. Экологическое право Европейского Союза / Л. Кремер // Экологическое право: учеб. / О. Л. Дубовик, Л. Кремер, Г. Люббе-Вольфф. — М.: Эксмо, 2005. — С. 199.
13. Постанова 1257/1999 про сприяння розвитку земельного простору // ABIEG 1999. № L 160. S. 80.
14. Розпорядження 2092/91 про екологічне землекористування та відповідні дані про сільськогосподарську продукцію та продукти харчування // ABIEG 1991. № L 198. S. 1.
15. Кремер Л. Экологическое право Европейского Союза / Л. Кремер // Экологическое право: учеб. / О. Л. Дубовик, Л. Кремер, Г. Люббе-Вольфф. — М.: Эксмо, 2005. — С. 270.
16. Шемшученко Ю. С. Теоретичні проблеми гармонізації законодавства України з європейським правом / Ю. С. Шемшученко // Вибране. — К.: Юридична думка, 2005. — С. 101.
17. Малшєва Н. Р. Адаптація екологічного законодавства України до Європейського права навколишнього середовища / Н. Р. Малшєва // Екологічне право України. Академічний курс. — К., 2005. — С. 834—835.
18. Шемшученко Ю. С. Теоретичні проблеми гармонізації законодавства України з європейським правом / Ю. С. Шемшученко // Вибране. — К.: Юридична думка, 2005. — С. 103.

Вивчаренко О. А. Земельна ділянка України під охороною джерел міжнародного права навколишнього середовища

Проаналізовано розвиток міжнародно-правових вимог щодо охорони земель в Україні. Досліджено зміни, які відбуваються в міжнародному праві над національним правом. В міжнародному співтоваристві значна увага в статті приділяється охороні природних середовищ існування як важливого елемента захисту і охорони дикої флори та фауни.

Ключові слова: земельні відносини, нормативно-правові акти, національне законодавство.

Вивчаренко О. А. Земельный участок Украины под охраной источников международного права окружающей среды

Проанализировано развитие международно-правовых требований относительно охраны земель в Украине. Исследованы изменения, которые происходят в международном праве над национальным правом. В международном содружестве значительное внимание в статье уделяется охране естественной среды существования как важного элемента защиты и охраны дикой флоры и фауны.

Ключевые слова: земельные отношения, нормативно правовые акты.

Vivcharenko O.A. Land of Ukraine Under Protected of International Environmental Law Sources

The development of international legal requirements for protection of land in Ukraine is analyzed. The changes that occur in international law over national law are investigated. In the international community much attention is paid to the fact of existence of conservation as an important element of protection and conservation of wild flora and fauna.

Keywords: land relations, legal acts, national legislation.

Правовий режим природних ресурсів виключної (морської) економічної зони в історичному аспекті поділу морського простору

УДК 341.221.2

Актуальність теми. Необхідно зауважити, що розвиток суспільних відносин в галузі розширеної експлуатації просторів та ресурсів Світового океану та співробітництва держав у даній сфері об'єктивно викликав необхідність у вдосконаленні правових систем, що регулюють відповідні відносини. Таке регулювання має ряд етапів, адже спочатку використання природних об'єктів здійснювалось у нерозривному зв'язку з правом власності на природні ресурси.

Метою є дослідження актуальних питань визначення правового режиму природних ресурсів виключної (морської) економічної зони в історичному аспекті поділу морського простору.

Питання про законність поширення прав власності на морські простори і ресурси було поставлено ще в Римській імперії. Так, відповідно до висловлювань Марціана, "згідно з природним правом загальним надбанням є: повітря, текуча вода, море і відповідно морський берег" [1, с. 386]. Гай вважав, що загальне надбання не належить жодній приватній особі. Воно відрізняється від "речі, що належить декільком власникам" або "загальної власності", яка, за свідченням Ульпіана, є "матір'ю чварів" [1, с. 274, 386, 423]. Море, відповідно, віднесено римським правом до "речі поза цивільним оборотом", причому не до власності держави, а до "загального надбання" [2, с. 124].

При цьому, слід зауважити, що вилучення морського простору з державно-правового обороту не суперечило в римській суспільній правосвідомості визначенню Римом "нашим морем" Тиренського моря (після завоювання Сицилії, Сардинії і Корсики) [1, с. 213] і Середземного моря (після заволодіння Римом Середземноморського узбережжя) [3, с. 9].

У фундаментальному дослідженні правового режиму відкритого моря С. В. Молодцов відзначає, що висловлювання "римських юристів відносились до галузі відносин внутрішньодержавного, а не міжнародного характеру", і погоджується з голландським юристом Франсуа в тому, що римські автори, "говорючи про море як про загальну річ і про неможливість придбання права власності на нього", мали на увазі право індивідуальної, приватної власності і "зовсім не вважали море необмежено відкритим для інших народів, крім римлян" [3, с. 10].

Питання про придатність права власності на морські простори і ресурси досліджувалося і у вітчизняній економічній науці. "Ні в які часи, при будь-яких суспільних відносинах, ніколи ні в якій формі не було власності на Світовий Океан. Ніхто і ніколи раніше не володів ні ним, ні його частинами, ні його ресурсами, ні просторами", - пише Г. К. Войтоловський. "Спроби захоплення у власність (державну або приватну) того, що знаходилось у безкінечному достатку, не мали ніякого економічного змісту. Численні односторонні претензії окремих країн на особисті права у відношенні морів і океанів у дійсності зводилися до прагнення перекрити доступ конкурентів до колоній і морської торгівлі, але не до Світового Океану як об'єкта" [4, с. 48-49].

З розвитком правового регулювання суспільних відносин по використанню природних ресурсів Світового океану складались відповідні системи правових норм, що є елементами самостійної комплексної галузі екологічного права в національному

законодавстві. Що ж стосується питань розвідки і розробки природних ресурсів морського дна за межами територіальних вод, то вирішення таких питань у 1950 р. було запропоновано покласти на ООН. У 1957р. Комісія по вивченню організації світу запропонувала, щоб Генеральна Асамблея ООН проголосила морське дно за межами національної юрисдикції "власністю міжнародного співтовариства". У 1966 р. Комісія запропонувала створити Агентство ООН по морських ресурсах, що повинно було б "управляти міжнародними ресурсами" [5, с. 139].

Висунути в 60-х роках XX століття концепцію "загальної спадщини людства" у відношенні мінеральних ресурсів морського дна за межами дії національної юрисдикції [6, с. 93-106; 7, с. 23-24] в 70-х роках запропоновано було поширити також на морське середовище і на морські біоресурси за межами територіальних вод. Пропозиція не одержала підтримки міжнародного співтовариства [8, с. 28-38, с. 120-150].

Вивчення поглядів на цю проблему має безпосереднє значення для вирішення питання правильного формулювання в сучасних нормативних актах правового статусу природних ресурсів виключної (морської) економічної зони. Із прийняттям Верховною Радою України 16 травня 1995 року Закону України "Про виключну (морську) економічну зону України" [9] відбулися суттєві зміни у правовому режимі природних ресурсів за межами територіального моря і врегулюванні відносин в даній сфері з урахуванням норм міжнародного права.

Але з приводу цього питання існує ряд розбіжностей у чинному законодавстві. Стаття 13 Конституції України відносить природні ресурси виключної (морської) економічної зони України до об'єктів права власності Українського народу [10]. Якщо припустити, що зазначена стаття Конституції регулює відносини, пов'язані з використанням природних ресурсів економічної зони, і що такі ресурси можуть знаходитися у приватній або колективній власності, то подібне тлумачення Конституції буде суперечити міжнародному праву. Адже, відповідно до Конвенції ООН по морському праву [11], прибережній державі дається не право власності на природні ресурси його економічної зони, а тільки суверенні права з метою їх зберігання і використання.

Водночас у чинному законодавстві України (розділ VI Декларації про державний суверенітет України [12], ч.1 ст.4 Закону "Про економічну самостійність Української РСР" [13], ст.4 Закону "Про охорону навколишнього природного середовища" [14]) природні ресурси виключної (морської) економічної зони визнано власністю народу України.

З огляду на це чинне законодавство України в цій частині необхідно привести у відповідність з нормами міжнародного права та спеціального законодавства про виключну (морську) економічну зону, враховуючи пріоритетність останніх.

Якщо Конституція і вказані вище законодавчі акти України визначають природні ресурси виключної (морської) економічної зони власністю народу України, від імені якого виступають державні органи, то необхідно визначити коло тих ресурсів, відносно яких встановлено режим державної власності у відповідності до норм міжнародного права. Характерним прикладом зазначеного слід вважати законодавство колишнього СРСР щодо природних ресурсів континентального шельфу. Так Положенням про охорону континентального шельфу СРСР, затвердженим постановою Ради Міністрів СРСР від 11 січня 1974р. [15], до природних ресурсів континентального шельфу як об'єктів права державної власності відносились мінеральні та інші неживі ресурси поверхні і надр морського дна, живі організми "сидячих" видів, які прикріплені до морського дна чи знаходяться під ним, або здатні пересуватися по дну.

Враховуючи вищесказане, слід зазначити, що при фаховій законотворчості коректніше було б привселюдні владні прерогативи прибережної держави стосовно

морських просторів (суверенні права щодо виключної економічної зони) не плутати із речовим правом - правом власності.

1. Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения. ? М.: Юрид. лит., 1989. ? 447 с.
2. Перетерский И. С. Всеобщая история государства и права. Вып. II. Древний Рим. Учебник для юрид. Институтов. Ч. I. ? М., 1945. ? 190 с.
3. Молодцов С. В. Международно-правовой режим открытого моря и континентального шельфа. ? М.: Издат-во Акад. наук СССР, 1960. ? 348 с.
4. Войтоловский Г. К. Стратегия рыболовства. ? М., 1988. ? 116с.
5. Океан, техника, право / Отв. ред. Лазарев М. И., Сперанская Л. М. ? М.: Юрид. лит., 1972. ? 230 с.
6. Международный район дна Мирового океана. Проблемы использования ресурсов и пространств / Под ред. Л. Л. Любимова. ? М., 1980. ? С. 93-106.
7. Яковлев И. И. Международный орган по морскому дну. - М.: Международные отношения, 1986. - 160 с.
8. Колодний А. Л. Мировой океан. Международно-правовой режим. Основные проблемы. ? М., 1973. ? 232 с.
9. Про виключну (морську) економічну зону України. Закон України від 16 травня 1995р. // Відомості Верховної Ради України. - 1995. - № 21. - Ст. 152.
10. Конституція (Основний закон) України (відповідні статті). // Відомості Верховної Ради України. - 1996.
11. Конвенція ООН по морському праву от 10 декабря 1982р.// Собрание законодательства РФ. - 1997. ? № 48. - С. 5493.
12. Декларація про державний суверенітет України // Відомості Верховної Ради УРСР ? 1990. ? № 31. - С. 429.
13. Про економічну самостійність України. Закон Української РСР від 3 серпня 1990р. // Відомості Верховної Ради УРСР - 1990. - № 34. - Ст.499.
14. Про охорону навколишнього природного середовища. Закон України від 25 червня 1991р.// Відомості Верховної Ради України, 1991. ? № 41. - Ст.546.
15. Положение об охране континентального шельфа СССР. Постановление Кабинета Министров СССР от 11 января 1974г.// СП СССР. - 1974. ? № 3. - С. 18.

Вітовська І. В. Правовий режим природних ресурсів виключної (морської) економічної зони в історичному аспекті поділу морського простору

Дана стаття дозволяє прослідкувати історичний розвиток питання про придатність права власності на морські простори і ресурси. Вивчення поглядів з цієї проблеми має безпосереднє значення для правильного формулювання в сучасних нормативних актах правового статусу природних ресурсів виключної (морської) економічної зони України. Саме даній проблематиці присвячене дане дослідження.

Ключові слова: морський простір, правовий режим.

Витовская И. В. Правовой режим природных ресурсов исключительной (морской) экономической зоны в историческом аспекте раздела морского пространства

В данной статье представлен обзор исторического развития вопроса о пригодности права собственности на морские пространства и ресурсы. Изучение взглядов по этой проблеме имеет непосредственное значение для правильной формулировки в современных нормативных актах правового статуса природных ресурсов исключительной (морской) экономической зоны Украины. Именно этой проблематике посвящено данное исследование.

Ключевые слова: морское пространство, правовой режим.

The stated article allows to trace the historical development of the question on the aptitude of the property right on the sea space and resources. The study of this problem views has immediate meaning for right formulation of the exceptional (sea) economical zone's natural resources' legal status in the modern normative acts. This investigation is dedicated to the above-mentioned problems.

Keywords: sea space, legal regime.

Черногуз А. Ф.

Класифікація збитків, заподіяних власникам земельних ділянок та землекористувачам (на базі норм конституційного, цивільного та земельного законодавства України)

УДК 349.41

Проблема відшкодування збитків власникам земельних ділянок та землекористувачам має не лише важливе теоретичне значення (з точки зору розуміння поняття "збитки", співвідношення даного поняття з поняттями "школа" та "втрати"), а й практичне значення (визначення правових підстав відшкодування збитків, їх розрахунок та порядок компенсації).

Варто зазначити, що проблема відшкодування збитків власникам земельних ділянок та землекористувачам прямо чи опосередковано висвітлена у наукових дослідженнях, які здійснили В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, О. А. Вівчаренко, І. І. Каракаш, М. В. Краснова, В. І. Семчик, М. В. Шульга та інші науковці.

Однак, проблема класифікації збитків, заподіяних власникам земельних ділянок та землекористувачам, потребує додаткового наукового дослідження. Тому предметом даної наукової статті виступатиме нормативно-правова класифікація збитків, що заподіюються власникам земельних ділянок та землекористувачам. Однак, така класифікація буде здійснена не лише на базі норм земельного законодавства, а й з урахуванням тих видів збитків, які визначені конституційно-правовими та цивільно-правовими нормами, які поширюють свою дію і на земельні правовідносини.

Для того, щоб системно дослідити правову природу збитків, які заподіюються власникам земельних ділянок та землекористувачам, а також удосконалити механізм їх відшкодування, потрібно здійснити їх науково-практичну класифікацію, яку покласти в основу розвитку земельного законодавства України в частині визначення розміру та способів відшкодування цих збитків.

Багатоманітність форм заподіяння збитків, характер нормативного закріплення способів відшкодування збитків обумовлює їх класифікацію за різними критеріями.

На базі норм Конституції України, які на загальноправовому рівні визначають правові наслідки заподіяння збитків як різновиду шкоди, можна встановити також класифікацію окремих видів збитків.

У першу чергу, зі змісту ч. 4 ст. 32, ст. 56, ст. 62 Конституції України [1] буквально закріплена юридична класифікація шкоди, як найзагальнішої категорії, за об'єктом посягання на:

1. Збитки (шкоду, що заподіяна майну, майновим правам та інтересам суб'єктів);
2. Моральну шкоду (шкоду, що заподіяна їх особистим (немайновим) благам).

Далі збитки (як різновид шкоди) на базі положень Основного Закону України також можна класифікувати за суб'єктами заподіяння на:

1. Збитки, заподіяні загальними суб'єктами (фізичними, юридичними особами та ін.), визначені у ст. 66 Конституції України ("Кожен зобов'язаний не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодувати завдані ним збитки.");

2. Збитки, заподіяні спеціальними суб'єктами (органами державної влади, включаючи судові та правоохоронні органи, та органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами), що впливає зі ст. 56 ("Кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної ... шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень") та ст. ч. 4 ст. 62 Конституції України ("У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодує матеріальну ... шкоду, завдану безпідставним засудженням") [1]. У цитованих вище положеннях Конституції України під матеріальною шкодою розуміються саме збитки.

Зі ст. 56 та ч. 4 ст. 62 впливає ще один критерій класифікації збитків – критерій суб'єкта відшкодування, оскільки суб'єкти заподіяння збитків та суб'єкти відшкодування можуть не співпадати (наприклад, відповідно до ст. 56 та ч. 4 ст. 62 Конституції України суб'єктами заподіяння шкоди в цілому та збитків зокрема визнаються органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові і службові особи, а суб'єктами відшкодування – держава чи органи місцевого самоврядування) [1].

За колом суб'єктів, яким заподіяно збитки, ці збитки, можна класифікувати на:

1. Індивідуальні (особисті, такі, що спрямовані проти майнових інтересів людини, особи);

2. Суспільні (такі, що спрямовані проти майнових інтересів суспільства).

Зокрема у ч. 3 ст. 13 закріплено, що "власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству", а у ч. 7 ст. 41 Конституції України зазначається, що "використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства..." [1]. У цитованих положеннях мова також іде, крім загального поняття "шкода", і про збитки, які є різновидом шкоди, що позначає матеріальну шкоду.

На підставі норм, викладених у ч. 3 ст. 13, ч. 7 ст. 41, ч. 1 ст. 50 та ст. 66 Конституції України [1], можна також класифікувати збитки за сферами суспільного життя, яким вони заподіяні, а саме на:

1. Економічні (у сфері власності та господарювання);

2. Екологічні (збитки, заподіяні довікілю в цілому та окремим природним ресурсам зокрема).

Згідно ч. 1 ст. 22 ЦК України, збитки класифікуються на:

1) Прямі або реальні збитки, тобто втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права;

2) Непрямі збитки або упущена вигода – доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене [2].

Зі змісту ч. 2 ст. 22 ЦК України, на наш погляд, впливає, що збитки за обсягом відшкодування можна класифікувати на:

1) Такі, що відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі;

2) Такі, що відшкодовуються частково, якщо договором або законом передбачено їх відшкодування у меншому розмірі;

3) Такі, що відшкодовуються у кратному обсязі, якщо договором або законом передбачено їх відшкодування у більшому розмірі [2].

З ч. 2 ст. 22 ЦК України також впливає такий критерій класифікації збитків як правова підстава їх відшкодування. За цим критерієм збитки можуть бути класифіковані на:

- 1) Збитки, що відшкодовуються у порядку, встановленому законом;
- 2) Збитки, що відшкодовуються у порядку, встановленому договором [2].

Відповідно до ч. 4 ст. 22 ЦК України, на вимогу особи, якій завдано шкоди, та відповідно до обставин справи майнова шкода може бути відшкодована і в інший спосіб, зокрема, шкода, завдана майну, може відшкодовуватися в натурі (передання речі того ж роду та тієї ж якості, поладження пошкодженої речі тощо) [2].

На базі аналізу змісту ч. 4 ст. 22 ЦК України можна також встановити, що збитки класифікуються за способом їх відшкодування на наступні групи:

- 1) Збитки, які відшкодовуються у грошовій формі;
- 2) Збитки, які відшкодовуються у натуральній формі [2].

Відповідно до ст. 156 ЗК України, власникам землі та землекористувачам відшкодовуються збитки, заподіяні внаслідок:

- а) Вилучення (викупу) сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників для потреб, не пов'язаних із сільськогосподарським і лісгосподарським виробництвом;
- б) Тимчасового зайняття сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників для інших видів використання;
- в) Встановлення обмежень щодо використання земельних ділянок;
- г) Погіршення якості ґрунтового покриву та інших корисних властивостей сільськогосподарських угідь, лісових земель та чагарників;
- г) Приведення сільськогосподарських угідь, лісових угідь та чагарників у непридатний для використання стан;
- д) Неодержання доходів за час тимчасового невикористання земельної ділянки [3, с. 578].

Згідно з п. 4 Порядку визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 19.04.1993 р. № 284, відшкодуванню підлягають:

1. Вартість житлових будинків, виробничих та інших будівель і споруд, включаючи незавершене будівництво;
2. Вартість плодючих та інших багаторічних насаджень;
3. Вартість лісових і деревно-чагарникових насаджень;
4. Вартість водних джерел (колодязів, ставків, водоймищ, свердловин тощо), зрошувальних і осушувальних систем, протнерозійних і протиселевих споруд;
5. Понесені витрати на поліпшення якості земель за період використання земельних ділянок з урахуванням економічних показників, на незавершене сільськогосподарське виробництво (оранка, внесення добрив, посів, інші види робіт), на розвідувальні та проектні роботи;
6. Інші збитки власників землі і землекористувачів, у тому числі орендарів, включаючи неодержані доходи, якщо вони обґрунтовані [4].

У науці земельного права також наводиться класифікація збитків. Зокрема І. І. Каракаш розрізняє збитки, заподіяні винними протиправними діями, від збитків, що заподіяні правомірними діями. На його думку, збитки, заподіяні правомірними діями, підлягають відшкодуванню лише у випадках, передбачених законом. Відшкодування протиправної шкоди, на його думку, передбачене не тільки земельним, а й цивільним та екологічним законодавством [5, с. 201 – 202]. Схожої думки дотримується також М. В. Краснова, зазначаючи, що збитки, заподіяні правомірними діями, відшкодовуються у тих випадках, коли це безпосередньо передбачено в законі. До таких випадків М. В. Краснова відносить відшкодування

збитків, заподіяних вилученням (викупом) земельних ділянок для суспільних потреб, тимчасовим зайняттям земельних ділянок, обмеженням прав власників землі та землекористувачів, якщо воно здійснюється відповідно до статті 111 ЗК України за рішенням уповноважених органів [6, с. 471].

1. Конституція України від 28.06.1996 // ПС "Законодавство" станом на 01.02.2010 р.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 // ПС "Законодавство" станом на 01.02.2010 р.
3. Земельний кодекс України. Науково-практичний коментар за загальною редакцією академіка АПН України Семчика В. І. – К.: Ін Юре, 2007. – 896 с.
4. Постанова Кабінету Міністрів України "Про Порядок визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам" від 19 квітня 1993 р. № 284 (зі змінами, внесеними згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 14.01.2004 № 21).
5. Земельне право України: Підручник / За ред. Погрібного О. О., Каракаша І. І. – К.: Істина, 2003. – 448 с.
6. Земельний кодекс України. Науково-практичний коментар за загальною редакцією академіка АПН України Семчика В. І. – К.: Ін Юре, 2003. – 876 с.

Черногуз А. Ф. Класифікація збитків, заподіяних власникам земельних ділянок та землекористувачам (на базі норм конституційного, цивільного та земельного законодавства України)

Автором статті досліджено основні види збитків, які заподіюються власникам земельних ділянок та землекористувачам, з урахуванням норм конституційного, цивільного та земельного законодавства. В основу класифікації покладено різні критерії: суб'єкт заподіяння шкоди, способи її заподіяння та інші критерії.

Ключові слова: шкода; збитки; втрати; відшкодування збитків; класифікація збитків, заподіяних власникам земельних ділянок та землекористувачам.

Черногуз А. Ф. Классификация убытков, причиненных владельцам земельных участков и землепользователям (на базе норм конституционного, гражданского и земельного законодательства Украины)

Автором статьи исследованы основные виды убытков, которые причиняются владельцам земельных участков и землепользователям, с учетом норм конституционного, гражданского и земельного законодательства. В основу классификации положены разные критерии: субъект причинения вреда, способы ее причинения и другие критерии.

Ключевые слова: ущерб; убытки; утери; возмещение убытков; классификация убытков, причиненных владельцам земельных участков и землепользователям.

Chernoguz A.F. Classification Of Losses, Caused The Proprietors Of Lands And Users Of Lands (On The Base Of Norms Of Constitutional, Civil And Landed Legislation Of Ukraine)

The author in the article investigates the basic types of losses which are caused by the proprietors of lands and users of lands. The norms of constitutional, civil and landed legislation are taken into account in the investigation. Different criteria are fixed in basis of classification: subject of damnification, methods of its infliction and other criteria.

Keywords: damage; harm; losses; compensation of losses; classification of losses, caused the proprietors of lands and users of lands.

Питання трудового права та права соціального забезпечення

Кохан Н. В.

Удосконалення правового регулювання гарантій, що забезпечують виконання працівниками покладених на них обов'язків

УДК 351.83

Перехід України до ринкової економіки і побудова відповідної законодавчої бази створили об'єктивні умови для реалізації гарантій трудових прав не тільки на етапі залучення працівників у сферу праці, але й у процесі виконання трудової функції, тобто тоді, коли працівник уклав трудовий договір і приступив до виконання обумовленої ним роботи.

До числа гарантій, що забезпечують виконання трудових прав, відносяться як загальні юридичні гарантії трудових прав, які поширюються на всіх працівників, так і спеціальні (додаткові), що стосуються лише окремих категорій (жінок, молоді, інвалідів і інші). Чинне законодавство передбачає широке коло юридичних гарантій, що забезпечують здійснення трудових прав працівниками в процесі їх трудової діяльності. Одні з цих гарантій закріплені в правових нормах, що визначають порядок зміни і припинення трудових відносин або забороняють роботодавцю виконувати дії, що порушують права працівників. Наприклад, залучати працівника до понаднормових робіт (окрім випадків, передбачених ст.62 КЗпП), замінити відпустку грошовою компенсацією особам віком до 18 років (ст.83 КЗпП) та ін. Мета інших юридичних гарантій, що забезпечують здійснення трудових прав, – стимулювання працівників до поєднання їхньої трудової діяльності із суспільно-політичною або творчою, до підвищення їхньої кваліфікації. Наступні юридичні гарантії спрямовані на обмеження утримань із заробітної плати робітників та службовців, четверті – на обмеження при покладенні на працівників матеріальної відповідальності за шкоду, заподіяну роботодавцю, п'яті – визначають систему органів нагляду і контролю за дотриманням законодавства про працю.

Отже, гарантії, що здійснюють правове регулювання робочого часу становлять окрему групу гарантій, які забезпечують реалізацію права на працю.

Як вважає А. М. Курінний [1], трудова діяльність кожного працівника, незалежно від специфіки його трудової функції, протікає у часі. Тому час, який затрачає працівник на працю, виступає основним мірилом ефективності трудового процесу. Адже чим більше працює особа, тим менша її ефективність праці.

Даним науковцем робочий час визначається як сукупність двох періодів – часу, протягом якого працівник відповідно до правил внутрішнього трудового розпорядку організації та умов трудового договору повинен виконувати трудові обов'язки (час, який працівник фактично затрачає на працю), та інших часових періодів, які відповідно до законів та інших нормативних актів відносяться до робочого часу (до таких періодів належать деякі види перерв протягом робочого дня, що надаються працівникам у визначених випадках, наприклад, перерви для обігріву та відпочинку; перерви, що надаються жінкам для годування дитини; час простою не з вини працівника).

Інша група науковців [2] підтримує думку, що категорія робочого часу знаходиться у діалектичному поєднанні з іншою категорією – часом відпочинку. Соціально-економічний взаємозв'язок вказаних категорій проявляється в тому, що чим більша або менша одна частина (наприклад, робочий час), тим відповідно менша або більша його друга частина (час відпочинку).

Проаналізувавши висловлені точки зору, слід зазначити, що обидві є правовими та заслуговують на увагу.

Правове регулювання робочого часу полягає у нормуванні його тривалості, а однією із функцій нормування робочого часу є гарантованість, яка полягає у встановленні державою максимальної тривалості робочого часу, дотримання якої є обов'язковим для всіх роботодавців [3].

Так, частина 3 статті 45 Конституції України закріпила, що максимальна тривалість робочого часу визначається законом. У свою чергу, стаття 50 КЗпП України гарантує працівникам, що нормальна тривалість робочого часу не може перевищувати 40 годин на тиждень. Дана норма повною мірою відповідає Конвенції МОП № 47 “Про 40-годинний робочий тиждень” [4] та Директиві 93/104 ЄС від 23 листопада 1993 року, яка стосується деяких аспектів організації робочого часу (згідно з нею на території Європейського Союзу тривалість робочого тижня не повинна перевищувати 48 годин). Зміст статті 131 проекту ТК України повною мірою відповідає встановленим вимогам.

Трудове законодавство не містить визначення поняття робочого часу, його визначено у науковій літературі.

На думку П. Д. Пилипенка, робочий час – це встановлений законом колективним договором чи угодою сторін період, протягом якого працівники зобов'язані виконувати роботу, обумовлену трудовим договором [5].

Подібне визначення дається у коментарі до статті 50 КЗпП України, за яким робочий час – це час, протягом якого працівник зобов'язаний виконувати трудову функцію відповідно до трудового договору і законодавства про працю. У коментарі зазначено, що саме так дане поняття повинно розумітися в межах трудових правовідносин [6].

З цього визначення у роботодавця виникає обов'язок колективним або трудовим договором передбачити для працівника робочий час в межах, визначених державою, та право вимагати від працівника протягом робочого часу виконання трудових обов'язків і дотримання правил внутрішнього трудового розпорядку. Відповідно у працівника виникає зустрічне право – вимагати від роботодавця в індивідуально-договірному порядку визначити робочий час та обов'язок протягом цього часу, дотримуючись правил внутрішнього трудового розпорядку, виконувати трудову функцію.

Таким чином, визначення робочого часу гарантує працівнику захист від експлуатації з боку роботодавця, а роботодавцю – право вимоги на ефективне виконання працівником встановленого обсягу робіт.

Окрім визначення максимальної тривалості робочих годин на тиждень для працівника, держава гарантує право сторонам трудових відносин самостійно у

договірному порядку (колективним або трудовим договором) встановлювати меншу норму тривалості робочого часу, ніж 40 годин на тиждень.

Існують і інші гарантії, що забезпечують здійснення працівником свого права на працю. Проголошене у статті 24 Загальної декларації прав людини та статті 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права право на відпочинок закріплено статтею 45 Конституції України, відповідно до якої кожен, хто працює, має право на відпочинок, яке деталізовано КЗпП України та Законі України “Про відпустки” №504/96-ВР від 15 листопада 1996 року [7].

Необхідно звернути увагу на те, що Конституція України, КЗпП України та Закон “Про відпустки” закріплює право на відпочинок для всіх, хто працює, а не лише для працюючих за наймом. Тому категорія працюючих членів акціонерних товариств та інших корпоративних організацій також потрапляють під дію статті 45 Конституції та статті 2 Закону України “Про відпустки”.

М. В. Вітрук [8] звертає увагу на те, що право на відпочинок мають не тільки ті особи, які є найманими працівниками, адже будь-яка людина – домогосподарка, школяр чи пенсіонер – має відповідну фізіологічну потребу.

Проаналізувавши чинне на сьогодні трудове законодавство, слід зауважити, що воно не містить визначення поняття “час відпочинку”. Таке визначення вироблено наукою трудового права.

З цього приводу П. Д. Пилипенко [9] зазначає, що оскільки законодавець протиставляє час відпочинку робочому часу, то тим самим весь час особи, що знаходиться в трудових відносинах, поза межами робочого часу, вважається часом відпочинку.

Відповідно до статей 50, 51, 54, 66-84 КЗпП України, право працівників на відпочинок забезпечується такими загальними гарантіями: працівникам надаються через чотири години після початку роботи перерви для відпочинку і харчування, а на тих підприємствах, де через умови виробництва перерву встановити неможливо, надається можливість приймати їжу протягом робочого дня; працівникам надаються вихідні дні (при 5-денному робочому тижні – два дні; при 6-денному – один день); у випадку, коли святковий або неробочий день (що визначений у статті 73 КЗпП України) збігається з вихідним днем, вихідний день переноситься на наступний після святкового або неробочого; тривалість щотижневого безперервного відпочинку повинна бути не меншою ніж 42 години; робота у вихідний день компенсується за згодою сторін наданням іншого дня відпочинку або у грошовій формі в подвійному розмірі.

Самостійним видом часу відпочинку є відпустки, які забезпечуються загальними і спеціальними гарантіями.

Основоположною загальною гарантією, яка забезпечує право працівника на відпочинок, є частина 1 статті 79 КЗпП України, якою гарантується право надання щорічної основної та додаткової відпустки повної тривалості в перший рік роботи після закінчення шести місяців безперервної роботи на даному підприємстві, установі, організації. До настання шестимісячного терміну працівники можуть реалізувати своє право не в повному обсязі, а лише пропорційно до відпрацьованого часу. Однак виняток становить категорія працівників, передбачена статтею 10 Закону України “Про відпустки”, які в будь-якому випадку мають право на відпустку повної тривалості до настання шести місяців безперервної роботи на даному підприємстві.

Крім того, відповідно до статті 2 Закону України “Про відпустки” від 15 листопада 1996 року [7] право на відпустки гарантується усім громадянам України, які перебувають у трудових відносинах з підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності, а також працюють за трудовим договором у фізичної особи. Нарівні з громадянами України

право на відпустки мають іноземні громадяни та особи без громадянства, які працюють в Україні. Працівники, які працюють за трудовим договором, мають право на відпустку незалежно від строку трудового договору. Право на відпустку мають також сезонні, тимчасові працівники й сумісники, які перебувають у трудових відносинах з підприємствами на підставі трудового договору.

Розмір і форма оплати праці не впливають на реалізацію права на відпустку.

Відповідно до цитованої статті Закону України "Про відпустки" право на відпустки забезпечується загальними гарантіями, які полягають у гарантованому наданні відпустки визначеної тривалості зі збереженням при цьому місця роботи, заробітної плати; забороною замінювати відпустку грошовою компенсацією, крім випадків виплати такої компенсації за всі невикористані дні відпустки при звільненні, а також якщо працівник бажає її грошової компенсації, при цьому тривалість наданої працівникові щорічної та додаткових відпусток не повинна бути менша ніж 24 календарних дні.

Питання забезпечення гарантій в оплаті праці традиційно входять у сферу державного регулювання, в якому держава шляхом встановлення мінімальної заробітної плати та інших державних норм і гарантій, які поширюються на працівників всіх форм власності, регулює питання оплати праці [10].

Таким чином, до загальних гарантій щодо оплати праці відносяться ті заходи та правові засоби впливу, що повинні забезпечити кожному працівникові здійснення їхнього права на гідну винагороду. Гарантованість оплати праці впливає безпосередньо із Конституції України, яка у статті 43 встановлює право кожного на заробітну плату не нижче від визначеної законом. У відповідності до цього положення частина 5 статті 95 КЗпП України, частина 4 статті 3 Закону України "Про оплату праці" від 24 березня 1995 року [10] та стаття 219 проекту ТК України визначили, що мінімальна заробітна плата є державною соціальною гарантією, обов'язковою на всій території України для підприємств усіх форм власності і господарювання.

Варто звернути увагу і на те, що встановлений розмір мінімальної заробітної плати відіграє подвійну роль: з одного боку, він впливає на побудову тарифної системи, з іншого – мінімальна заробітна плата має гарантійний характер.

Особливістю заробітної плати в Україні на сучасному етапі є те, що вона найчастіше не є реальною оплатою за працю, не забезпечує покладені на неї поновлювальну й стимулюючу функції. Сам рівень оплати праці не завжди покриває навіть рівень оплати життя й проїзду до місця роботи [11].

Таким чином, захист права працівника на гідну й своєчасну винагороду за працю є одночасно захистом конституційного права громадян України на гідний життєвий рівень для них і членів їх родин, оскільки для більшості з них заробітна плата є єдиним або основним джерелом доходу.

У зв'язку із цим заслуговує на увагу новація російського законодавця, який передбачив у новому Трудовому кодексі Російської Федерації, що несвоєчасна виплата заробітної плати або виплата її не в повному розмірі розглядається як примусова праця [12]. Доцільно було б аналогічною нормою доповнити проект ТК України, передбачивши при цьому відповідальність роботодавця за застосування примусової праці.

Іншою важливою гарантією при оплаті праці є недопущення дискримінації або будь-якого зниження розмірів оплати праці. Якщо провести паралель між підставами щодо недопущення дискримінації, передбаченими статтею 48 Маастрихтського договору ЄС та підставами, визначеними статтями 2? і 22 КЗпП України та статтею 21 Закону України "Про оплату праці" від 24 березня 1995 року [10], то можна помітити, що в цьому плані національне законодавство повною мірою відповідає законодавству ЄС.

Позитивним є те, що частиною 4 статті 97 КЗпП України та статтею 22 Закону України “Про оплату праці” [10] забороняється суб’єктам організації оплати праці в односторонньому порядку приймати рішення з питань оплати праці, що погіршують умови, встановлені законодавством, угодами і колективними договорами.

Однак, зіставивши статті 97 КЗпП України і 22 Закону України “Про оплату праці” із статтею 218 проекту ТК України, слід зауважити, що стаття проекту передбачає обов’язок роботодавця доводити до відома працівника під час прийняття його на роботу умови оплати праці, розміри, порядок і строки виплати заробітної плати, підстави, згідно з якими можуть проводитися відрахування із заробітної плати та нові або зміну діючих умов оплати праці в бік погіршення не пізніше ніж за два місяці до їх запровадження або зміни.

Разом з тим, проект ТК України не містить заборони, яка б забороняла роботодавцю в односторонньому порядку приймати рішення, що погіршують умови оплати праці працівника.

Таким чином, упереджуючи зловживання з боку роботодавця, статтю 218 проекту ТК України необхідно доповнити частиною 3 такого змісту: “роботодавець не має права в односторонньому порядку приймати рішення з питань оплати праці, що погіршують умови, встановлені законодавством, колективним та трудовим договорами”.

Однак на сьогодні проблемою правового захисту права працівників на гідну оплату праці є те, що значна частина заробітної плати виплачується неофіційно. Оцінка статистичних даних свідчить про те, що заробітна плата понад 1000 гривень, як правило, стає тіньовою [13]. Це, насамперед, характерно для приватних підприємств та організацій.

Поширеного характеру набуло явище несвоечасної виплати заробітної плати. Подолання цієї проблеми, як зауважив суддя Конституційного Суду України В. Вознюк [14], є нагальним питанням.

Поряд із вищерозглянутими загальнодержавними гарантіями важливе значення мають гарантії, спрямовані на обмеження відрахувань із заробітної плати. У статті 127 КЗпП України записано, що відрахування із заробітної плати можуть проводитись тільки у випадках, передбачених законодавством України.

На підставі статті 97 КЗпП України, статті 14 Закону України “Про оплату праці” та статей 209, 221 проекту ТК України оплата праці здійснюється й у договірному порядку. Порядок та умови при договірному врегулюванні оплати праці не можуть бути змінені в бік погіршення й обмеження прав працівників, але можуть бути покращенні, збільшені за рахунок прибутку підприємства, додаткових засобів власника. Дотримання державних норм і гарантій є обов’язковим для підприємств та організацій усіх форм власності і видів господарювання.

Проаналізувавши чинне законодавство, яке регулює оплату праці, слід зауважити те, що до сфери державного регулювання відносяться як загальні, так і спеціальні гарантії в оплаті праці, а до сфери договірному регулювання можуть бути віднесені лиш спеціальні гарантії з оплати праці.

Іншою гарантією є право працівника на належні, безпечні та здорові умови праці, включаючи право на отримання інформації щодо умов праці та вимог охорони праці на робочому місці, передбачене частиною 10 статті 21 проекту ТК України, кореспондується в обов’язок роботодавця створювати працівникові належні умови праці, що передбачається статтею 27 та 271 проекту ТК України. Дане право не залишив поза увагою й КЗпП України. Так, статтею 153 КЗпП України на всіх підприємствах, установах, організаціях працівнику гарантуються безпечні, нешкідливі умови праці, забезпечення яких покладається на власника або уповноваженого ним органу.

У теорії і практиці поняття "правова охорона праці і здоров'я" вживається у двох значеннях. У широкому сенсі цього слова до вказаного поняття відносять юридичні заходи щодо покращення умов праці і відпочинку, гарантії проти необґрунтованих переміщень працівника, відхилення від нормального робочого часу і часу відпочинку, медичне обслуговування працівників. У вузькому розумінні – це юридичне забезпечення працівників, удосконалення техніки безпеки, виробничої санітарії і гігієни, охорони праці жінок, молоді, інвалідів і деяких інших осіб, що потребують додаткових гарантій при охороні праці.

КЗпП України, Законом України "Про охорону праці" від 14 жовтня 1992 року [15] та проектом ТК України передбачені загальні гарантії права на безпечні та нешкідливі умови праці, що надаються всім працівникам, а також передбачено додаткові гарантії для певних категорій працівників, що зумовлено підвищеними вимогами охорони їх здоров'я. До таких категорій належать працівники, які працюють у шкідливих і небезпечних умовах праці, неповнолітні особи, жінки, особи з пониженою працездатністю.

Однією з основних гарантій для працівника є те, що умови трудового договору не можуть містити положень, що суперечать законам та іншим нормативно-правовим актам з охорони праці.

Важливою гарантією охорони праці є надання працівнику інформації про умови праці на підприємстві і, зокрема, на робочому місці. Крім загальних питань з охорони праці, роботодавець зобов'язаний проінформувати громадянина про наявні на майбутньому робочому місці шкідливі та небезпечні виробничі фактори, які ще не усунуто.

Важливим нововведенням для працівника є гарантія, яка передбачена статтею 9 Закону України "Про охорону праці". Згідно з нею, відшкодування шкоди заподіяної працівникові внаслідок ушкодження його здоров'я або у разі смерті працівника, покладається на Фонд соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України.

Вивчаючи проект ТК України, слід зауважити те, що в ньому не міститься норми, якою визначався б суб'єкт відшкодування шкоди, заподіяної працівникові внаслідок ушкодження його здоров'я або у разі смерті працівника.

Відповідно до статей 7, 21 Закону України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності" №1105-14 від 23 вересня 1999 року [16], відшкодування шкоди працівникові в разі нещасного випадку на виробництві чи професійного захворювання, які призвели до втрати працездатності або його загибелі, будуть відшкодовуватись за рахунок Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України і залежатимуть від ступеня втрати працівником працездатності, на підставі виданих лікарями рецептів, санаторно-курортних карток, довідок або рахунків про їх вартість.

Однак на практиці може виникнути ситуація, коли працівник потребує надання додаткових медичних послуг, які необумовлені в медичному висновку лікаря. На мою думку, в такому разі, за клопотанням самого працівника, яке подається на розгляд до МСЕК, витрати на надання таких додаткових послуг доцільно покласти на роботодавця.

Привівши проект ТК України у відповідність до положень статті 9 Закону України "Про охорону праці", в подальшому, можна буде уникнути спірних питань щодо суб'єкта відшкодування заподіяної працівнику шкоди, а це, в свою чергу, зміцнить гарантії для працівника у сфері охорони праці та захисту життя і здоров'я самого працівника.

Втім, стан охорони праці в Україні сьогодні не можна визнати задовільним. Це підтверджується високим рівнем травматизму, в тому числі смертельного, особливо в таких важливих для економіки держави галузях, як вугледобувна, будівництво і транспорт. Причиною такого стану є недосконалість чинного законодавства, невідповідність багатьох нормативно-правових актів вимогам часу і рівню технологічного прогресу [17].

Отже, для належної реалізації стороною своїх прав та взятих на себе зобов'язань при державно-правовому регулюванні праці передбачаються мінімальні гарантії у сфері робочого часу, часу відпочинку, оплати праці та охорони праці, які є непорушними гарантіями при забезпеченні правового статусу сторони трудового правовідношення. У сучасний період акцент встановлення гарантії у трудових відносинах зміщується з законодавчого на договірний, який також повинен забезпечити безперешкодну реалізацію прав та обов'язків, а також сприяти їх удосконаленню в проєкті ТК України.

1. Трудовое право России: учебник / под ред. А. М. Куринного. – М. : Юристъ, 2004. – 493с.
2. Трудовое право: практикум / под ред. К. Н. Гусова. – М. : Изд-во "Проспект", 2001. – 217с.
3. Смигирева Н. О. Рабочее время и время отдыха / Н. О. Смигирева. – М. : Изд-во Проспект, 2000. – 147с.
4. Про ратифікацію Конвенції МОП №29: закон Української РСР // Відомості Верховної Ради. – 1956. – №5. – Ст.75.
5. Трудовое право України: навч. посіб. / за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Істина, 2005. – 535с.
6. Науково-практичний коментар до законодавства України про працю / В. Г. Ротань, І. В. Зуб, В. С. Стігінський. – 6-е вид. – К. : А. С. К., 2005. – 976с.
7. Про відпустки: закон України від 15 листопада 1996 року №504/96-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1997. – №2. – С. 4.
8. Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе / Н. В. Витрук. – М. : Наука, 1979. – 276с.
9. Пилипенко П. Д. Трудовое право України. Академічний курс: підруч. / П. Д. Пилипенко. – К. : Видавничий дім, 2004. – 536с.
10. Про оплату праці: закон України від 24 березня 1995 року № 108/95-ВР (із останніми змінами) // Відомості Верховної Ради України 1995. – №17. – Ст.121.
11. Стан справ у сфері заробітної плати // Праця і зарплата. –2001. – №7. – С. 8.
12. Трудовой кодекс Российской Федерации. – М. : Юринформ, 2002. – 950с.
13. Уздовская О. Законодательные нормы, регулирующие оплату труда. Порядок применения / О. Уздовская // Все о бухгалтерском учете. – 2000. – №99. – С. 20.
14. Вознюк В. Конституційні гарантії права людини на своєчасне одержання винагороди за працю / В. Вознюк // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – №5. – С. 82-88.
15. Про охорону праці: закон України від 14 жовтня 1992 року № 2694-12 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №49. – Ст.668.
16. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності: закон України від 23 вересня 1999 року №1105-14 // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 46-47. – Ст.403.
17. Чанишева Г. І. Трудовое право України / Г. І. Чанишева, Н. В. Вологіна. – Х. : Одиссей, 2000. – 560с.

Кохан Н. В. Удосконалення правового регулювання гарантій, що забезпечують виконання працівниками покладених на них обов'язків

У даній статті досліджені гарантії, що забезпечують реалізацію трудових прав працівників. Сформульовано моделі правових норм, що регулюватимуть трудові права працівників у новому Трудовому кодексі України та забезпечуватимуть робочий час, час відпочинку, оплату праці, охорону праці

Ключові слова: трудові правовідносини, гарантії, юридичні гарантії, гарантії здійснення трудових прав працівників, гарантійні та компенсаційні виплати, трудовий договір, гарантії при прийнятті на роботу, гарантії в сфері оплати праці.

Kohan N. V. Усовершенствование правового регулирования гарантий, обеспечивающих выполнение работниками возложенных на них обязанностей

В работе исследованы гарантии, предоставляемые работникам для реализации трудовых прав. Исследуются обеспечение рабочего времени, время отдыха, оплаты трудовой деятельности и охраны труда. Выяснено, что "гарантиями по оплате труда" является система средств, способов и условий, которая возлагает на государство и работодателя обязанность обеспечить работнику надлежащее осуществление им своего права на достойное вознаграждение за труд, которое обеспечит достаточных жизненный уровень для него и его семьи.

Ключевые слова: трудовые отношения, гарантии трудовых прав работника, вознаграждение за труд, оплата труда, охрана труда, изменение существенных условий труда, изменения в организации производства и труда.

Kohan N.V. Legal Regulation Of Guarantees To Ensure Accomplishment Of The Duties Assigned To Them

In this article includes analysis of the delineation of labor guarantees depending on the labor and legal relations development stages. Furthermore, suggestions were offered on improvement of legal regulations in the sphere of guarantees ensuring workers' performance of their labor obligations; legal aspects of guarantees provisioning were studied; ways of improving legal guarantees suspending labor relations were offered; and models of labor norms regulating labor relations in the new Labor Code of Ukraine were formulated.

Keywords: labor relations, guarantees, legal guarantees, guarantees for workers' performance of their labor rights, guarantees and compensatory payments, labor contracts, recruitment guarantees, labor payment guarantees.

Проблеми кримінально-правової, кримінально-виконавчої та кримінологічної (профілактичної) політики

Коздаї М. А.

Психологічні аспекти вибору засобів виправлення неповнолітніх засуджених

УДК 343.244

Актуальність. Процес соціалізації людини відбувається з моменту її народження і до того часу, коли індивід може усвідомлено нести відповідальність (як у позитивному, так і в негативному сенсі) за свої соціально значимі дії. Недостатнє вироблення в особі такої якості як відповідальність (у позитивному сенсі), приводить до того, що індивідові рано чи пізно доводиться нести юридичну відповідальність в негативному сенсі. Якщо це трапляється, то говорять, що соціалізація даного індивіда пройшла негативно і потрібне виправлення та ресоціалізація такої особи. Держава у такому разі вимушена притягнути її до кримінальної відповідальності, а при необхідності застосувати заходи кримінального покарання. З того часу і починається для засудженого процес його "ресоціалізації, виправлення (у широкому розумінні цього слова)" [1, с. 57].

Ступінь розробки. В контексті юридичної та пенітенціарної психології проблеми вибору засобів виправлення неповнолітніх засуджених досліджували такі науковці, як: Александрова Л. А. , Баранов П. П. , Волков В. М. , Курбатов В. І. , Дмитров А. В. , Коновалова В. Є. , Коритченкова Н. І. , Костицький М. В. , Кошинець В. В. , Михайлова В. П. , Орбан-Лембрик Л. Е. , Петечел О. Ю. , Чуфаровський Ю. В. , Шепітько В. Ю. , Шиханцов Г. Г. , Янаєв С. І. та ін. Однак розробка співвідношення виховання та виправлення неповнолітніх засуджених потребує додаткової розробки внаслідок специфіки вказаної групи осіб

Метою статті є встановлення психологічних особливостей вибору засобів виправлення неповнолітніх засуджених.

Виклад основного матеріалу. Слід погодитися з М. І. Єнікеєвим і О. Л. Кочетковим в тому, що ресоціалізуюча діяльність виховних установ спрямована на вирішення двох основних завдань: виконання кримінального покарання і ресоціалізацію особи засудженого; формування у нього якостей, необхідних для

адаптованої поведінки в суспільстві. Ці автори правильно звертають увагу на те, що основна особливість виправної діяльності органів, що виконують кримінальне покарання, пов'язана з важковиховуваністю неповнолітніх засуджених, що сам факт поміщення індивіда до виправної установи свідчить про наявність у нього особливих аномалій. Для успішної роботи по ресоціалізації засуджених співробітники виправних установ повинні знати особливі особливості кожного з них. Завдання це складне і трудомістке. Його вирішення вимагає спеціальних психологічних знань, орієнтації в структурі особи, динаміці її поведінки, в релевантних (значущих) для неї засобах впливу [2, с. 375].

Виконання кримінального покарання — один із засобів і умов ресоціалізації особи злочинця. З одного боку, виправна установа повинна моделювати життя звичайного нормального суспільства; з іншого боку, в ній виконується покарання, встановлюється примусовий режим його відбування, що визначає не лише рамки поведінки засуджених, але і межі проведення з ними колекційного впливу. З'єднання цих двох моментів на переломному етапі життя засудженого — найважливіша соціальна проблема теперішнього часу.

Процес ресоціалізації особи засудженого не повинен формувати у нього негативні якості, не розбещувати його етично, не розхитувати його психіку; він має бути відкритим і формувати позитивні якості засудженого.

Позитивні результати переструктурування особи засудженого в період відбуття покарання можуть настати лише при такій ситуації, коли обумовлені для нього заборони і обмеження він сприймає як необхідну і об'єктивну реальність.

Останніми роками у виправній педагогіці сформувалася думка, що перевиховання є процес виховного впливу на засуджених в період відбуття ними покарання, а виправлення — це результат даного процесу. Можна стверджувати, що цей результат можливий лише при комплексному підході в застосуванні до засудженого закладених у виправній педагогіці, психології (і навіть в самому покаранні) засобів, під впливом яких він зміниться в кращу сторону, тобто виправиться. Виховний вплив на засуджених в сукупності з іншими психолого-педагогічними заходами і прийомами дає підставу розглядати його як важливий засіб ресоціалізаційної діяльності виправних установ. Здійснюючі ресоціалізацію засуджених за допомогою їх виправлення органи, виконуючі покарання, індивідуалізують свою роботу [3, с. 65], удосконалюють її напрями, форми і методи, а також забезпечують поле діяльності для психолого-педагогічних служб [4, с. 124].

Діяльність адміністрації виховної колонії, направлена на виправлення засуджених, сама по собі ще не дає гарантії того, що в майбутньому особа, що відбула покарання, знов не скоїть злочин, навіть якщо під час відбуття покарання особа засудженого зазнала глибокі позитивні зміни. Ізоляваність, відірваність від життя на волі породжує ряд проблем, які істотно ускладнюють процес повернення особи, що відбула покарання, в нормальні умови життя.

Як правило, підготовка засуджених до звільнення повинна починатися з перших днів перебування в колонії. В зв'язку з цим на адміністрацію виховної колонії лягає забезпечення наступного завдання - проведення заходів, що створюють передумови для успішного проходження процесу ресоціалізації, складнощі якого обумовлені різкою зміною умов життя визволеного. В тому числі сюди відноситься і вибір засобів впливу на засудженого.

Передбачені законодавством основні засоби виправлення засуджених забезпечують певні напрями цього процесу. Так, наприклад, праця як засіб виправлення забезпечує можливість залучення підлітка до трудової діяльності, освоєння ним відповідній важливий соціальної ролі. Виховна, загальноосвітня, професійна підготовка орієнтовані

на формування в засудженого соціально корисних якостей, розширення кругозору і рівня розвитку для забезпечення можливості нормального входження в соціальне життя після звільнення.

Як справедливо відзначає С. Н. Пономарьов, "...поведінка неповнолітнього засудженого під час відбуття покарання залежить від його адаптації до нових умов. У свою чергу, для неповнолітніх, таких, що відбувають позбавлення волі, одним з головних чинників адаптації до найближчого оточення і підготовки до життя на волі стають міжособові стосунки, що склалися в середовищі засуджених" [5, с. 29].

При виконанні покарання до засуджених застосовуються такі засоби виправлення і ресоціалізації (ч. 3 ст. 6 КВК): встановлений порядок виконання та відбування покарання (режим), суспільно корисна праця, соціально-виховна робота, загальноосвітнє і професійно-технічне навчання, громадський вплив.

Сукупність засобів виправлення засуджених при їх застосуванні утворює виправний вплив, який є особливим виглядом виховного, педагогічного процесу, здійснюваного при виконанні покарань, тобто в умовах реалізації заходів державного примусу, обмеження прав, свобод і законних інтересів засуджених. Вони не тотожні педагогічному процесу, що проводиться, наприклад, в навчальних закладах.

Об'єм і характер засобів виправлення залежить від різних факторів. Згідно ч.4 ст.6 КВК, засоби виправлення і ресоціалізації засуджених застосовуються з урахуванням виду покарання, особистості засудженого, характеру, ступеня суспільної небезпеки і мотивів вчиненого злочину та поведінки засудженого під час відбування покарання. Навіть при виконанні різних видів покарань, пов'язаних з ізоляцією від суспільства, виправний вплив на засуджених відрізняється за своїм змістом.

Виправний вплив відрізняється від звичайного виховання по своєму об'єкту. Стосовно позбавлення волі як об'єкт для нього виступають особи, засуджені до позбавлення свободи, що представляють найбільшу небезпеку для суспільства і запущені в соціально-етичному відношенні. Особливості об'єкту визначають спрямованість виправної дії — не лише формування особи громадянина, але і його виправлення.

Під засобом виправного впливу на засуджених слід розуміти ті заходи, які використовуються в установах і органах, виконуючих кримінальні покарання, для вирішення цілей кримінального покарання.

Закон визначає виправлення засудженого як формування у нього правослухняної поведінки, шанобливого відношення до людини, суспільства, праці, норм і традицій людського співжиття. Закон визначає і основні засоби виправлення засуджених.

Основні засоби виправної дії на засуджених мають неоднакову природу. Режим в своїй основі є правовою категорією. У ньому особливо рельєфно виражені каральна суть кримінального покарання, хоча режим має і певне виховне значення. Він привчає засуджених до порядку, дисципліни, організованості.

Суспільно-корисна праця — категорія економічна, але використовувана у виховних, педагогічних цілях. Причому інтереси виправлення засуджених не повинні підкорятися меті отримання прибутку від їх праці.

Виховна робота і соціальний вплив — категорії педагогічні, етичні, це власне виховні засоби виправлення засуджених. Загальноосвітня і професійна підготовка широко застосовується у виправних установах. Навчання в школі для осіб, що не мають середньої освіти, є обов'язковим. Засуджені можуть навчатися в середній школі, якщо така школа є у виправній установі.

Професійне вчення, професійна підготовка є обов'язковими для осіб, що не мають спеціальності. Відношення засудженого до навчання є одним з критеріїв при визначенні міри його виправлення.

Висновки. Всі засоби виправної дії застосовуються відносно всіх засуджених, проте співвідношення засобів, їх конкретне вживання мають бути строго індивідуалізовані залежно від характеру і міри суспільної небезпеки вчиненого ними злочину, особи конкретного засудженого, а також його поведінка в процесі відбуття покарання. Індивідуалізація вживання основних і інших засобів (робота різних самодіяльних організацій і так далі) виправного впливу проводиться строго в рамках закону.

Але для того, щоб успішно здійснювати індивідуалізацію виконання покарання, необхідно добре знати особу засудженого і враховувати її особливості (в нашому випадку особливо вік, стать, наявність колишньої судимості, рівень освіти, спеціальність, поведінка засудженого, його симпатії і антипатії, схильності і так далі).

У зв'язку з цим необхідно забезпечити виховний заклад кваліфікованими психологами. Лише при тісному контакті вихователів з психологами індивідуальна робота із засудженими досягне належної ефективності. Використання тестів, що визначають психологічну сумісність, дозволить запобігти багатьом конфліктним ситуаціям, створити сприятливий клімат усередині колективу колонії, що значною мірою сприятиме виправленню неповнолітніх засуджених.

1. Шаргородский М. Д. Система наказаний и их эффективность // Советское государство и право. – 1968. – № II. – С. 57.
2. Еникеев М. И., Кочетков О. Л. Общая, социальная и юридическая психология: Краткий энциклопедический словарь. М., 1997. С. 375.
3. Стручков Н. А. Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. С. 65.
4. Рыбак М. С. Воспитательная работа как средство ресоциализации осужденных в исправительных учреждениях: Учебно-метод. пособие. Саратов, 1998. С. 124.
5. Пономарев С. Н. Освобождение от отбывания наказания из воспитательно-трудовых колоний: Дис.канд. юрид. наук. М., 1980. С. 29.

Козодай М. А. Психологічні аспекти вибору засобів виправлення неповнолітніх засуджених.

В статті досліджуються психологічні аспекти вибору засобів виправлення неповнолітніх засуджених

Ключові слова: виправлення, перевиховання, неповнолітній, засуджений.

Kozoday M. A. Psychological aspects of choice of correction methods of underaged condemned.

В статье исследуются психологические аспекты выбора средств исправления несовершеннолетних осужденных.

Ключевые слова: исправление, перевоспитание, несовершеннолетний, осужденный.

Kozoday M.A. Psychological Aspects Of Selection Of Correction Methods Of Condemned Underage.

The article investigates the psychological aspects of choice of correction of condemned underage

Keywords: correction, underage, condemned.

Проблеми поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" у кримінальному праві

УДК 343.2/7

Дія кримінально-правових норм у суспільстві завжди має на меті підтримання правослухняної поведінки його індивідів, що здійснюється у межах запобіжних кримінально-правових відносин і виражається в дотриманні ними кримінально-правових заборон на вчинення суспільно небезпечних діянь. Особа, яка вчинила злочин, не виходить зі сфери дії кримінально-правових норм. Більше того, вимога дотримання розпоряджень цих норм з моменту вчинення злочину починає забезпечуватися за допомогою кримінально-процесуального механізму притягнення особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене Кримінальним кодексом України (далі – КК), до кримінальної відповідальності.

З огляду на це питання про притягнення такої особи до кримінальної відповідальності за злочин – це питання про здатність кримінального права відновити правослухняну поведінку злочинця та його відповідальне ставлення до дотримання кримінально-правових заборон, які були ним порушені.

Питання притягнення особи до кримінальної відповідальності перебували і перебувають в полі зору науковців та практичних працівників. У різні часи їх досліджували такі радянські та вітчизняні вчені, як Л. В. Багрій-Шахматов, Ю. В. Баулін, В. К. Глістін, М. І. Загородников, П. С. Дагель, В. З. Лукашевич, Л. М. Карнеева, І. І. Карпець, С. Г. Келіна, В. Т. Мальяренко, П. С. Матишевський, В. О. Навроцький, І. С. Ной, С. В. Полубінська, О. І. Сянталов та інші.

Однак, проблеми змісту поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" та його функціональної ролі у механізмі реалізації кримінальної відповідальності залишилися поза увагою дослідників. Хоча такі дослідження дуже актуальні та практично необхідні, оскільки це створило підґрунтя для появи в КК України (ст. 372, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212) суперечливих кримінально-правових норм. Такий стан кримінально-правового регулювання окремих питань досліджуваної проблеми неминуче призводить до помилок у судовій та слідчій практиці.

Отже, метою цієї статті є вироблення науково-обґрунтованого підходу до з'ясування правової природи поняття "притягнення до кримінальної відповідальності", що безспідставно визнається надзвичайно важливим в кримінально-правовій та кримінально-процесуальній теорії і практиці.

У зв'язку з цим слід акцентувати увагу на невдалій конструкції ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212 КК, в яких передбачені умови звільнення від кримінальної відповідальності при вчиненні злочинів, шкоду від яких винний може усунути самостійно і цілком, сплативши відповідні платежі, заробітну плату, стипендії, пенсії чи інші встановлені законом виплати громадянам. Однак момент, що визначає своєчасність посткримінальної поведінки – "до притягнення до кримінальної відповідальності" може тлумачитися неоднозначно.

Не виникає сумніву в тому, що поняття "притягнення до кримінальної відповідальності", як і "звільнення від кримінальної відповідальності", відносяться до кримінально-процесуальних категорій, оскільки означають діяльність з реалізації вимог матеріального права. Така діяльність свідчить про наявність саме процесуальних відносин, хоча умови та підстави для притягнення до кримінальної відповідальності

чи звільнення від неї передбачені нормами законодавства про кримінальну відповідальність.

Стаття 2 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) визначає завдання кримінального судочинства, згідно з якими кожний, хто вчинив злочин, має бути притягнутий до відповідальності і жоден невинний не повинен бути покараний. Але кримінально-процесуальний закон не розкриває змісту поняття "притягнення до кримінальної відповідальності".

Деякі автори ототожнюють притягнення до кримінальної відповідальності з процесуальним актом про притягнення як обвинувачуваного [1]. На думку М. С. Алексєєва і В. З. Лукашевич, з моменту притягнення особи як обвинуваченого тільки починається процес притягнення його до кримінальної відповідальності, що має триваючий характер, оскільки визнання обвинуваченого винним і призначення йому законного та справедливого покарання є винятковою прерогативою суду [2]. Протилежну точку зору висловлює М. І. Загородников, на думку якого поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" і "притягнення як обвинуваченого" нерівнозначні, оскільки притягнення до кримінальної відповідальності може здійснюватися лише за вироком суду, що набрав законної сили [3].

Невизначеність поняття "кримінальна відповідальність" Кримінальним кодексом України призводить до того, що в ньому воно використовується довільно. Так, якщо виходити з тексту ст. 372 КК, яка встановлює покарання за притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою, то, безсумнівно, йдеться про досудові стадії кримінального судочинства, тобто про комплекс дій, спрямованих на притягнення особи як обвинуваченого.

Є. В. Фесенко, коментуючи положення ст. 372 КК України, зазначає, що початковою стадією кримінальної відповідальності є момент пред'явлення обвинувачення. Аргументуючи таке розуміння розглядуваного питання, він вказує, що практично з цього моменту найчастіше до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене КК, може бути обрано запобіжні заходи [4]. Конкретним проявом дій з притягнення до кримінальної відповідальності, на думку Є. В. Фесенка, є винесення постанови про притягнення як обвинуваченого або віддання до суду невинної у вчиненні злочину особи [5].

Ю. В. Александров вказує, що злочин, передбачений ст. 372 КК України, вважається закінченим з моменту оголошення невинуватій особі постанови про притягнення її як обвинуваченого за злочин, якого вона не вчинила, незалежно від подальшої долі кримінальної справи. А факт винесення постанови про притягнення цієї особи як обвинуваченого, на його думку, має розцінюватися як готування до злочину [6].

А. М. Бойко зазначає, що притягнення до кримінальної відповідальності як *стадія кримінального переслідування починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину. Підстави і порядок притягнення до кримінальної відповідальності регламентуються кримінальним та кримінально-процесуальним законодавством. Для притягнення особи до кримінальної відповідальності, на думку А. М. Бойка, необхідні дві підстави: кримінально-правова – вчинення суб'єктом діяння, що містить склад злочину, і кримінально-процесуальна – наявність достатніх доказів, які вказують на вчинення цього діяння саме цією особою. На підставі цього він робить висновок, що притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності полягає у тому, що використовуючи свої владні повноваження, слідчий, прокурор чи інша уповноважена на те законом особа виносить вмотивовану постанову про притягнення особи як обвинуваченого і пред'являє їй обвинувачення,*

завідомо знаючи, що ця особа не вчиняла злочину, в якому її обвинувачують [7].

В. І. Тютюгін вважає, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 372 КК, вичерпується фактом притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, що включає дві обов'язкові дії – складання постанови про притягнення особи як обвинуваченого (ст. 131 КПК) і пред'явлення обвинувачення (статті 133, 140 КПК) [8].

Отже, можна дійти висновку, що, незважаючи на розбіжність поглядів на саму кримінальну відповідальність, "притягнення особи до кримінальної відповідальності" вітчизняними вченими ототожнюється з поняттям "притягнення особи як обвинуваченого", а процесуальним вираженням цього є оголошення особі постанови про пред'явлення обвинувачення. Це, на наш погляд, слід розглядати як спробу уникнути тих протиріч, що закладені законодавцем в понятті "притягнення особи до кримінальної відповідальності". Хоча, насправді, розглядуване нами поняття необхідно віднести до процесуальної діяльності.

За тлумачним словником слово "притягнути" означає переміщувати кого-, що-небудь кудись, до когось, чогось або наближати, притискати кого-, що-небудь до когось, чогось: *у сполученні зі словами* до суду, до відповідальності тощо – примушувати кого-небудь відповідати за свої вчинки [9].

Саме такий зміст у понятті "притягнення особи до кримінальної відповідальності" вкладається в норму, що міститься ст. 27 КПК України "Притягнення до кримінальної відповідальності не інакше як за скаргою потерпілого", відповідно до якої за клопотанням прокурора, обвинуваченого, його захисника чи законного представника суддя вправі повернути справу на додаткове розслідування для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб, якщо окремих розгляд справи щодо них неможливий. Хоча й стаття 32 КПК України "Роз'яснення значення термінів Кодексу" не містить тлумачення поняття "притягнення до кримінальної відповідальності".

Все вищесказане свідчить про те, що зміст формули "притягнення до кримінальної відповідальності" недостатньо чітко визначений законодавцем, що надає можливість неоднозначного тлумачення науковцями поняття "притягнення до кримінальної відповідальності". Значно чіткішим є поняття "притягнення як обвинуваченого", що вичерпно визначає процесуальну сутність цього акта і відповідає термінології кримінально-процесуального закону України. При цьому Л. М. Карнеєва виходить з того, що притягнення до кримінальної відповідальності є "одноразовим процесуальним актом", що збігається, на її думку, з "процесуальним актом притягнення особи як обвинуваченого" [10]. Якщо визнати таку тезу правильною, то логічним у цьому випадку буде висновок про те, що винесенням постанови про притягнення особи як обвинуваченого і починається, і завершується притягнення до кримінальної відповідальності. Однак відповідно до ч. 2 ст. 2 КК особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Це положення повністю відтворює вимоги, що передбачені ст. 62 Конституції України. А гарантією цього є положення ч. 1 ст. 2 КК України, відповідно до якої підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом. На підтвердження факту наявності цієї підстави для покладення на особу, яка вчинила злочин, засобів кримінальної відповідальності (одним із яких є покарання) спрямована процесуальна діяльність органів та посадових осіб, які мають право здійснювати провадження в кримінальних справах. Ця діяльність здійснюється в межах кримінально-процесуальних відносинах.

У зв'язку з цим слід визнати, що використовуючи словосполучення "притягнення до кримінальної відповідальності", не можна у будь-якому разі виключити з охоплюваної ним сукупності дій з вирішення питання про юридично значущу констатацію наявності відновлювальних кримінально-правових (матеріальних) відносин, що входить у компетенцію суду і тільки суду. Як зазначають М. С. Алексєєв і В. З. Лукашевич, "притягнення до кримінальної відповідальності здійснюється органом дізнання чи слідчим з моменту винесення постанови про притягнення як обвинуваченого, а остаточно встановлюється кримінальна відповідальність із призначенням міри покарання тільки судом в обвинувальному вирокі" [11].

Враховуючи вищезгадане, слід зазначити, що науковці розглядають притягнення до кримінальної відповідальності як триваючий процес, що неодмінно включає в себе судове вирішення справи по суті. Також необхідно вказати, що актом притягнення до кримінальної відповідальності є й обвинувальний вирок, за яким реалізується кримінальна відповідальність без призначення покарання, оскільки в даному випадку має місце констатація наявності кримінально-правових відносин.

Таким чином, використання терміна "притягнення до кримінальної відповідальності" неможливо без включення в цей процес судового вирішення кримінальної справи по суті. Однак у літературі висловлювалися й заперечення проти вживання цього терміна в процесуальному змісті. Так, М. І. Загородников вказував на те, що притягнення до кримінальної відповідальності за законом про кримінальну відповідальність не рівнозначно, на наш погляд, притягненню як обвинуваченого за кримінально-процесуальним законом [12].

Виходячи з цього, слід зазначити, що питання про зміст і необхідність застосування поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" не може вважатися вирішеним у теорії кримінального права та теорії кримінального процесу. Уживання цього терміна у законодавстві України суперечливо та в деяких випадках призводить до створення нерозв'язних (у межах чинного законодавства) колізій, що не знайшли поки що належного тлумачення та застосування в судовій практиці.

При цьому виникає справедливе запитання про те, чи означає притягнення як обвинуваченого, якщо все-таки користуватися цим терміном, реалізацію кримінально-правових відносин з урахуванням того, що "кримінальна відповідальність настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду"? При всіх варіаціях самого поняття кримінальної відповідальності і при наведених вище різчитаннях у тлумаченні поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" слід зробити категоричний висновок про те, що реалізація відновлювальних кримінально-правових відносин настає тільки за наявності вироку суду, що набрав законної сили, яким встановлюється вина обвинуваченого у вчиненні відповідного злочину. До постановлення такого вироку має місце діяльність державних органів, спрямована на з'ясування справжніх відносин, що ще не пов'язано з настанням кримінально-правових наслідків вчинення злочину.

Визнання того, що положення закону про кримінальну відповідальність втілюються у життя вже з моменту пред'явлення обвинувачення, не знаходить всебічної підтримки науковців [13]. Крім того, слід виходити із законодавчо закріпленої презумпції невинуватості у ст. 62 Конституції України, відповідно до якої особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено вирокіом суду.

Презумпція невинуватості означає, що закон вважає обвинуваченого невинним, поки ті, хто вважає обвинуваченого винним, не доведуть, що він дійсно винний і його винуватість буде встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Це об'єктивне правове положення

визначає і спрямовує діяльність посадових осіб, які ведуть провадження по кримінальній справі, органів досудового слідства, прокуратури і суду, їх ставлення до обвинуваченого. Який би не був стан зібраних по справі доказів, яка б не була думка, впевненість того чи іншого суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності щодо винності обвинуваченого, по будь-якій кримінальній справі повинно бути забезпечено неухильне додержання і виконання вимог ст. 22 КПК про всебічне, повне й об'єктивне дослідження обставин справи. І яким би не було переконання особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора про винність обвинуваченого, вони не мають права залишити жодного виправдувального елемента без перевірки, жодного доказу, що свідчить на користь обвинуваченого[14].

Тому не можна погодитися з думкою В. К. Бабаєва про те, що затримання особи як підозрюваного є винятком із презумпції невинуватості, оскільки в цьому випадку нібито "діє презумпція вини підозрюваного у вчиненні злочину". Він вважає, що існування презумпції вини підозрюваного обумовлено "необхідністю захисту суспільних і особистих інтересів" і має винятковий характер [15].

Однак у такому випадку немає ніяких винятків, оскільки затримання підозрюваного, так само, як і взяття, наприклад, під варту обвинувачуваного, не протирічить положенню про те, що ці особи продовжують вважатися невинуватими, оскільки процес пізнання істини ще не завершений. Вина тієї чи іншої особи передбачається не тільки при її затриманні, але ще й під час притягнення як обвинуваченого, що цілком відповідає положенням ст. 131 КПК України. Так, коли є достатньо доказів, які вказують на вчинення злочину певною особою, слідчий вносить мотивовану постанову про притягнення цієї особи як обвинуваченого. Але все це не є підставою для висновку про наявність презумпції винуватості, тому що винуватість – результат пізнавальної діяльності.

Із презумпції невинуватості обвинувачуваного випливає висновок, що застосовувані до нього примусові заходи не можуть розглядатися як початок реалізації кримінально-правової відповідальності. Кримінально-процесуальний закон у деяких випадках обмежує характер застосовуваних примусових заходів (можливість затримання тільки за підозрою у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у виді позбавлення волі на певний строк, аналогічні умови взяття під варту). Однак характер цих заходів пов'язується із суспільною небезпекою злочину не тому, що вони розглядаються як початок фактичного несення відповідальності, а тому, що характер і зміст процесуальної діяльності в цілому тісно пов'язані з характером і змістом матеріальних правовідносин, що є предметом процесуальної діяльності.

Процесуальний акт притягнення як обвинуваченого означає виникнення нових кримінально-процесуальних відносин між органом дізнання, слідчим, прокурором і особою, відносно якої є достатні докази вчинення нею злочину. Ці кримінально-процесуальні відносини і є обвинуваченням [16]. Зазначені відносини мають всі ознаки правових: регулюються нормами кримінально-процесуального закону, вимагають специфічної правосуб'єктності учасників з визначенням їх прав і обов'язків, виникають у зв'язку з певним юридичним фактом (таким є юридичний акт притягнення слідчим чи судом певної особи як обвинуваченого) [17].

Розвиваючись динамічно, завдяки виконанню процесуальних функцій органами держави, що здійснюють провадження по кримінальній справі, кримінально-процесуальні відносини обвинувачення відповідають етапу формування підстави кримінальної відповідальності.

Як справедливо зазначає П. С. Дагель, кримінально-правові відносини можуть бути встановлені, конкретизовані і реалізовані лише за допомогою кримінально-процесуальних відносин, одним із суб'єктів яких є злочинець [18].

Отже, притягнення до кримінальної відповідальності слід розглядати у розрізі врегульованої нормами кримінально-процесуального закону і наділеної процесуальною формою діяльності прокурора, уповноважених органів досудового розслідування, здійснюваної від імені держави на підставі принципів публічності, законності та змагальності за участі інших суб'єктів кримінального судочинства з боку обвинувачення (потерпілого, цивільного позивача та їх представників) з метою викриття підозрюваного або обвинуваченого у вчиненні злочину, інкримінованого йому по конкретній кримінальній справі, і покладення на нього заходів кримінальної відповідальності.

Таким чином, дослідження проблем поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" дозволило нам дійти таких висновків: 1) поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" та "притягнення як обвинуваченого" не є тотожними і не можуть використовуватися у кримінальному праві як рівнозначні; 2) притягнення як обвинуваченого не означає, що винуватість обвинуваченого повністю доведена, оскільки для самого слідчого (дознавача або прокурора) притягнення як обвинуваченого не є остаточним висновком про винуватість цієї особи (при цьому кримінальна відповідальність не реалізується, оскільки підстава для цього ще не сформувалася (не підтверджена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили); 3) стаття 378 КК України, що встановлює покарання за притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, повинна складатися із трьох складів: простого – порушення кримінальної справи щодо завідомо невинного (оскільки саме з цього моменту "стартує" кримінальне переслідування особи); кваліфікованого – пред'явлення завідомо невинній особі обвинувачення у вчиненні злочину невеликої або середньої тяжкості; особливо кваліфікованого – пред'явлення завідомо невинній особі обвинувачення у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину; 4) у ч. 3 ст. 175, у ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 2121 КК України, у яких передбачені умови звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення відповідних злочинів, формулу "до притягнення до кримінальної відповідальності" слід замінити словами "до пред'явлення їй обвинувачення".

1. Карнеева Л. М. Привлечение к уголовной ответственности. Законность и обоснованность / Л. М. Карнеева. – М. : Юрид. лит., 1971. – 136 с., с. 13–16.
2. Алексеев Н. С. Ленинские идеи в советском уголовном судопроизводстве. Возбуждение уголовного дела и предварительное расследование / Н. С. Алексеев, В. Э. Лукашевич. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1970. – 192 с., с. 69–70..
3. Загородничков Н. И. Давность уголовного преследования и ее сроки / Н. И. Загородничков // Социалистическая законность. – М. : Известия. – 1967. – № 2. – С. 33–35, с. 33.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка і Є. В. Фесенка. – К. : Дахор, 2008. – С. 1244.
5. Там само. – С. 1244.
6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С. С. Яценко. – 4-те вид., перероб. та доповн. – К. : А. С. К., 2005. – С. 736.
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 4-те вид., перероб. та доповн. – К. : Юридична думка, 2007. – С. 980.
8. Кримінальний кодекс України: наук.-практ. коментар / Ю. В. Ваулін, В. І. Борисов, С. В. Гавриш [та ін.] ; за заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Х. : Тов. "Одісс", 2004. – С. 980.

9. Великий глумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К. : Ірпін: ВТФ "Перун", 2007. – С. 1137.
10. Карнеева Л. М. Привлечение к уголовной ответственности. Законность и обоснованность / Л. М. Карнеева. – М. : Юрид. лит., 1971. – 136 с., с. 16.
11. Алексеев Н. С. Ленинские идеи в советском уголовном судопроизводстве. Возбуждение уголовного дела и предварительное расследование / Н. С. Алексеев, В. Э. Лукашевич. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1970. – 192 с., с. 70.
12. Загородников Н. И. Давность уголовного преследования и ее сроки / Н. И. Загородников // Социалистическая законность. – М. : Известия. – 1967. – № 2. – С. 33–35., с. 33.
13. Вратусь С. Н. Юридическая ответственность и законность: очерк теории / С. Н. Вратусь. – М. : Юрид. лит., 1976. – 215 с., с. 112–113.
14. Коваленко Є. Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України: підруч. / Є. Г. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 632 с., с. 184.
15. Бабаев В. К. Презумпции в советском праве: учебное пособие / В. К. Бабаев. – Горький: Изд-во ГВШ МВД СССР, 1974. – 124 с., с. 101–102.
16. Даев В. Г. К понятию обвинения в советском уголовном процессе / В. Г. Даев // Правоведение. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1970. – № 1. – С. 76–86.
17. Даев В. Г. Взаимосвязь уголовного права и процесса / В. Г. Даев. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1982. – 112 с.
18. Дагель П. С. Учение о личности преступника в советском уголовном праве: учебное пособие / П. С. Дагель. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1970. – 132 с., с. 44.

Митрофанов І.І. Проблеми поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" у кримінальному праві

У статті досліджується правова природа поняття "притягнення до кримінальної відповідальності" у кримінальному праві. Зазначається, що таке поняття слід відносити до кримінально-процесуальних категорій. Доводиться, що використання формули "притягнення до кримінальної відповідальності" у КК України є неприпустимим. Пропонується внести зміни до закону про кримінальному відповідальність з метою уточнення окремих кримінально-правових норм.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, притягнення до кримінальної відповідальності, притягнення як обвинуваченого, презумпція невинуватості.

Митрофанов И.И. Проблемы понятия "привлечение к уголовной ответственности" в уголовном праве.

В статье исследуется правовая природа понятия "привлечение к уголовной ответственности" в уголовном праве. Отмечается, что такое понятие следует относить к уголовно-процессуальным категориям. Доказывается, что использование формулы "привлечение к уголовной ответственности" в УК Украины является недопустимым. Предлагается внести изменения в закон об уголовной ответственности с целью уточнения отдельных уголовно-правовых норм.

Ключевые слова: уголовная ответственность, привлечение к уголовной ответственности, привлечение в качестве обвиняемого, презумпция невиновности.

Mytrofanov I.I. Problems Of The Concept Of "Criminal Prosecution" In The Criminal Law.

This article inquires into the legal nature of the "criminal prosecution" concept in the criminal law. It is noted that this concept should be referred to the criminal procedural categories. It is proved that using the formula of "criminal prosecution" in the Criminal Code of Ukraine is unacceptable. It is proposed to amend the law on criminal responsibility in order to clarify certain provisions of criminal law.

Keywords: criminal liability, criminal prosecution, prosecution as the accused, the presumption of innocence.

Позитивна посткримінальна поведінка як умова звільнення від кримінальної відповідальності

УДК 343.2.01

Актуальність теми. Кримінально-правові норми, які стосуються поведінки особи після вчинення злочину, або як ще її називають – посткримінальної поведінки, складають один із специфічних інститутів кримінального права. Чинний КК істотно збільшив (порівняно з КК України 1960р.) коло випадків, коли посткримінальна поведінка враховується при кваліфікації дії особи, яка вчинила злочин. Досить сказати, що більш як вдвічі збільшилася кількість норм, які регламентують звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з позитивною посткримінальною поведінкою. Водночас законодавча регламентація посткримінальної поведінки у КК далеко не завжди досконала, що утруднює застосування відповідних кримінально-правових норм, визначення їх співвідношення із суміжними.

В. О. Навроцький констатує, що в слідчо-прокурорській і судовій практиці питання застосування норм, які регламентують посткримінальну поведінку, вирішуються неоднозначно, при цьому допускається немало помилок. Роз'яснення ж Пленуму Верховного Суду існують лише щодо окремих питань (зокрема звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з позитивною посткримінальною поведінкою при даванні хабара) [5, с. 100].

Слід зазначити, що відповідні положення в теорії кримінального права не досліджувалися й не висвітлювалися ні на рівні докторської, ні на рівні кандидатської дисертації, а також відсутні й монографічні публікації.

Тому аналіз питань, які стосуються посткримінальної поведінки, становить як теоретичний, так і практичний інтерес.

Аналіз досліджень даної проблеми. Посткримінальну поведінку та її види, а також кримінально-правові норми, що регулюють посткримінальну поведінку як систему, або окремі її різновиди досліджувалися багатьма вітчизняними та закордонними вченими-правниками, серед яких: Х. Д. Алікперов, П. П. Андрушко, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. М. Галкін, Ю. В. Голик, Л. В. Голово, В. К. Грищук, Ю. В. Гродецький, Н. О. Гущина, О. О. Дудоров, В. О. Єлеонський, А. В. Єндольцова, І. Е. Звечаровський, В. М. Кудрявцев, О. Ф. Ковітіді, О. М. Лемешко, В. А. Ломако, В. Т. Маляренко, І. Л. Маргулова, А. А. Музика, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, О. В. Наден, Ю. А. Пономаренко, З. А. Рибак, Р. А. Сабитов, В. В. Сташис, І. А. Тарханов, В. Я. Тацій, В. П. Тихий, Г. О. Усатий, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, Н. Б. Хлистова, Р. Р. Шакуров, А. М. Ященко та інші. Ці дослідники виокремлюють суспільну корисність у якості ознаки позитивної посткримінальної поведінки, проте не фокусують уваги на інших ознаках такої поведінки, якими наприклад є зміна обстановки чи не ухилення від заходів виховного характеру.

Постановка мети. При формуванні мети цієї статті ми виходили з необхідності розмежування суб'єктивних та об'єктивних ознак позитивної посткримінальної поведінки як умов звільнення від кримінальної відповідальності, що ґрунтується на розмежуванні юридичних фактів, тобто фактичних обставин, які зумовлюють таке звільнення.

Виклад основного матеріалу. Як відомо, зміна кримінально-правового відношення, як і його поява чи зупинення, відбувається у зв'язку з наявністю

юридичного факту. Отже, для того щоб кримінально-правове відношення, в якому держава має повноваження покласти на особу кримінальну відповідальність, було змінено, впродовж часу його існування має з'явитися інший юридичний факт, відмінний від того, який породив це правовідношення.

Таким юридичним фактом, здатним змінити існуюче кримінально-правове відношення, закон визнає, наприклад, позитивну посткримінальну поведінку особи, яка є суб'єктом даного правовідношення (дійове каяття, примирення з потерпілим тощо). Позитивна посткримінальна поведінка особи не припиняє існуючого кримінально-правового відношення, а лише трансформує його.

Вочевидь, що звільнення від кримінальної відповідальності не може мати місце раніше, ніж мав місце правозмінюючий юридичний факт. Звідси, звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише після набуття таким фактом всіх ознак, передбачених законом (наприклад, не вчинення нового злочину до спливу строку давності, позитивна посткримінальна поведінка, яка свідчить про наявність всіх елементів дійового каяття тощо). По суті, це проблема наявності та відповідності ознак правозмінюючого юридичного факту нормам кримінального закону.

Враховуючи що звільнення від кримінальної відповідальності може бути здійснено на підставі як одномоментного (остаточного, безумовного), так і триваючого (умовного) юридичного факту, ознаки та тривалість позитивної посткримінальної поведінки, як умови звільнення від відповідальності також можуть бути різними. У разі умовного звільнення, наприклад, на підставі ст. 47 КК України (передача особи на поруки), юридичним фактом звільнення буде набрання законної сили відповідною ухвалою чи постановою суду про закриття справи, а умовами звільнення – наявність позитивної посткримінальної поведінки – вплив передбаченого законом строку (один рік), якщо особа виправдала довіру колективу, не ухилилася від заходів виховного характеру, не порушувала громадського порядку тощо, тобто виконала певні покладені на неї обов'язки.

Виходячи з положень КК, можна зауважити, що позитивну посткримінальну поведінку, як умови такого звільнення, характеризують певні ознаки. Зокрема в літературі називають загальні та спеціальні ознаки, субсидіарні, імперативні, суб'єктивні та об'єктивні [3, с. 433-440]. З такою класифікацією в цілому слід погодитись, оскільки саме ознаки вказують на наявність чи відсутність позитивної посткримінальної поведінки як умови звільнення від кримінальної відповідальності.

З цієї точки зору, наприклад, *неухилення неповнолітнього, що вчинив злочин, від застосування до нього примусових заходів виховного характеру (ч.3 ст. 97 КК України)* є єдиною загальною субсидіарною ознакою позитивної посткримінальної поведінки, оскільки в разі її відсутності примусові заходи виховного характеру скасовуються і неповнолітній притягується до кримінальної відповідальності.

Слід відзначити, що звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених Особливою частиною КК, є обов'язком, а не правом правозастосовних органів, є остаточним, не зумовленим вимогами до поведінки особи після здійснення звільнення [5, с. 103].

В літературі відзначається, що необхідно розрізняти передумову звільнення від кримінальної відповідальності – вчинення особою певного виду злочину; підставу звільнення від кримінальної відповідальності – посткримінальний юридичний факт, який змінює зміст кримінального правовідношення; та умови звільнення від кримінальної відповідальності – вимоги до подальшої поведінки особи після постановлення рішення про її звільнення, від якої залежить остаточність такого звільнення [6, с. 193].

Розмежування об'єктивних та суб'єктивних ознак позитивної посткримінальної поведінки як умов звільнення від кримінальної відповідальності ґрунтується на розмежуванні юридичних фактів, тобто фактичних обставин, які зумовлюють таке звільнення. Очевидно, що першу групу становлять ті ознаки, які є подіями, тобто явищами, що не залежать від волі особи. Відповідно другу групу становлять ті ознаки позитивної посткримінальної поведінки, які є діями, тобто свідомими вчинками людини, в яких проявляється її волевиявлення, що характеризує позитивну посткримінальну поведінку особи.

Отже, до об'єктивних ознак позитивної посткримінальної поведінки, за чинним КК України, необхідно включити зміну обстановки (ст. 48 КК: діяння втратило суспільну небезпечність або особа перестала бути суспільно небезпечною), закінчення строків давності (ст. 49 КК: особа не ухилилась від слідства і суду), прийняття Закону України про амністію, помилування. До суб'єктивних же ознак позитивної посткримінальної поведінки особи слід віднести: щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, повне відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди (ст. 45 КК), примирення винного з потерпілим (ст. 46 КК), не ухилання від заходів виховного характеру та не порушення громадського порядку (ст. 47 КК), не вчинення нового злочину (ст.49 КК) та ін. В окремих випадках суб'єктивні ознаки позитивної посткримінальної поведінки для звільнення від кримінальної відповідальності конкретизуються вимогою добровільної здачі предмета злочину.

Водночас звільнення від кримінальної відповідальності за умови позитивної посткримінальної поведінки не свідчить про виправдання особи, оскільки кримінальна справа припиняється з nereабілітуючих для особи підстав, тобто не за відсутності події злочину і не відсутності в діянні особи складу злочину. З цього приводу Ю. В. Баулін, наприклад, звертає увагу на те, що звільнення від кримінальної відповідальності "погашає" кримінально-правове значення факту вчинення злочину, зберігаючи його кримінологічне значення і цивільно-правові наслідки делікту [1, с. 21-30].

У літературі висловлюються твердження – і вони заслуговують на увагу – про недоцільність безумовного припинення всіх кримінально-правових наслідків в результаті звільнення від кримінальної відповідальності. Деякі автори вважають, що, оскільки інститут звільнення від кримінальної відповідальності порушує принцип невідворотності відповідальності за вчинене, було б доцільним, щоб "норми Загальної частини КК, що допускають компроміс з винним в обмін на його явку з повинною, примирення з потерпілим, усунення шкідливих наслідків вчиненого, передбачали б умовність звільнення винного від кримінальної відповідальності з тим, щоб він після звільнення від кримінальної відповідальності два-три роки відчував над собою незримий меч кримінального закону" [2, с. 66-67].

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, відмітимо, що всі ознаки позитивної посткримінальної поведінки особи як умови звільнення від кримінальної відповідальності поділяються на ті, що залежать від поведінки особи після вчинення злочину, тобто мається на увазі активна позитивна посткримінальна поведінка особи, та на ті, що залежать від настання певної події, тобто не потребують активного позитивного втручання особи, і вимагають від неї лише утриматись від певних дій (вчинення нового злочину, ухилення від слідства та суду) [4, с. 164-165].

1. Баулін Ю. В. Спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за державну зраду / Ю. В. Баулін // Проблеми пенитенціарної теорії і практики – К.: КІВС, 2004. – № 9 – с. 21-30.
2. Житний О. О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійсним каяттям / О. О. Житний – Х: НУВС, 2004. – с. 66-67.

3. Ковтіді О. Ф. Класифікація видів звільнення від кримінальної відповідальності / О. Ф. Ковтіді // Держава і право: зб. наук. праць. – К.: Ін-т держави і права НАН України, 2003. – № 23 – с. 433-440.
4. Козак О. С. Відшкодування шкоди, завданої злочином, і захист прав потерпілого як засіб підвищення ефективності інституту звільнення від кримінальної відповідальності/ Козак О. С. // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка. – 2009. – № 6. – 174 с.
5. Навроцький В. О. Посткримінальна поведінка: поняття, види, правове значення / В. О. Навроцький // Проблеми пенітенціарної теорії та практики: Щорічний бюлетень. – К.: КЮІ КНУВС, 2005. – с. 99-110.
6. Наден О. В. Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів / О. В. Наден – Харків: Право, 2003. – с. 193.

Соловій О. Я. Позитивна посткримінальна поведінка як умова звільнення від кримінальної відповідальності

У статті виділяються та досліджуються об'єктивні та суб'єктивні ознаки позитивної посткримінальної поведінки, а також умови звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці.

Ключові слова: умова, звільнення, кримінальна відповідальність, позитивна посткримінальна поведінка.

Soloviy O. Y. Positive Postcriminal Behavior as a Condition of Exemption from Criminal Liability

В статье выделяются и исследуются объективные и субъективные признаки позитивного постуголовного поведения, а также условия освобождения, от уголовной ответственности при позитивном постуголовном поведении.

Ключевые слова: условие, освобождение, уголовная ответственность, позитивное постуголовное поведение.

Soloviy O.Y. Positive Postcriminal Behavior as a Condition of Exemption from Criminal Liability

Objective and subjective properties of positive postcriminal behavior and the conditions of exemption from criminal liability on the assumption of positive postcriminal behavior are pointed out and examined in the article.

Keywords: condition, exemption, criminal liability, positive postcriminal behavior.

Стебанинська О. С.

Стан законодавчого забезпечення запобігання міжнародному наркобізнесу

УДК 393.97

Нестабільність соціально-економічних та політичних процесів у перші роки незалежності України й на сучасному етапі демократизації українського суспільства призвели до збільшення фактів немедичного вживання наркотиків і зростання на цьому фоні наркотизму та міжнародного наркобізнесу. Високий рівень злочинності та смертності, значні матеріальні збитки державі від незаконного наркобізнесу та зруйновані людські долі – все це лише незначна частка тієї ціни, яку суспільство

платить за малоефективне запобігання вищевказаним явищам. Незаконний наркообіг є складним асоціальним явищем, яке відображується не тільки в діяннях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів чи психотропних речовин, але і їх протиправному добуванні й використанні на ґрунті зловживання ними.

У Концепції реалізації державної політики у сфері боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів на 2002-2010 роки, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 січня 2002 р. № 26-р, зазначено, що протягом останніх років в Україні спостерігається стійка тенденція до подальшого зростання проблем, пов'язаних з незаконним наркообігом, внаслідок чого створюється безпосередня загроза генофонду нації, забезпеченню правопорядку, національної безпеки країни.

Проблема поширення наркоманії та наркотизму сьогодні є однією з найгостріших проблем, що викликають велику тривогу не тільки в Україні, але і в усьому світі. Дані асоціальні явища є безпосередньою та реальною загрозою здоров'ю не лише окремої особистості, а й нації в цілому, правопорядку і безпеці держави.

Проблема міжнародного наркотизму стала гострою ще у другій половині минулого століття. Так, в 60-70 х р.р. XX століття проблема наркоманії починає прив'язуватись ученими та спеціалістами з розповсюдженням наркотиків на міжнародному рівні. Оскільки незаконне розповсюдження наркотиків пов'язано з виробництвом, виготовленням, перевезенням, пересиланням, зберіганням і збутом наркотичних засобів та прекурсорів, то в міжнародних правових документах і правовій літературі поряд з такими поняттями, як наркобізнес і контрабанда наркотиків, починає використовуватись термін "незаконний обіг наркотиків".

Усе це ще не означає, що до 60-х років минулого століття був відсутній незаконний обіг наркотиків, просто об'єми нелегально переміщуваних наркотичних засобів були досить незначними, тому систематизовані дані про них протягом тривалого часу були повністю відсутніми в статистичних і наукових дослідженнях.

Проте з роками національні законодавства та міжнародні нормативно-правові акти все більш активно починають регулювати питання боротьби з незаконним обігом наркотиків. в ряді країн розробляються і реалізуються програми по боротьбі з цим негативним явищем.

В теперішній час розповсюдження і вживання наркотиків в світі досягло такого рівня, що, на думку, деяких зарубіжних дослідників, ставить цивілізацію на межі катастрофи.

Тому завдання по запобігання міжнародному та національному наркотизму в сучасних умовах, коли кордони нашої країни є певною мірою "прозорими", а міграція населення і потоки іноземних візитерів зростають з року в рік, є особливо актуальним.

Значне поширення незаконного обігу наркотичних засобів викликало необхідність створення надійних юридичних та організаційних механізмів боротьби з ними у міжнародному масштабі. З цією метою 30 березня 1961 р., 21 лютого 1971 р. і 20 грудня 1988 р. було укладено три конвенції ООН: "Про наркотичні засоби, психотропні речовини та про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин", "Єдину конвенцію про наркотичні засоби" та "Конвенцію про психотропні речовини". Створено також спеціальні міжнародні організації, які планують заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів і психотропних речовин.

Важливим елементом системи міжнародного контролю за наркотиками є міжнародні угоди та міжнародні організації.

З 1946 року Організація Об'єднаних Націй стала правонаступником Ліги Націй, прийнявши на себе всі її повноваження та обов'язки, в тому числі й у сфері боротьби з

наркотичною навалюю. Сьогодні ООН має ефективну систему спеціалізованих закладів, що займаються питаннями боротьби з наркоманією, токсикоманією і алкоголізмом.

Контролюючі органи ООН складають:

1. Економічна і Соціальна ради, які несуть відповідальність за формування антинаркотичної політики ООН, а також за координацію дій з контролю за наркотичними засобами, нагляд за виконанням міжнародних конвенцій і розробку рекомендацій урядам.

2. На постійній основі Економічній і Соціальній радам надає допомогу Комісія з наркотичних засобів, яка була затверджена як самостійний антинаркотичний підрозділ Економічної і Соціальною радами 16 лютого 1946 р.

3. Відділ ООН з наркотичних засобів надає Генеральному секретарю ООН допомогу у виконанні обов'язків, покладених на нього договорами в частині боротьби з наркоманією. Відділ є частиною Секретаріату ООН і підпорядковується безпосередньо Генеральному секретарю. Він концентрує свою увагу на зборі та обробці професійних і технічних даних, що стосуються контролю за наркотичними засобами.

4. Всесвітня організація охорони здоров'я є компетентним міжнародним органом охорони здоров'я, який очолює і координує роботу по всіх аспектах медико-санітарної допомоги, включаючи профілактичні заходи та санітарну освіту. Повною мірою ця діяльність розповсюджується й на боротьбу з наркотизмом. Більше того, чинні антинаркотичні конвенції встановлюють конкретні обов'язки ВООЗ в боротьбі з наркоманією.

5. ЮНЕСКО консулює уряди про способи і засоби боротьби з наркоманіями, проводить наукові дослідження з цих питань, поширює антинаркотичні знання і сприяє в їх реалізації.

6. Міжнародна організація праці надає консультативну допомогу урядам у розробці політики і стратегії в галузі соціальної реабілітації осіб, що страждають на наркотичну залежність; допомагає у підготовці персоналу та в організації служб професійної підготовки, працевлаштуванні і наступному спостереженні за такими особами.

7. Фонд ООН по боротьбі зі зловживанням наркотичними засобами створений на основі добровільних внесків, надає урядам і міжнародним організаціям фінансову допомогу для планування і здійснення конкретних програм боротьби з наркоманією.

Серед найбільш впливових міжнародних організацій, що безпосередньо здійснюють правоохоронну діяльність у сфері боротьби з наркотичною злочинністю, варто назвати, насамперед, Міжнародну організацію карної поліції (Інтерпол) і Раду митного співробітництва (РМС) [3, с. 213].

Також варто згадати і Комісію економічної і соціальної ради ООН (ЕКОСОС) з наркотиків, Міжнародний комітет з контролю за наркотиками і Програму ООН з міжнародного контролю за наркотиками (ЮНДКП).

Комісія з наркотичних засобів (КНЗ) – це головний орган у системі ООН, відповідальний за розроблення і реалізацію політики з усіх питань, пов'язаних з контролем та зловживанням наркотиками.

Міжнародний комітет з контролю за наркотиками (МККН) діє як інформаційний, контролюючий та консультативний орган. Комітет прагне обмежити культивування, виробництво, виготовлення і використання наркотичних засобів достатньою кількістю, необхідною для медичних і наукових цілей тощо.

Ще один важливий орган міжнародного контролю – Програма ООН з контролю за наркотиками (ЮНДКП), якому довірено виняткову відповідальність за координацію і керівництво усіма видами діяльності в рамках ООН з контролю за наркотиками [2, с. 143-144].

Належною є нормативно-правова база та система органів і в Україні, де контроль за обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів віднесено до пріоритетних напрямів національної політики.

Для координації здійснення цієї політики в державі створено Національну координаційну раду боротьби з наркоманією при Кабінеті Міністрів України, до складу якої включені представники усіх органів центральної влади, задіяних в боротьбі з наркотизмом в Україні.

Суспільно небезпечні наслідки поширення наркоманії і токсикоманії викликали потребу поряд із вжиттям соціальних, економічних, медичних та інших заходів, спрямованих проти незаконного обігу наркотичних засобів, перелаянути чинне у цій сфері національне адміністративне і кримінальне законодавство.

З цією метою 15 лютого 1995 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України "Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори" (зі змінами від 22.12.2006 р.) та Закон України "Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними" (зі змінами від 22.12.2006 р.), що регулюють, з урахуванням міжнародних зобов'язань України, суспільні відносини у сфері обігу наркотичних засобів, повноваження органів виконавчої влади, права та обов'язки юридичних осіб і громадян, які беруть участь у такому обігу на території України, а також визначає систему заходів в Україні, спрямованих проти незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними, а також визначає права і обов'язки юридичних осіб і громадян. Слід зазначити, що обидва Закони 1995 р. повністю узгоджуються з міжнародними правовими актами у цій галузі [1, с. 4].

Окрім того, з 1 вересня 2001 р. вступив в силу новий Кримінальний кодекс України. Його Особлива частина містить 23 кримінально-правові норми (статті 305-327), пов'язаних з наркотичними засобами, психотропними речовинами та прекурсорами.

Для зниження гостроти проблеми наркоманії Міністерством внутрішніх справ, розроблено Концепцію боротьби з незаконним обігом та розповсюдженням в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів на 2002-2010 роки, затверджена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 січня 2002 р. Основною метою Концепції є розроблення та здійснення пріоритетних заходів щодо протидії на державному рівні поширенню наркоманії і злочинності, пов'язаної з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, виконання узятих Україною відповідних зобов'язань перед міжнародним співтовариством.

Вирішальну роль у процесі запобігання наркотизму відіграють спеціальні суб'єкти, такі як, відділ по боротьбі з незаконним обігом наркотиків Міністерства внутрішніх справ та спеціальні відділи Служби безпеки України.

Правоохоронними органами України приймаються заходи, спрямовані на боротьбу з наркоагресією проти нашої держави, на виявлення і припинення використання території нашої країни, її громадян і економічного потенціалу в незаконних операціях з наркотиками. Так, Службою безпеки України, на яку, відповідно до законодавства, що діє, покладені завдання по запобіганню контрабанді наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, щорічно присікається діяльність десятків організованих угруповань наркоділків, виявляється безліч каналів незаконного переміщення наркотиків.

Останніми роками в нашій країні завдяки зусиллям її правоохоронних органів проявився ряд позитивних тенденцій, які сприяють певній стабілізації наркоситуації. Так, відбулося деяке скорочення ринку героїну в Україні; ціна на цей наркотик підвищилася з 30 дол. США за грам в 2000-2001 рр. до 70-80 дол. Приймаючи до уваги

"прозорість" кордонів між Україною і Росією, через які на внутрішній ринок нашої країни надходить основний обсяг героїну, а також низьку ціну на цей наркотик в РФ (8-12 дол. США за грам), відзначені позитивні зрушення можна розцінювати як певний успіх в боротьбі з контрабандою наркотиків до України.

Боротьба з міжнародним наркобізнесом може бути ефективною лише за умови чіткої політичної волі держави діяти в цьому напрямі, наявності якої послідовно демонструється Україною як на внутрішньому, так і на міжнародному рівнях. Діяльність структур міжнародного наркобізнесу розглядається в Україні як безпосередня загроза національній безпеці, генотипу української нації, як фінансова основа міжнародного тероризму і політичного екстремізму.

Таким чином, наша держава встановила особливий правовий режим обігу наркотичних засобів, складовими частинами якого став державний контроль над операціями з такими речовинами, введення обмежень на їх використання, спеціальний перелік наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, контроль за їх обігом.

Отже, незважаючи на деякі труднощі юридичного та економічного характеру, в Україні все ж таки створене цілісне антинаркотичне законодавство й ефективний державний механізм протидії наркозлочинності та наркоманії. Проте реалії життя доводять необхідність пошуку новітніх ефективніших методів запобігання міжнародному наркобізнесу, який є складовою частиною транснаціональної організованої злочинності.

1. Музика А. А. Відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів. – К.: Логос, 1998. – 324 с.
2. Пшеничний В., Пшечко Г. Роль і місце міжнародних організацій у системі контролю за наркотиками. // Право України. – 2004. – № 9. – С. 143-144.
3. Раєцька Л. В. Міжнародна система з контролю за наркотиками у боротьбі з наркоманією і наркобізнесом // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2004. – № 10. – С. 212-216

Стеблинська О. С. Стан законодавчого забезпечення запобігання міжнародному наркобізнесу

В даній статті розглянуто питання особливого правового режиму обігу наркотичних засобів, складовими частинами якого став державний контроль над операціями з такими речовинами, введення обмежень на їх використання, спеціальний перелік наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, контроль за їх обігом.

Ключові слова: наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори

Стеблинская О. С. Стан законодательного обеспечения предотвращения международного наркобизнесу

В данной статье рассмотрен вопрос особенного правового режима обращения наркотических средств, составляющими частями которого стал государственный контроль над операциями с такими веществами, введение ограничений на их использование, специальный перечень наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, контроль за их обращением.

Ключевые слова: наркотические средства, психотропные вещества и прекурсоры.

Steblynska O. S. State Of Legislative Providing Of Prevention Of International Drugbusiness

The article examines the problems of the international drugbusiness and some international and national normative legal acts, directed on prevention of drugs addiction and drugbusiness

Keywords: drug addiction, transnational criminality, international drugbusiness, prevention a narkotism, international legislation

Спiрні питання щодо визначення механiзму вчинення злочину та його класифiкацiя

УДК 343.98

Актуальність теми дослідження. Кожний людський вчинок, в тому числі і злочинний, має відповідний механізм вчинення. У зв'язку з розвитком науково-технічного прогресу суттєво розширюється арсенал науково-технічних засобів і приладів, що значно збільшує можливість вчинення злочинів та умов, у яких здійснюється та розвивається злочинна діяльність. Відповідно, удосконалюються відомі й формуються нові механізми вчинення злочинів.

Для того, щоб ґрунтовно дослідити механізм вчинення злочину, його елементи та їх взаємозв'язок, необхідно спочатку визначити його поняття та зміст. Дійсно, напевно чи можна дослідити те чи інше явище, не встановивши послідовності дій суб'єктів, не дослідивши подій, які змінюють одна одну.

Так історично склалося, що на сьогодні не існує єдиного поняття механізму вчинення злочину. Навіть деякі вчені отождожують поняття механізм злочину з кримінально-правовим поняттям склад злочину. Вище викладене і обумовлює актуальність даної статті.

Метою даної статті є висвітлення понять механізму вчинення злочину та його класифікації, які пропонують різні вчені, і на основі цього запропонувати власне визначення механізму вчинення злочину.

Для того, щоб висвітлити сучасне розуміння механізму вчинення злочину, необхідно спочатку визначити саме поняття "механізм".

Якщо розглядати механізм з філософської точки зору, то під ним слід розуміти систему рухів та подій, а також влаштування або пристосування, в якому і за допомогою якого здійснюються ці рухи, які визначаються законами природи [17, с. 266].

Механізм (рос. механизм, англ. mechanism, нім. die Vorrichtung, (mechanische) die Einrichtung, das Werk, der Mechanismus) – сукупність проміжних станів або процесів будь-яких явищ [12].

Першим хто дав криміналістичне поняття "механізм злочину" був О. М. Васильєв. Вчений вважав, що під механізмом злочину треба розуміти процес вчинення злочину, у тому числі його спосіб і всі дії злочинця, що супроводжуються утворенням слідів матеріальних і нематеріальних, що можуть бути використані для розкриття і розслідування злочину [7, с. 7-8].

Поняття і категорії "механізм злочинної діяльності" увійшовши в науку криміналістики відразу стали представляти собою один із перспективних напрямків у дослідженнях вчених-криміналістів.

Так, наприклад А. Ф. Волобуєв стверджує, що поняття механізму злочину в криміналістиці є спорідненим з поняттям складу злочину в кримінальному праві, оскільки обидва вони сформувались в результаті вивчення спільного об'єкту – злочинності, але під різними кутами зору. Використовуючи це поняття, криміналістика акцентує увагу на функціональному боці протиправної діяльності як системи детермінованих діянь і відносин на шляху досягнення злочинної мети (настання злочинного результату). Тому поняття механізму злочину є більш широким за своїм змістом у порівнянні з поняттям складу злочину [3, с. 16 – 17].

Поряд з цим, деякі вчені наполягають на такій точці зору, що механізм вчинення злочину являє собою лише складову ознаку складу злочину, таку як об'єктивна сторона, яка проявляється у формі діяння (дії чи бездіяльності), що посягає на об'єкти кримінально-правової охорони.

Такий вчений, як В. А. Образцов стверджував, що механізм злочину являє собою динамічну систему протиправних та інших пов'язаних з ними актів поведінки і зумовлених ними явищ, які мають криміналістичне значення і реалізуються в окремих умовах, виразі та направленості [14, с. 22]. Тобто поняття механізму злочину на думку цього вченого було більш абстрактним ніж у В.О Васильєва.

Поряд з цим, М. П. Яблоков зазначав, що механізм вчинення злочину – це тимчасовий і динамічний порядок зв'язку окремих етапів, обставин, факторів підготовки, вчинення і приховування слідів злочину, які дозволяють відтворити картину процесу його вчинення [18, с. 50].

У свою чергу Р. С. Белкін механізм злочину визначав як багатокomпонентну динамічну систему, утворену діями суб'єкта злочину, спрямованими на досягнення певного результату у відношенні конкретного предмета злочинного посягання; діями потерпілого і осіб, які стали випадковими учасниками події, яка відбувалась в конкретних умовах і за обставин, сукупність яких детермінує спосіб вчинення і приховування злочину, зв'язки і відносини між елементами механізму злочину [1, с. 47].

Так, визначення механізму вчинення злочину М.П Яблокова та В. А. Образцова за змістом схожі між собою. Але якщо порівнювати ці два визначення поняття механізму вчинення злочину з тим, яке запропонував вчений Р. С. Белкін, то помітні в них деякі неточності. Оскільки необхідно було б більш змістовно та повно висвітлити його зміст, виділили центральну фігуру механізму злочину – суб'єкт, дія та поведінка якого у кінцевому підсумку і є предметом дослідження.

Як видно зі змісту поняття, яке запропонував Р. С. Белкін, криміналістична концепція механізму злочину пов'язана з фундаментальними положеннями криміналістики, а також перш за все із закономірностями виникнення та розвитку зв'язків і відносин в складі злочинної діяльності суб'єкта злочину. Крім цього вона пов'язана з формуванням та реалізацією способів підготовки, вчинення та приховування злочину, виникнення і перебігом пов'язаних зі злочином явищ до і після його вчинення, а також із виникненням криміналістично важливої інформації про злочин і його учасників, яка використовується для розкриття та розслідування злочинного протиправного діяння.

Під способом вчинення злочину зазвичай в криміналістиці розуміють дії суб'єкта, які обумовлені цілим рядом суб'єктивних та об'єктивних факторів по підготовці вчиненню та приховуванню злочину. Але слід відмітити, що не завжди спосіб вчинення злочину містить у собі ці три компоненти. Даний аспект необхідно детально розглядати у співвідношенні з певним видом вчиненого злочину.

Натомість В. К. Гавло при розгляді механізму вчинення злочину з криміналістичної точки зору називає його “криміналістичним механізмом злочину”, визначаючи його як взаємодіючу систему елементів криміналістичної характеристики, яка відображає процес утворення його слідів, що мають значення для встановлення істини у справі [4, с. 191].

О. М. Кустов запропонував свою точку зору стосовно визначення механізму вчинення злочину. Так, він визначає його як систему процесів взаємодії учасників злочину, як прямих, так і непрямих, між собою і з матеріальним середовищем, поєднаних із використанням відповідних знарядь, засобів та інших окремих елементів

обстановки. Механізм злочину закономірно обумовлює виникнення криміналістично значимої інформації про злочин, його учасників та результати [10, с. 11 – 12].

На думку О. Ф. Самойлова, механізм вчинення злочину – це системний, складний, динамічний порядок взаємодії криміналістично важливих елементів злочинної діяльності суб'єкта і факторів об'єктивної дійсності, які визначають зміст злочинної діяльності і обумовлюють виникнення криміналістично важливої інформації [16, с. 28].

Дане визначення вчений обґрунтовує не тільки теоретично, але й також на основі проведеного опитування працівників правоохоронних органів, доводить правильність та змістовність його викладу.

Для більш глибокого дослідження механізму вчинення злочину О. Ф. Самойлов співвідносить його з поняттям “криміналістична характеристика злочину”. І на основі дослідження приходить до висновку: “механізм вчинення злочину, можна вважати одним із елементів криміналістичної характеристики злочину. Необхідно акцентувати увагу на наступному факті. Елементом криміналістичної характеристики злочину є саме цілий механізм вчинення злочину, а не тільки спосіб його вчинення” [16, с. 35].

Такі вчені, як В. Я. Колдін та Ю. Г. Корухов механізм вчинення злочину ототожнювали з механізмом розслідування злочину, під яким розуміли сукупність взаємодіючих матеріальних систем і процесів, що утворюють злочин, який розслідується і обумовлюють виникнення джерел криміналістичної інформації [8, с. 333-334].

Розглянувши поняття механізму вчинення злочину, також треба зазначити про його предмет з точки зору криміналістики. Ним є група об'єктивних закономірностей, які визначають зміст механізму злочину, його формування та реалізацію. Вчення про механізм вчинення злочину досліджує закономірності процесів взаємодії суб'єкта та співучасників вчинення злочину між собою та із зовнішнім середовищем, а також закономірності, які обумовлюють виникнення криміналістично важливої інформації про сам злочин та його учасників.

Саме на основі вивчення цих закономірностей формуються науково обґрунтовані концепції та рекомендації в цілях удосконалення вже існуючих та розробки нових засобів та методів дослідження структури механізму вчинення злочину, а також встановлення їх взаємодії до взаємозалежності в процесі вчинення злочину. Крім цього вони застосовуються з метою удосконалення різних форм боротьби зі злочинністю, з використанням криміналістичних засобів та методів, а також з метою вдосконалення вже існуючих і розробки нових засобів, методів та методик виявлення, розкриття та розслідування конкретних злочинів.

Сутність механізму злочинного діяння на думку Н. Н. Дубинського, І. І. Карпеня, В. М. Кудрявцева та ряду інших вчених полягає в тому, що на основі потреб намічаються цілі протиправного проступку або групи дій, обираються засоби (знаряддя), які придатні для досягнення цих цілей. А так, як у кожній людині всі потреби знаходяться під контролем свідомості і волі, то їх реалізація передбачає кожен раз вироблення та прийняття нового рішення, а потім конкретний і не завжди одноразовий злочинний акт, одне злочинне діяння або групу дій [5, с. 30 – 34].

Вчений Л. В. Дундич механізм злочину вважає самостійною криміналістичною категорією, під якою розуміє складний, взаємообумовлений етапний (стадійний) динамічний процес взаємодії криміналістично значимих елементів, в першу чергу факторів об'єктивної дійсності та злочинної діяльності групового суб'єкта, спрямованої на вчинення злочинів, які у сукупності спричиняють виникнення криміналістично значимої інформації [6, с. 128].

Н. М. Ахтирська пропонує під механізмом вчинення злочину розуміти складну динамічну систему, яка складається не тільки із актів поведінки, але також з обумовлених ними явищ [2, с. 2].

Ми погоджуємося з деякими точками зору О. В. Самойлова, що для того, щоб визначення механізму злочину було повним і змістовним, необхідно, щоб у ньому була відображена його системність, а також динамічність явищ у цій системі. Крім цього повинні висвітлюватися зв'язки та взаємозалежність елементів даної системи, а також фактори об'єктивної та суб'єктивної направленості. На основі цього повинно бути висвітлено призначення механізму злочину.

Отже, проаналізувавши точки вчених-криміналістів стосовно поняття механізму злочину, вважаємо, що під ним слід розуміти системний, складний, динамічний процес взаємодії криміналістично важливих суб'єктивних, об'єктивних та інших факторів злочинної діяльності та криміналістично значимих елементів, які визначають зміст суспільно-небезпечної протиправної поведінки суб'єкта злочину і обумовлюють виникнення криміналістично важливої інформації.

Важливе при дослідженні механізму вчинення злочину є дослідження криміналістичної класифікації механізму злочину. Це дозволить, як зазначав О. М. Кустов, "диференційовано здійснити наукову розробку методичних рекомендацій, які вказують, яка специфіка притаманна розслідуванню подібних видів або груп злочинів, в залежності від підготовчих дій винного, від його дій по реалізації злочинного задуму або приховуванню наслідків, від дій потерпілого або інших учасників злочину, від того, чи мали вони очевидців даної події, якщо мали, то від характеру їх дій, від того, які саме елементи обстановки використовувалися суб'єктом для досягнення злочинного результату, в яких життєвих ситуаціях вчинявся злочин" [10, с. 78].

Механізм вчинення злочину класифікується в залежності від рівня. Можна виділити трьохрівневу систему: 1) загальний механізм вчинення злочину, тобто механізм злочину, як явище; 2) видовий механізм вчинення злочину, мається на увазі окремого виду чи групи злочинів; 3) безпосередній механізм вчинення злочину – механізм окремо взятого злочину.

Деякі вчені заперечують існування загального механізму вчинення злочину, а притримуються точки зору, що існує лише два види: видовий та безпосередній, аргументуючи це тим, що "існування першого рівня... буде малоінформаційним і мати недостатнє значення для понять, які розглядаються" [16, с. 43 – 44].

Можна погодитися з точкою зору В. А. Образцова, який змістовно та обґрунтовано наполягав на тому, що даний рівень в системі механізму вчинення злочину та криміналістичної характеристики злочину є дуже важливим. Оскільки, як стверджує вчений, "формування криміналістичного вчення про злочин, складовим компонентом якого є криміналістична характеристика злочину, як раз і походить із загального, але не кримінально-правового, а криміналістичного змісту вказаного явища. Саме такого виду повинна стати характеристика основної розробки криміналістичних характеристик різних видів злочинів, які інтерпретують приблизно до особливостей свого об'єкта загальнотеоретичні дані, які отримані на вищому рівні абстрагування" [13, с. 13].

Але наголошуємо на тому, що ми підтримуємо його точку зору лише стосовно того, що загальний механізм вчинення злочину, тобто механізм злочину, як явища має право на існування. А стосовно того, що вчений наголошує на тому, що механізм злочину входить в якості окремого елемента в криміналістичну характеристику злочину [13, с. 8; 20, с. 46; 24, с. 43-56] ми не погоджуємося. Оскільки, як правильно зазначили вчені Т. В. Авер'янов та Р. С. Белкін, що механізм злочину – це самостійна категорія, яка відноситься до числа окремої криміналістичної теорії, тому що самостійна система не

може входити в якості складового елементу криміналістичної характеристики злочину як наукова абстракція, яка віддзеркалює типові ознаки, особливості, типовий зміст злочину даного виду і предмет доказування по справах тієї чи іншої категорії [9, с. 203].

О. М. Кустов запропонував в криміналістиці класифікувати механізми злочинів за наступними ознаками:

1) В залежності від структури кримінального закону: а) загальний (механізм злочинів проти особи; механізм злочинів в сфері економіки; механізм злочинів проти суспільної безпеки та суспільного порядку; механізм злочинів проти державної власності; механізм злочинів проти військової служби; механізм злочинів проти миру та безпеки людства); б) безпосередній (з двома групами підсистем); в) приватний;

2) За ступенем тяжкості: а) простий механізм злочину; б) складний механізм злочину;

3) За кількістю вчинених дій: а) одноактні механізми злочину; б) сукупні механізми злочину; в) складовий (двоактовий або багатоактовий); г) механізм триваючого злочину; г) механізм продовжувачого злочину;

4) За часом вчинення злочину: а) механізм одномоментного злочину; б) механізм злочину, який триває в часі;

5) За формами вини: а) механізм умисного злочину; б) механізм необережного злочину [10, с. 78 – 89].

Дана класифікація, безумовно, заслуговує право на існування та є важливою при вивченні механізму вчинення злочину. Але, на наш погляд, було б доцільнішим в основу класифікації залежності від структури кримінального закону покласти в основу поділ по родовому об'єкту злочинів. Також стосовно поділу за формами вини, необхідно також додати в класифікацію, крім механізму умисного та необережного злочину, ще й механізм із змішаною (подвійною) формою вини. Наприклад, коли особа вчиняє злочин з умислом (прямим чи непрямым) щодо діяння та необережністю (злочинною самовпевненістю або злочинною недбалістю) щодо наслідків (ч. 3 ст. 121 КК України, ст. 287 КК України тощо).

1. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика: [учебник] / Под ред. Р. С. Белкина. – М.: Изд-во НОРМА, 2000. – 990 с.
2. Ахтырская Н. Н. Классификация элементов механизма совершения преступлений, связанных с пластиковыми карточками [Электронный ресурс] / Н. Н. Ахтырская // Режим доступа к статье: <http://www.crime-research.org/>
3. Волобуев А. Ф. Проблеми методик розслідування розкрадання майна в сфері підприємництва / Волобуев А. Ф. – Харків: Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. – 47 с.
4. Гавло В. К. Теоретические проблемы и практика применения методики расследования отдельных видов преступлений / Гавло В. К. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 1985. – 333 с.
5. Дубинский Н. Н. Механизм преступного поведения / Дубинский Н. Н., Карпец И. И., Кудрявцев В. Н. – М.: Наука, 1981. – 248 с.
6. Дундич Л. В. Поняття і структура механізму злочину // Форум права. – 2008. – № 1. – С. 125 – 129 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.nbuuv.gov.ua>
7. Криминалистика [підручник] / Под ред. А. Н. Васильева. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1971. – 564 с.
8. Криминалистика социалистических стран [підручник] / Под ред. В. Я. Колдина. – М.: Юрид. лит-ра, 1986. – 512 с.
9. Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования / Под ред. проф. Т. В. Аверьянова и проф. Р. С. Белкина. – М.: Новый юрист, 1997. – 398 с.

10. Кустов А. М. Теоретические основы криминалистического учения о механизме преступления / Кустов А. М. – М., 1997. – 228 с.
11. Механизм преступления [підручник] / Под ред. О. Л. Дубовика. – М., 1981. – 248 с.
12. Механизм [Електронний ресурс] // Режим доступа к документу: <http://uk.wikipedia.org>
13. Образцов В. А. Криминалистическая характеристика преступлений: дискуссионные вопросы и пути их решения // Криминалистическая характеристика преступлений. Сборник научных трудов / Под. ред. В. В. Клочкова и др. – М.: Институт прокуратуры, 1984. – 106 с.
14. Образцов В. А. Теоретические основы раскрытия преступлений, связанных с ненадлежащим исполнением профессиональных функций в сфере производства / Образцов В. А. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1986. – 109 с.
15. Образцов В. А. Учение о криминалистической характеристике преступлений // криминалистика / Под. ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 1995. – С. 36 – 50.
16. Самойлов А. В. Установление механизма совершения кражи в процессе расследования: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.09 / Самойлов Алексей Вячеславович. – Курск, 2003. – 223с.
17. Философский энциклопедический словарь – М: ИНФРА-М, 1999. – 576 с.
18. Яблоков Н. П. Криминалистическая характеристика преступления // Криминалистика. / Отв. ред. Н. П. Яблоков. – М., 1995. – С. 43 – 56.

Сьоміна Н. А. Спiрні питання щодо визначення механiзму вчинення злочину та його класифiкацiя

Стаття присвячена аналізу рiзних пiдходiв до визначення поняття механiзму вчинення злочину та його класифiкацiї. На основi цього ми запропонували власне визначення механiзму вчинення злочину i його класифiкацiї.

Ключові слова: механiзм вчинення злочину, злочинна дiяльнiсть, спiсiб, дiї злочинця.

Сьоміна Н. А. Спорные вопросы относительно определения механизма совершения преступления и его классификация

Статья посвящена анализу различных подходов к определению понятия механизма совершения преступления и его классификации. На основе этого мы предлагаем собственное определение механизма совершения преступления и его классификации.

Ключевые слова: механизм совершения преступления, преступная деятельность, способ, действия преступника.

Stomina N.A. Disputes Regarding the Mechanism of Crime Commitment and its Classification

The article is dedicated to the analysis of different approaches which consider the definition of the term "the mechanism of crime commitment" and its classification. On the basis of it we purposed our own definition of mechanism of crime commitment and its classification.

Keywords: the mechanism of crime commitment, criminal activity, the manner of the offender, the actions of the offender

Питання кримінального судочинства

Васюста І. В.

Окремі аспекти генезису рішень слідчого

УДК 343.132

У словнику російської мови рішення трактується як "твердий намір зробити щонебудь; висновок, результат, який досягають суб'єкти, обговоривши, обміркувавши щонебудь" [1, С. 677].

О. І. Ларічев правильно вказує, що рішення завжди відображає позицію людини з певного питання. Процеси прийняття рішень, що розуміються як вибір однієї з декількох можливих альтернатив, пронизують усе людське життя. Більшість рішень ми приймаємо без роздумів, тому що існує автоматизм поведінки, вироблений багаторічною практикою. Є рішення, яким ми не надаємо особливого значення, і тому майже не замислюємося при здійсненні вибору своєї поведінки. Але існують так звані проблеми унікального вибору, вирішуючи які людина відчуває болісні роздуми [2, С. 5].

У залежності від сфери життєдіяльності суспільства і наук, що у цій сфері функціонують, у поняття рішення різними авторами вкладається різний зміст.

Ю.А Тихомиров зазначає, що вивчення положень різних наук, що стосуються даної теми, дозволяє дійти до висновку, що головним для характеристики сутності будь-якого рішення є те, що кожне з них є вольовим, свідомим актом вибору конкретним суб'єктом на підставі наявної в його розпорядженні інформації напрямків майбутньої поведінки для оптимального вирішення конкретного завдання шляхом адекватних способів та засобів досягнення поставлених цілей. Власне кажучи, прийняття рішення – це вибір альтернативи, тобто визначення того, як треба діяти в даному конкретному випадку, якому варіанту поведінки віддати перевагу, щоб досягти поставленої мети. Отже, рішення – це "один з необхідних елементів конкретної вольової дії, що полягає у виборі мети дії і способів її досягнення" 3, С. 23, 24 .

Н. В. Глинська посилається на те, що ряд авторів цілком слушно розглядають кримінально-процесуальні рішення як процесуальні акти, у яких завжди містяться відповіді на правові питання, що виникають під час провадження по справі [4, С. 19-20].

Розглянувши сутність процесуального акта, слід зазначити, що в юридичній літературі це явище трактується по різному. Такі вчені як М. С. Строгович , В. Г. Лукашевич , С. Ф. Шумилін , Н. Г. Муратова розглядають процесуальний акт як дію учасників процесуальної діяльності, втілену в процесуальну форму і закріплену в процесуальному документі.

Інші автори – М. І. Бажанов, В. С. Зеленський, П. С. Елькінд трактують процесуальний акт як документ, що видається державними органами, що ведуть кримінальний процес.

Ю. В. Манаєв підкреслює, що названий документ складається або вноситься в результаті діяльності зазначених органів, у встановленій законом процесуальній формі й містить у собі певне рішення по справі або констатує хід чи порядок провадження слідчих дій [12, С. 7].

А. Я. Дубинський та С. С. Тюхтенев дотримуються третьої точки зору, відповідно до якої під процесуальними актами необхідно розуміти і процесуальні дії, і процесуальні документи.

Н. В. Глинська безспідставно вказує, що у кримінальному процесі дійсно є й акти-дії, й акти-документи, що вірно не тільки фактично, але і цілком відповідає етимологічному значенню терміна "акт". Таким чином, викладений розподіл актів на дії і документи можливий, з одного боку, на підставі їх індивідуальної визначеності, а з іншого, – з урахуванням їх форми і змісту. У контексті теми даного дослідження важливо звернути увагу на те, що у кримінальному процесі акти-документи виражаються зовні в особливій процесуальній формі з чітко позначеним індивідуальним найменуванням. На відміну від зазначених документів, акти-дії вчиняються фактично на підставі рішень, найчастіше не втілених у письмову форму. Про те, що такі рішення приймаються, можна судити лише виходячи з факту здійснення і отримання результатів провадження конкретної слідчої або іншої процесуальної дії. Наприклад, прийняття слідчим рішення про проведення очної ставки не знаходить висвітлення в попередньо складеному письмовому документі-рішенні. Про те, що провадження її здійснене на підставі раніше прийнятого ним рішення, стає очевидним із самого факту і результатів проведеної слідчої дії - очної ставки (статті 172,173 КПК) [4, С. 20-21].

На запитання, які ж ознаки документального акта є істотними для їх обов'язкового включення у визначення кримінально-процесуального рішення, Н. В. Глинська цілком логічно наводить перелік, розроблений П. А. Лупинською, а саме:

1) Кримінально-процесуальні рішення мають *правовий характер* і містять відповіді на правові питання, що виникають у ході провадження по справі. Саме ця риса і відрізняє їх від інших видів процесуальних актів, що складаються у сфері кримінального судочинства, - від протоколів. Останні покликані засвідчити хід і результати провадження процесуальних дій органів, що ведуть кримінальний процес.

2) Кримінально-процесуальні рішення мають *державно-владний характер*, який полягає в тому, що останні можуть бути винесені тільки спеціально уповноваженими державними органами і посадовими особами в межах їх компетенції, і містять владне веління органів держави, породжують, змінюють або припиняють кримінально-процесуальні відносини, підтверджують наявність або встановлюють відсутність матеріально-правових відносин.

3) Кримінально-процесуальним рішенням є властивий *владно-розпорядницький характер*, який виявляється в тому, що в прийнятих актах не тільки реалізуються владні повноваження суб'єктів, котрі ведуть процес, але і містяться певні вказівки, владні розпорядження, що детермінують поведінку інших учасників процесу. Як справедливо відзначено С. С. Алексєєвим, "у цьому міститься те головне, вирішальне, що характеризує рішення з погляду на його сутність та значення як рішення "управлінського" порядку".

4) Істотною ознакою кримінально-процесуальних рішень є їх *загальнообов'язковий характер*, що виражається в обов'язковості приписів рішення для виконання усіма фізичними і юридичними особами, яких вони стосуються. Причому обов'язковий характер зазначених актів поширюється не тільки на індивідуально-визначених

адресатів. Названі рішення мають обов'язкове значення для всіх органів, що забезпечують їх виконання, а також для інших установ, підприємств, організацій і осіб, діяльність яких якоюсь мірою стикається з ними. Крім того, відповідні рішення обов'язкові і для самих правозастосовчих органів, які повинні дотримуватися своїх власних актів, вживати необхідних заходів для їх виконання і при винесенні будь-яких інших рішень обов'язково враховувати раніше прийняте рішення по даній кримінальній справі.

5) Слід відзначити і таку істотну властивість кримінально-процесуальних рішень, як їх *пізнавально-посвідчувальний* характер. Останній полягає в тому, що будь-яке рішення не лише виражає певний рівень пізнання тих чи інших обставин конкретної кримінальної справи на момент його винесення, але і фіксує у своєму змісті результати досягнутого рівня пізнання.

6) Кримінально-процесуальні рішення мають *спонукальний, ініціюючий* характер, тому що вони спонукають відповідних фізичних або юридичних осіб до здійснення певних юридично значущих дій або до стримування від їх здійснення.

7) Кримінально-процесуальні рішення повинні бути винесені своєчасно, *у встановленому законом порядку і мати встановлену законом форму*.

8) І, нарешті, кримінально-процесуальні рішення завжди спрямовані на вирішення конкретних *кримінально-правових, кримінально-процесуальних і кримінологічних завдань* [15, С. 86-88].

Оскільки йдеться про ознаки одного й того ж явища - кримінально-процесуального рішення, як відзначає Н. В. Глинська, то правомірно зробити важливий у практичному плані висновок не тільки про взаємозв'язок рішень, але і про взаємозалежність останніх. Більш того, тільки їх об'єктивна єдність забезпечує повноту якісної визначеності явища, що розглядається. Узагальнення ж перерахованих ознак кримінально-процесуального рішення, дозволяє сформулювати його визначення. **Кримінально-процесуальне рішення** - це виражений у встановленій законом формі індивідуальний правозастосовчий акт, в якому компетентні державні органи і посадові особи у встановленому законом порядку з метою вирішення правових і кримінологічних завдань кримінального судочинства, надають відповіді на питання, що виникли по справі, і виражають владне волевиявлення про дії або бездіяльність, що впливають із встановлених на момент винесення рішення фактичних обставин справи і приписів чинного законодавства [4, С. 24].

Як вірно вказує Ю. І. Новік, будь-який вид практичної діяльності може розглядатися як процес підготовки, прийняття і реалізації рішень [16, С. 3].

А. Я. Дубинський констатує, що це цілком відноситься і до процесуальної діяльності слідчого. У ході перевірки заяв і повідомлень про злочини й у процесі розслідування він оцінює інформацію, що надійшла, приймає відповідні рішення й організує їхнє виконання. Рішення слідчого, як і всі рішення в кримінальному судочинстві, багатоаспектні. Для того щоб скласти точне уявлення про сутність процесуальних рішень слідчого, необхідно розглянути це поняття з різних сторін, використовуючи дані таких наук, як загальна теорія держави і права, логіка, психологія, криміналістика й ін. Вказаний автор піддає критиці загальне визначення рішення дане у Великій Радянській Енциклопедії, де рішення характеризується як дин з необхідних моментів вольової дії, яка складається із вибору мети дії і способів її досягнення. Вольова дія передбачає попереднє усвідомлення мети і засобів дії, уявне здійснення дії, що передує фактичній дії, уявне обговорення всіх за і проти. Цей процес закінчується ухваленням рішення. А. Я. Дубинський, погоджуючись із Р. С. Белкіним відзначає, що наведене визначення має явне "психологічне забарвлення" і такий підхід до визначення поняття

рішення характерний для розробки психологічної проблематики прийняття рішень та викликаний виділенням психології у самостійну науку [13, С. 10-11].

А. Я. Дубинський схильний вважати, що у кримінальному судочинстві рішення слід розглядати як продукт свідомої діяльності людини. З цієї позиції він погоджується із П. А. Лупинською, яка справедливо розцінює їх як різновид управлінських рішень, що дозволяє більш рельєфно уявити соціальне значення процесуальних рішень, виявити в них ті принципово важливі властивості, що характерні для всіх рішень у сфері соціального управління [13, С. 11-12].

На відміну від тези А. Я. Дубинського про те, що тривалий час спостерігається стан "процесуального нігілізму", який виражається у недооцінці ролі і значення потреб процедурно-процесуального регулювання [13, С. 12-13] на сьогоднішній день ми можемо констатувати той факт, що кожна із наук за допомогою властивого їй інструментарію має власні, ґрунтовні думання про поняття рішення. У кримінально-процесуальному праві є теж ряд наукових праць, що присвячені означеній проблематиці. Але слід повною мірою погодитися із тезою А. Я. Дубинського про те, що як і в 80-х роках [13, С. 13] так і сьогодні у загальнотеоретичній літературі зовсім мало уваги приділено такому різновиду правозастосовчих актів, як слідчі, а це часто сприяє низці проблем у наукових поглядах та правозастосовчій діяльності.

1. Ожегов С. И. Словарь русского языка / Под ред. докт. филолог. наук, проф. Н. Ю. Шведовой. 16-е изд. М.: Русский язык, 1991. – 917 с.
2. Ларичев О. И. Наука и искусство принятия решений. М.: Просвещение, 1979. – 200 с.
3. Тихомиров Ю. А. Управленческое решение. М.: Наука, 1972. – 288 с.
4. Глинська Наталя Валеріївна. Обґрунтування рішень у кримінальному процесі: Дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2003. – 238 с.
5. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. Т.1. – 470 с.
6. Лиене А. Лукашевич В. Законность и обоснованность привлечения к уголовной ответственности // Вопросы уголовного права, процесса и криминалистики. №247. Рига, 1968. – С. 149-163
7. Гриненко А. В. , Кожевников Г. К. , Шумилин С. Ф. Принцип презумпции невиновности и его реализация в досудебном уголовном процессе. Харьков: Консум, 1997. – 97 с.
8. Муратова Н. Г. Процессуальные акты органов предварительного расследования. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1989. – 120 с.
9. Бажанов М. И. Законность и обоснованность основных судебных актов в советском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харьков, 1967. – 34 с.
10. Зеленецкий В. С. Возбуждение уголовного дела. Харьков: Изд-во "Крим Арт. 1998. – 340 с.
11. Элькин П. С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М.: Юрид. лит., 1967. – 192 с.
12. Манаев Ю. В. Процессуальные решения следователя: Виды, гарантии законности и обоснованности, рекомендации по составлению. Волгоград, 1979. – 99 с.
13. Дубинский А. Я. Исполнение процессуальных решений следователя: правовые и организационные проблемы. Киев: Наукова думка, 1984. – 146 с.
14. Тютхенев С. С. Акты предварительного расследования и основные требования к ним в советском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1972. – 192 с.
15. Лупинская П. А. Решения в уголовном судопроизводстве: Их виды, содержание и формы. М.: Юрид. лит., 1976. – 168 с.

16. Новик Ю.И. Научные основы принятия тактических решений при производстве следственных действий: Автореф. дис...канд. юрид. наук.— Минск, 1979, с. 3.

Басиста І. В. Окремі аспекти генезису рішень слідчого

Дана стаття присвячена аналізу історичних передумов впрокремлення рішень слідчого в окремий інститут серед інших видів управлінських рішень. Проблемним аспектом також є розуміння поняття рішення слідчого.

Ключові слова: слідство, слідча діяльність, слідчий, процесуальне рішення, тактичне рішення.

Басиста И. В. Некоторые аспекты генезиса решений следователя

Данная статья посвящена анализу исторических предпосылок выделения решений следователя в отдельный институт среди других видов управленческих решений. Проблемным аспектом также является понимание понятия решения следственного.

Ключевые слова: следствие, следственная деятельность, следователь, процессуальное решение, тактическое решение.

Basysta I.V. Separate Aspects Of The Genesis Of The Decisions Of The Coroner

Given article is dedicated to analysis of the history premises of the separation of the decisions of the coroner in separate institute amongst the other type of the management decisions. The Problem-solving aspect also there is understanding the notion of the decision of the coroner.

Keywords: effect, investigation activity, coroner, procedure decision, tactical decision.

Герасимчук О. П.

Участь потерпілого в апеляційному провадженні у кримінальній справі

УДК 343.156

Апеляційне провадження — це самостійна стадія в українському кримінальному процесі, суть якої полягає у перегляді вироків і постанов (ухвал) місцевого суду, які не набрали законної сили, з метою перевірки їх законності, обґрунтованості та справедливості шляхом перегляду постановлених апелянтами під сумнів обставин і судових дій, яке здійснюється апеляційним судом за правилами, передбаченими у главах 29 і 30 КПК України [1; с. 138]. Стадія апеляційного розгляду справи та реалізація на ній прав учасників кримінального судочинства неодноразово ставали об'єктами наукових досліджень [2; с. 533—547, 3, 4].

До кола суб'єктів, які мають право подати апеляцію, включені як потерпілий, так і його представник. Пункт 9 статті 348 КПК України обмежує право оскарження потерпілого та його представника в частині рішення суду першої інстанції, що стосується інтересів потерпілого, і до того ж в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції. На нашу думку, обмеження потерпілого та його представника вимогами, які заявлялись потерпілим у суді першої інстанції, не є виправданим. Потерпілий може змінити свою думку щодо заявлених раніше вимог, зменшити їх обсяг чи, навпаки, збільшити, бо до розгляду справи апеляційним судом можуть з'явитися нові обставини. Не виключається ситуація, коли потерпілий в суді першої інстанції взагалі не заявляв ніяких вимог (наприклад, не брав участі в судовому розгляді з тих чи інших причин). Буквальне ж тлумачення статті 348 КПК України позбавить його права на апеляційне оскарження.

О. Ю. Костюченко, обгрунтовуючи думку про недоцільність зв'язування потерпілого вимогами, заявленими у суді першої інстанції, підкреслює, що "державний обвинувач діє в межах публічного інтересу, не узгоджуючи свою позицію з думкою потерпілого та його представника. Позиція потерпілого здебільшого ґрунтується на суб'єктивному сприйнятті ним вчиненого злочину, а не на законі"[5; с. 14].

У літературі неодноразово порушувалося питання про можливість оскарження вироку суду особою, яка фактично зазнала шкоди від злочину (потерпілий в кримінально-правовому розумінні), але не отримала статусу потерпілого в кримінальному процесі. В статті 348 чинного КПК України, яка містить перелік осіб, що мають право подавати апеляцію, не зазначено таку особу, а тому вона не може оскаржити вирок суду. Не може надати статусу потерпілого і апеляційний суд, оскільки не має таких повноважень.

Вважаємо, що коло осіб, які можуть подавати апеляцію, може бути розширене, і до згаданого переліку варто додати осіб, чіх інтересів стосується вирок суду першої інстанції. Знайомитися з матеріалами такої особи не мають права (бо інакше ознайомлення з матеріалами сторонніх осіб може призвести до негативних наслідків). Проте, для подання апеляційної скарги їм цього і не потрібно — для задоволення вимог до змісту апеляції, що визначені в статті 350 КПК України, їм достатньо лише знати про винесений вирок (зокрема, коли і яким судом) і те, що він стосується їх інтересів.

Підставою для скасування судового вироку в такому випадку має стати істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону (ст. 370 КПК України), оскільки було допущено істотне порушення прав особи, яка зазнала шкоди від злочину.

Якщо всі вимоги на першому етапі апеляційного оскарження виконані, суд, який постановив вирок чи виніс ухвалу, постанову, протягом семи діб передає справу разом з поданою апеляцією та запереченнями на неї до апеляційного суду, визначивши дату розгляду справи в апеляційному суді. Про призначену дату розгляду справи суд першої інстанції повідомляє заінтересованих осіб. Пропонується, щоб сам апеляційний суд визначав дату розгляду справи за апеляцією та направляв повідомлення про це [6; с. 6]. І з цим не можна не погодитись, оскільки так зменшується ризик зловживань з боку суду. Крім того, апеляційний суд, ознайомившись з матеріалами справи визначить потребу у проведенні попереднього розгляду справи, і за умови позитивного рішення повідомить сторони про це.

Час проведення розгляду справи для вирішення питань, пов'язаних з підготовкою справи до апеляційного розгляду, визначається апеляційним судом, отже, сторонам априорі він невідомий. Виклик на судові засідання здійснюється на розсуд суду (ст. 357 КПК України). Таким чином, апеляційний суд навіть не зобов'язаний повідомляти учасників процесу про попередній розгляд справи. У зв'язку з тим, що у процесі розгляду справи можуть зачіпатися інтереси сторін, пов'язані з розглядом справи в апеляційній інстанції, вони мають бути обізнані з прийнятим рішенням про попередній розгляд справи апеляційним судом і проінформовані про час і місце проведення відповідного судового засідання.

Російські вчені Н. Ковтун та А. Александров вважають серйозним недоліком судового слідства в суді апеляційної інстанції те, що сторони пов'язані надмірною активністю суду. Началу змагальності більше відповідав би такий порядок судового слідства, коли сторона сама викладає суть апеляційної скарги або свої заперечення щодо неї, одразу підкріплюючи її доказами [7; с. 45]. Така позиція заслуговує на підтримку. За чинним КПК України на початку судового слідства в суді першої інстанції обвинувальний висновок зачитує вже не суд, а прокурор, тому вважаємо, що подібні норми мають знайти розвиток і на стадії апеляційного провадження. Активність апеляційного суду має полягати в тому, щоб він створював необхідні умови

для здійснення наданих сторонам прав та виконання ними їх процесуальних обов'язків, зберігаючи об'єктивність та неупередженість.

За нормами чинного КПК України питання про необхідність проведення судового слідства під час розгляду справи в апеляційному провадженні вирішується тільки на під час попереднього розгляду справи. Але потреба в судовому слідстві може виникнути вже протягом розгляду справи апеляційним судом, коли, наприклад, виникне необхідність викликати певних свідків, витребувати додаткові докази, провести повторну чи додаткову експертизу або дати оцінку доказам, дослідженим судом першої інстанції [8]. Тому в законодавстві варто передбачити, що судове слідство має бути проведене на клопотання осіб, які беруть участь у судовому засіданні. Таке клопотання може бути заявлене до виходу суду в нарадчу кімнату. Отож, якщо потерпілий забажає, він зможе зніщувати судове слідство в апеляційній інстанції, і це сприятиме як глибшому та більш об'єктивному дослідженню обставин справи, так і захисту прав потерпілого.

На початку судового розгляду визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, може мати місце тоді, коли це питання не вирішувалося під час попереднього розгляду справи. Якщо питання вже розглядалося, суд повинен з'ясувати думки сторін з цього приводу. Для потерпілого особливо важливо висловити свою думку щодо обсягу дослідження доказів, адже потерпілий, якщо він не був присутній на попередньому розгляді справи, позбавлений можливості заявити свою позицію і це обмежує його діяльність у сфері доказування. Закон повинен передбачати у даному випадку обов'язок апеляційного суду з'ясувати думку потерпілого щодо обсягу дослідження доказів на початку судового розгляду. Потерпілий не повинен позбавлятися можливості заявити клопотання про дослідження доказів і впродовж судового засідання, якщо вбачатиме в тому необхідність.

Суд повинен в будь-якому випадку допитати потерпілого, якщо він не був допитаний в суді першої інстанції або його допит був проведений неповно. Вважаємо, що суд також може повторно допитати потерпілого, коли його допит у суді першої інстанції був проведений повно та згідно з вимогами закону, але апеляційний суд не погоджується з тією оцінкою, яку дав доказам суд першої інстанції [9].

Чи може потерпілий вплинути на розсуд апеляційного суду з питання його допиту? Частина четверта статті 362 КПК України визначає, що, якщо суд апеляційної інстанції не проводив судового слідства, головуючий ознайомлює учасників судового розгляду з додатковими матеріалами, якщо вони були подані, матеріалами, що надійшли із суду першої інстанції на виконання доручень, вислуховує їх пояснення з приводу поданих апеляцій. Як видно з наведеного змісту кримінально-процесуальної норми, потерпілий може бути допитаний лише у випадку, якщо на стадії апеляційного провадження провадиться судове слідство. Раніше вже аналізувалося, що це питання вирішується апеляційним судом на стадії попереднього розгляду справи, де участь потерпілого наразі не є обов'язковою. Втім, у статті 49 КПК України громадянин, визнаний потерпілим, має право давати показання. Оскільки обмежень цього права в КПК України немає, тому, на нашу думку, потерпілий має бути допитаний на його вимогу у будь-якому випадку під час судового розгляду справи апеляційним судом. А звідси випливає необхідність проводити судове слідство в усіх справах.

Дискусійним є питання щодо меж судового розгляду і, відповідно, винесення рішення судом апеляційної інстанції. Класична форма апеляційного розгляду передбачала неможливість виходу за рамки питань, що ставляться в апеляції. І навіть якщо апеляція містить очевидну помилку, суд не може її виправити. Це положення, звісно, обмежує розсуд апеляційної інстанції на користь диспозитивних засад, але в

такому випадку суд, навіть виявивши грубе порушення прав особи, не може його виправити, якщо воно знаходиться поза межами апеляції.

Інша запропонована позиція полягає у вирішенні цього питання виходячи з принципу публічності. Апеляційний суд, діючи в інтересах правосуддя, повинен сам визначати межі судового слідства і мати можливість вийти за межі апеляційних вимог, якщо в результаті розгляду справи він дійде висновку, що є підстави для прийняття рішення на користь засудженого чи виправданого і цим не погіршується їх становище[10; с. 7].

КПК України вирішує це питання компромісним чином для диспозитивної та публічної засад: вирок, ухвала чи постанова суду першої інстанції перевіряється апеляційним судом в межах апеляції, якщо розгляд апеляції дає підстави прийняти рішення на користь осіб, щодо яких апеляції не надійшли, апеляційний суд зобов'язаний прийняти таке рішення (ст. 365 КПК України). На користь потерпілого, на нашу думку, рішення в цьому випадку може бути прийняте у двох випадках, коли потерпілий не подав апеляції: 1) апеляція прокурора містить вимоги, що стосуються прав та законних інтересів потерпілого; 2) інший потерпілий, який бере участь у справі, подав апеляційну скаргу, що певним чином пов'язана з інтересами особи, яка не подала апеляції. Виходячи з обов'язку суду забезпечити можливість здійснення прав потерпілого, вважаємо, що суд повинен враховувати інтереси потерпілого і виходити за межі апеляційних вимог, якщо цим буде забезпечено його права.

Таким чином, запропоновано покращити реалізацію прав потерпілого на стадії апеляційного провадження шляхом: виключення обмеження при поданні апеляції потерпілого та його представника вимогами, які заявлялись потерпілим у суді першої інстанції; включення до переліку кола осіб, які можуть подавати апеляцію, тих осіб, чий інтересів стосується вирок суду першої інстанції; передбачення обов'язкового повідомлення сторін про прийняте рішення щодо попереднього розгляду справи апеляційним судом, із зазначенням часу і місця проведення відповідного судового засідання; з'ясування на початку судового розгляду думки потерпілого щодо обсягу дослідження доказів.

1. Король В. В. Судові стадії провадження у кримінальних справах / Король В. В. — Ів.-Фр.: Гостинець, 2006. — 240 с.
2. Фойницький И. Я. Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. / Фойницький И. Я. — Т. 2. — С. —Пб., 1996. — 608 с.
3. Костюченко О. Ю. Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України / Костюченко О. Ю. — К.: Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2006. — 182 с.
4. Філін Д. В. Проблемы апелляции в современном уголовно-процессуальном законодательстве Украины / Д. В. Філін // Государство и право. — 2005. — № 2. — С. 76—83.
5. Костюченко О. Ю. Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / О. Ю. Костюченко. — К., 2005. — 18 с.
6. Вказ. праця.
7. Ковтун Н. Н. Апелляционное производство в уголовном процессе России: проблемы и решения / Н. Н. Ковтун, А. С. Александров // Государство и право. — 2001. — № 3. — С. 38—45.
8. Оцінка без судового слідства апеляційним судом доказів, досліджених судом першої інстанції, призвела до скасування ухвали апеляційного суду про закриття справи: Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 грудня 2007 р. // Рішення Верховного Суду України. — 2008. — № 1(16). — С. 120.

9. В літературі висловлена і інша думка, яка, на нашу думку, не повною мірою відповідає забезпеченню прав потерпілого: Шевченко Т. А. Нагальні проблеми апеляційного розгляду кримінальних справ / Т. А. Шевченко // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 4. — С. 50.
10. Костюченко О. Ю. Апеляційне оскарження судових рішень у кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / О. Ю. Костюченко. — К., 2005. — 18 с.

Герасимчук О. П. Участь потерпілого в апеляційному провадженні у кримінальній справі

У статті досліджуються питання реалізації прав потерпілого на стадії апеляційного провадження. Аналізуються проблеми апеляційного оскарження вироку суду потерпілим, теоретичні та правові підстави подання апеляції особою, якій злочинном заподіяно шкоду, але яка не визнана потерпілим. Досліджується діяльність потерпілого у апеляційному провадженні, вносяться пропозиції покращити реалізацію прав потерпілого на стадії апеляційного провадження.

Ключові слова: апеляція, потерпілий, судове слідство, захист прав особи, диспозитивність, розсуд суду, апеляційні вимоги, докази.

Герасимчук О. П. Участие потерпевшего в апелляционном порядке в уголовном деле

В статье исследуются вопросы реализации прав потерпевшего на стадии апелляции. Анализируются проблемы апелляционного обжалования приговора суда потерпевшим, теоретические и правовые основания подачи апелляции лицом, которому преступлением причинен вред, но который не признан потерпевшим. Исследуется деятельность потерпевшего в апелляционной инстанции, вносятся предложения улучшить реализацию прав потерпевшего на стадии апелляционного обжалования.

Ключевые слова: апелляция, потерпевший, судебное следствие, защита прав личности, диспозитивность, усмотрение суда, апелляционные требования, доказательства.

Herasymchuk O.P. Victim'S Participation In Appellate Procedure In Criminal Trial

The article is devoted to the questions of realisation of the victim's rights at the appellate stage. Problems of appeal by the victim, theoretical and legal grounds for appeal by the harmed person, who was not acknowledged as a victim, are analyzed. Victim's activities at the appellate stage are analyzed, improvement of the victim's rights at the appellate stage are proposed.

Keywords: appeal, victim, judicial investigation, person's rights' defence, dispositiveness, court's discretion, appellate claims, evidence

Козутин І. І.

Про ситуативну обумовленість дій державного обвинувача у ході розгляду кримінальних справ

УДК 343.98:343.139

Актуальність теми. Несприятлива криміногенна обстановка у державі, поява нових і вдосконалення вже відомих способів вчинення й приховування злочинів, протидія процесу встановлення істини в справі обумовлюють необхідність підвищення ефективності діяльності не лише органів досудового розслідування, а також професійних реалізаторів судового розгляду кримінальних справ (суддів, прокурорів – державних обвинувачів та адвокатів-захисників). У цьому контексті на практиці виникає багато проблемних питань, розв'язання яких є завданням вищезазначених наук.

Юридична література і з криміналістики, і з кримінального процесу містить багато наукових досліджень, присвячених різноманітним питанням провадження у

кримінальних справах (зокрема, праці Л. Ю. Ароцкера, О. Я. Баєва, Р. С. Белкіна, О. М. Васильєва, Ф. В. Глазиріна, Л. Я. Драпкіна, А. В. Дулова, О. О. Закатова, В. М. Карагодіна, І. Д. Перлова, М. М. Полянського, О. Р. Ратінова, В. М. Савицького, А. Б. Соловйова, М. С. Строговича, С. А. Шейфера, В. Ю. Шепітька, А. Л. Ципкіна, О. О. Ексархопуло та ін.), які безумовно відіграли важливу роль у становленні й функціонуванні сучасної судової системи.

Одним з таких питань є потреба диференційовано виокремити, аналітично проаналізувати та напрацювати відповідні типові рекомендації щодо локалізації ситуацій, які можуть виникати під час підтримання прокурором державного обвинувачення у кримінальних справах.

Відомо, що в суді можуть складатися різні ситуації [1 с. 129-156], які суттєво обумовлюють поведінку, дії та рішення державного обвинувача. Кожна з можливих ситуацій має певний набір характерних ознак, що дозволяє класифікувати ці ситуації [2, с. 204]. Класифікація допоможе державному обвинувачу правильно визначити тактику своєї участі в суді і використовувати наукові рекомендації з метою забезпечення всебічності, повноти й об'єктивності дослідження всіх обставин справи.

Ще на етапі підготовки до участі в розгляді кримінальної справи судом у державного обвинувача є можливість за результатами вивчення матеріалів досудового розслідування зробити висновок про те, наскільки всебічно, повно й об'єктивно досліджені всі обставини справи.

Якщо державний обвинувач прийде до висновку, що подію злочину досліджено в повному обсязі, вибір методики і тактики підтримання державного обвинувачення не становить особливих складностей.

У разі, коли прогалини досудового розслідування очевидні, варто визначити: чи може ця прогалина бути заповнена у ході судового розгляду, чи ні (наприклад, тоді, коли виникає потреба у проведенні оперативно-розшукових заходів).

Варто зазначити, що ми ведемо мову тільки про ситуації, коли неповнота досудового розслідування має істотне значення для ухвалення рішення у справі.

Перша ситуація обумовлена несвоечасністю виявлення неповноти досудового слідства. Зокрема, прогалини досудового розслідування виявлено в ході судового розгляду кримінальної справи. Ця ситуація має місце тоді, коли прокурор неналежно підготувався до підтримання державного обвинувачення, оскільки "знайомився" зі справою, винятково або в основному, за наглядним провадженням. Зрозуміло, що вона є небажаною, оскільки через запізніле своє виявлення, часто-густо, практично уже буває втраченою можливість заповнити прогалини досудового розслідування ходом судового слідства.

Наступні ситуації, за часом утворення характерні безпосередньо для стадії судового слідства. Їх варто розділити на три великі групи в залежності від кількості доказів, що стали предметом судового розгляду:

Перша група ситуацій, для яких характерним є те, що кількість доказів не змінюється в порівнянні з досудовим розслідуванням.

Друга група - кількість доказів зменшується.

Третя група - кількість доказів збільшується.

Зміст доказової інформації за ситуації кожної з названих груп може або залишатися без змін, або змінюватися. Тут ми поки що не оцінюємо об'єктивність наявних доказів [3, с. 67-83].

Залежно від результатів аналізу елементів, що можуть формувати майбутні ситуації підтримання державного обвинувачення, а отже, і усього судового розгляду кримінальних справ, можна також виділяти декілька їх груп:

1. Ситуації, за яких і кількість і, головне, зміст усього комплексу доказів залишаються незмінними. Такий перебіг судового розгляду для державного обвинувача є найбільш простим. Його підготовка до участі в розгляді кримінальної справи і подальше підтримання обвинувачення не становить складності. Принаймні, жодних додаткових дій, заходів тощо державному обвинувачу вчиняти не потрібно, оскільки предметом дослідження в судовому засіданні залишаються ті ж за обсягом і змістом докази, що були вже досліджені і взяті за основу органами досудового розслідування. У цьому випадку прокурору необхідно ретельно вивчити матеріали кримінальної справи, усвідомити обсяг і сутність пред'явленого обвинувачення, а також обсяг і зміст усього комплексу доказів, зібраних у процесі розслідування. Після цього він зможе зробити висновок про ступінь доведеності обвинувачення й визначити свою позицію в ході судового розгляду.

Прогнозувати таку ситуацію на етапі підготовки до участі в судовому розгляді можна, як правило, у нескладних, частіш за все одноепізодних справах, коли і сам факт злочину, і вчинення його підсудним (підсудними), не породжує сумнівів, бо це випливає із матеріалів належно проведеного досудового розслідування.

Однак необхідно мати на увазі, що показання дослівно не можуть бути повторені у суді навіть у тому випадку, якщо допитують добросовісного учасника процесу; результати дослідження речових доказів і документів дещо відрізнятися від аналогічних результатів досудового розслідування. У будь-якому випадку державний обвинувач повинен бути готовим до цього з тим, що оперативно визначити, чи означають такі незначні розбіжності зміну змісту доказів чи ні. Разом з тим, так чи інакше, державний обвинувач повинен вжити всі законні заходи і засоби для всебічного, повного й об'єктивного дослідження в ході судового слідства усіх наявних у справі доказів. Порядок, обсяг, глибина цього дослідження можуть бути різними.

2. Ситуації, за яких кількість доказів зменшилася чи збільшилася, однак це не призвело до зміни змісту доказової інформації. Вони є дещо складнішими за ситуації попередньої групи.

Зменшення кількості доказів без зміни їх змісту має місце, наприклад, тоді, коли які-небудь обставини в справі підтверджуються показаннями багатьох осіб, разом з тим, деякі з них не з'явилися в судові засідання, або певна інформація (частіш за все результати оперативно-розшукової діяльності, добути з порушенням закону) виключається з числа доказів, але це не породжує якоїсь істотної зміни змісту зібраної в справі доказової інформації.

Подібні ситуації зустрічаються на практиці не так вже й часто. В останньому наведеному випадку адвокат, переважно, не звертає уваги на незаконно добуту оперативно-розшуковим шляхом інформацію, оскільки вона не впливає на обсяг і зміст пред'явленого обвинувачення. Однак державний обвинувач не вправі ігнорувати будь-які факти порушення закону, а отже, зобов'язаний у відповідний спосіб реагувати [4, с. 130-145].

Збільшення кількості доказів без зміни їх змісту може бути обумовлено такими причинами як поява нових свідків; надання судові нових невербальних доказів (предметів або документів), що підтверджують пред'явлене обвинувачення, тим не менш, у незмінному обсязі. Випадки появи нових потерпілих можна віднести до ситуацій цієї групи тільки в тому випадку, якщо підсудному (підсудним) інкримінується у вини вчинення неодноразових однотипних дій щодо невизначеного кола потерпілих. Ці причини очевидні, отже, такі зміни об'єму доказової інформації можна прогнозувати на етапі підготовки до судового розгляду справи.

У таких випадках перед прокурором стоїть не настільки складне завдання – всебічно досліджувати нові докази, а отже, відповідно коригувати позицію обвинувачення з

урахуванням появи цих або зміни вже наявних доказів (за умови, що нові докази тільки підтверджують раніше встановлені обставини, суттєво не змінюють картину злочину, змодельовану в ході розслідування).

3. Ситуації, для яких характерна кількісна усталеність доказів, але зміна їх змісту. Це може бути наслідком зміни показань підсудним; зміни показань потерпілим; зміни показань свідком (одним, декількома, усіма свідками у справі); зміни висновків експерта. Діяльність прокурора в кожному з названих варіантів буде відрізнятися.

Зміну показань потерпілого, приміром, можна більш менш точно прогнозувати у тому випадку, коли з матеріалів справи видно, що цей потерпілий був встановлений слідством (а не він сам звернувся в правоохоронні органи), або якщо чи також не з'являвся за викликом слідчого, неодноразово змінював свої показання в ході розслідування. Аналогічна поведінка свідків у справі також дозволяє прогнозувати можливість зміни ними показань у судовому засіданні.

Однак, не треба нехтувати й можливістю зміни в суді фахівцями-експертами своїх попередніх позицій, висновків. Це може бути обумовлено і об'єктивними причинами, зокрема тим, що внаслідок наукового прогресу, наука і технології розвиваються досить швидко, і застосування нових методів дослідження цілком може призвести до зміни висновків експерта. Прогнозувати такі ситуації доволі проблематично, але, якщо відомо про існування декількох методів дослідження, а експертами у ході досудового розслідування було застосовано не найсучасніший із них, не найадекватніший, тоді державний обвинувач повинен бути готовим заявити клопотання, як мінімум, про допит такого експерта (щодо обставин застосування обраної ним та інших можливих технологій експертно-дослідного процесу), або ж про призначення повторної чи навіть комісійної експертизи (із пропозицією конкретних питань експертам).

4. Наступна ситуація: має місце зменшення кількості доказів і, як наслідок цього, зміна змісту комплексу доказів, зібраних у справі, а отже, перегляд обсягу чи змісту пред'явленого обвинувачення. Це може бути наслідком: неявки в судове засідання допитаних на досудовому слідстві свідків чи потерпілих; зміни в процесі судового слідства показань свідками чи потерпілими; повної чи часткової відмови від раніше даних показань одним з підсудних або декількома (усіма) підсудними. Остання з названих ситуацій становить найбільшу складність для державного обвинувача в тому випадку, коли всі інші докази, що зібрані в процесі досудового розслідування, або більша їхня частина є похідними від показань обвинуваченого, який попередньо визнавав свою вину. На жаль, саме ця група ситуацій на сьогодні превалює в судовому слідстві. Усе частіше суд приймає рішення про виключення тієї чи іншої частини інформації, зібраної в процесі досудового розслідування з числа доказів. Як правило, це відбувається через недотримання слідчими вимог кримінально-процесуального законодавства під час їх збирання. Іноді вже у ході вивчення матеріалів досудового розслідування державний обвинувач бачить, що відповідна інформація повинна бути визнана неналежною і такою, що підлягає вилученню з числа доказової [4, с. 130-145].

Помилки, допущені оперативними працівниками чи слідчим, як правило, проглядаються вже у ході початкового ознайомлення державного обвинувача з матеріалами кримінальної справи. У цьому випадку є підстави прогнозувати ситуацію, коли суд прийме рішення про неврахування інформації, отриманої унаслідок таких помилок, як доказової. Тому доцільно заявити відповідне клопотання самому, не даючи тактичної переваги в руки захисту. Не кажучи вже про те, що державний обвинувач як представник держави повинен усіляко сприяти установленню всіх обставин справи, всебічному, повному й об'єктивному їхньому дослідженню в ході судового розгляду. І від цього обов'язку з прокурора ніхто не звільнив і не звільнить.

Іноді виключення тих чи інших відомостей з числа доказів відбувається через те, що в суді відповідні процесуальні особи повідомляють про застосування до них (їх рідних чи близьких) з метою одержання бажаних для слідства показань недозволених методів ведення розслідування. Такі ситуації також у ряді випадків можна прогнозувати ще на етапі підготовки до участі в судовому розгляді: коли хто-небудь із потерпілих, як і за попередніх ситуацій, був встановлений органами розслідування, а не сам заявив про вчинений щодо нього злочин; коли хто-небудь з потерпілих чи свідків неодноразово не з'являлися за викликом слідчих органів, змінювали неодноразово в ході розслідування свої показання і т.п.

Вивчення практики засвідчує, що іноді під час досудового розслідування на свідків та потерпілих (їх родичів чи найближчого оточення) чинився незаконний вплив з боку обвинувачених, їх родичів і знайомих (висловлюються різного роду погрози, відбуваються акти насильства). Якщо інформація про такі дії міститься в кримінальній справі або передається державному обвинувачу співробітниками органів дізнання в інший спосіб, тоді у нього також є можливість прогнозувати ситуації цієї групи. Державному обвинувачу необхідно заздалегідь визначити можливості заповнення в судовому розгляді прогалин, що можуть утворитися внаслідок зменшення доказової інформації і, головне, шляхи їх усунення (за рахунок більш ретельного вивчення наявних або формування нових доказів).

5. Може скластися і ситуація, коли, виходячи з матеріалів досудового розслідування, не можна з переконаністю припустити, що якась інформація буде визнана судом як неналежа. У будь-якому випадку державний обвинувач повинен дуже уважно оцінювати будь-які повідомлення про застосування незаконних методів ведення розслідування і намагатися домогтися детальної перевірки всіх показань у рамках судового слідства щодо кожного такого випадку.

Ситуація, за умов якої має місце поява нових доказів, що змінюють не тільки обсяг зібраних доказів, але й їх зміст, також може спричинити істотну зміну основних висновків та рішень у справі. Зокрема, про вину, невинуватість, ступінь участі у вчиненні злочину чи причетності до нього когось одного чи декількох (або ж, навіть, усіх) підсудних. Це - і нові показання осіб, які з якихось причин не повідомлялися слідчому, і залучення до судового розгляду свідків, що не були відомі слідству, а отже не були допитані на досудовій стадії, це - і одержання у ході судового слідства інших результатів дослідження речових доказів і документів, а також результатів експертиз (призначених і проведених у рамках судової стадії).

Появу нових доказів у ряді випадків можна спрогнозувати навіть на етапі підготовки до участі в судовому розгляді справи. Як вже зазначалось, у випадку пред'явлення обвинувачення у вчиненні однотипних злочинних дій щодо невизначеного кола осіб завжди велика імовірність появи у таких справах, зокрема під час їх судового розгляду, нових потерпілих і свідків. Однак поява нових потерпілих і свідків у справі можлива й в інших випадках. Зокрема, коли інформація про завершення розслідування в справі щодо конкретних осіб оприлюднюється засобами масової інформації і зацікавлені особи вперше звертаються в правоохоронні органи тільки після вже завершення розслідування або коли потерпілі і свідки тривалий час були у від'їзді і їх повернення співпало в часі з завершенням досудового провадження у кримінальній справі тощо.

Відповідно до Кримінально-процесуального кодексу України, Закону України "Про адвокатуру" адвокати наділені доволі широкими повноваженнями щодо можливості здійснення ними доказування на різних стадіях кримінального судочинства, у тому числі і в суді. Однак закон не зобов'язує захисника надавати зібрану безпосередньо ним на стадії досудового розслідування інформацію саме слідчому. Тим більше майже

неможливо наперед і однозначно визначити, коли саме відповідні предмети, документи чи інформація опиняться в полі зору, а згодом і в розпорядженні захисника.

Отже, очевидно, що державний обвинувач повинен завжди бути готовим до надання адвокатом у ході судового слідства найрізноманітніших документів, предметів, що можуть мати істотне значення для пізнання події злочину, а також ролі кожного з її учасників.

Якщо ж про таке з матеріалів кримінальної справи чи від слідчого завчасно стає відомим державному обвинувачу, він повинен не тільки враховувати це, але й активно сприяти їх появі і ретельному дослідженню.

Майже стовідсотковою обставиною, що повинна готувати державного обвинувача до можливості появи у суді нових речових доказів чи документів, виступає невиявлення у ході досудового розслідування, незважаючи на всі зусилля слідчого, знаряддя злочину, інших важливих для справи предметів і документів. Особливо висока імовірність їхньої появи в судовому засіданні у тих випадках, коли результати дослідження цих об'єктів можуть суттєво вплинути на судове слідство і призвести до часткового або повного виправдання підсудного.

Дискусійним є питання про допустимість надання в суді безпосередньо державним обвинувачем доказів, які з якихось причин не були предметом дослідження в процесі досудового розслідування. Коли відповідна інформація стає відома державному обвинувачу до моменту призначення до слухання в суді кримінальної справи, він, щоб не ризикувати, повинен вжити заходів до повернення справи на додаткове розслідування. Однак за ситуації, коли державному обвинувачу стає відомо про існування таких відомостей вже під час судового слідства, він повинен бути або готовим до надання її у розпорядження суду з наступним її дослідженням і коригуванням тактики своєї обвинувальної лінії, або ж до вжиття заходів щодо повернення справи на додаткове розслідування (залежно від змісту нової інформації чи її джерел).

Навіть маючи підстави припускати імовірність появи у справі нових доказів, державному обвинувачу складно завчасно визначити, в який спосіб їх поява відобразиться на змісті комплексу наявних доказів. Тим не менш, навіть психологічна готовність, налаштування на те, що така ситуація можлива в суді, може позитивно відобразитись у діях прокурора. Ця готовність дозволить йому своєчасно і правильно відреагувати на зміну в комплексі доказів, адекватно наявній ситуації корегувати раніше обрану ним тактику участі в окремих судово-слідчих діях та методику дослідження всіх обставин справи.

Висновки:

1. Якщо на момент судового слідства кількість і зміст доказів залишаються тими ж, що й на досудовому розслідуванні — немає необхідності вносити істотні корективи в попередню обрану тактику і методику участі державного обвинувача в суді.

2. Якщо кількість доказів зменшилась чи збільшилась, але зміст доказової інформації залишається незмінним, тоді з урахуванням характеру цих кількісних змін прокурору необхідно перенести акцент на ті докази що залишилися незмінними, враховуючи появу нових, а отже відкорегувати у зв'язку з цим лінію обвинувачення.

3. У ситуаціях, що характеризуються зміною змісту доказової інформації, державний обвинувач стикається з необхідністю внесення істотних коректив у спрогнозовану ним ще на стадії підготовки до судового розгляду лінію обвинувачення. Для цього йому необхідно постійно співвідносити всі зміни в змісті наявних доказів з обсягом і змістом пред'явленого обвинувачення, своєчасно відмовлятися від підтримання обвинувачення в цілому або в окремій його частині, заявляти клопотання про витребування і дослідження необхідних додаткових доказів, про виключення з числа доказів інформації, добутої з порушенням встановленого законом порядку, і

вносити інші зміни в раніше обрані тактику і методику підтримання державного обвинувачення.

4. Тільки ретельне вивчення усіх без винятку матеріалів кримінальної справи дозволить швидко оцінити результати судового слідства як і щодо кожного доказу, так і всього їх комплексу. Вивчення матеріалів справи дозволить державному обвинувачу по-іншому, у порівнянні з системою доказів, запропонованою в обвинувальному висновку, згрупувати наявні докази, а це може дати тактичну перевагу, оскільки не контрпрогнозується адвокатом. Для забезпечення обґрунтованого вибору тактики підтримання державного обвинувачення варто постійно співвідносити зміни у змісті доказів з обсягом і змістом пред'явленого на досудовому розслідуванні обвинувачення і у разі потреби вносити відповідні корективи в обрану лінію поведінки.

5. Своєчасне прогнозування кожної з розглянутих вище ситуацій дозволяє державному обвинувачу завчасно обрати ту чи іншу лінію поведінки в ході судового розгляду, обрати відповідну тактику. Поява ситуацій, що не прогнозувалася прокурором на етапі підготовки до участі в справі, вимагає від нього високого професіоналізму, здатності в короткий термін аналізувати нові обставини справи і змінити тактику відповідно до змін в обставинах справи. У цьому випадку тільки використання наукових методів і рекомендацій дозволить прокурору виконати своє завдання щодо всебічного, повного й об'єктивного дослідженню всіх обставин справи.

1. Белкин Р. С. Курс криминалистики. В 3 т. Т.3: Криминалистические средства, приёмы и рекомендации / Р. С. Белкин. – М.: Юристъ, 1997 – 480 с.
2. Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия / Р. С. Белкин. – М.: Бек, 1997, - 342 с.
3. Ким Д. В. Криминалистические ситуации и их разрешение в уголовном судопроизводстве: монография // Под ред. В. К. Гавло / Д. В. Ким. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2006. – 206 с.
4. Волчещкая Т. С. Криминалистическая ситуалогия /Т. С. Волчещкая. – М.:Юрлитинформ, 1997, - 245 с. – С. 130-145.

Когутич І. І. Про ситуативну обумовленість дій державного обвинувача у ході розгляду кримінальних справ

Несприятлива криміногенна обстановка у державі, поява нових і вдосконалення вже відомих способів вчинення й приховування злочинів, протидія процесу встановлення істини у справі обумовлюють необхідність підвищення ефективності діяльності не лише органів досудового розслідування, а також професійних реалізаторів судового розгляду кримінальних справ (суддів, прокурорів – державних обвинувачів та адвокатів-захисників). У цьому контексті на практиці виникає багато проблемних питань, розв'язання яких є завданням вищезазначених наук.

Ключові слова: державний обвинувач, кримінальна справа, органи досудового розслідування

Когутич И. И. О ситуативной обусловленности действий государственного обвинителя в ходе рассмотрения уголовных дел

Неблагоприятная криминальная обстановка в государстве, появление новых и усовершенствование уже известных способов совершения и сокрытия преступлений, противодействие процессу установления истины, по делу обуславливают необходимость повышения эффективности деятельности не только органов досудебного следствия, а также профессиональных реалізаторов судебного рассмотрения уголовных дел (судей, прокуроров – государственных обвинителей и адвокатов-защитников). В этом контексте на практике возникают много проблемных вопросов, рассмотрение которых и есть основным заданием вышеуказанных наук.

Ключевые слова: государственный обвинитель, уголовное дело, органы досудебного расследования

Kohutych I. I. **On Situational Conditionality of State Prosecutor's Actions during the Criminal Cases**

Unfavorable crime situation in the state, appearance of new and perfection already of the known methods of feausance and concealment of crimes, counteraction to the process of establishment of truth stipulate the necessity of increase of efficiency of activity not only of organs of pre-trial investigation, and also professional realizers of judicial trial of criminal cases in business (judges, public prosecutors - state accusers and advocates- defenders). In this context in practice there are many problem questions which need to be investigated by these sciences.

Keywords: state prosecutor, criminal case, organs of pre-trial investigation.

Круль С. М.

Інформаційно-аналітичні технології в криміналістичній діяльності слідчого

УДК 343.9

Для фіксації й обробки криміналістично-значущої інформації все ширше використовуються сучасні комп'ютерні технології. За визначенням В. В. Бірюкова, "комп'ютерні технології – це сукупність методів і програмно-технічних засобів на базі комп'ютера (ЕОМ), об'єднаних у єдиний технологічний ланцюжок, що забезпечує збирання, обробку, збереження і передачу інформації з метою зниження трудомісткості інформаційних процесів, а також підвищення їх надійності, оперативності й ілюстративності [1, с. 54].

В даний час у практиці розкриття, розслідування і попередження злочинів, слідчими все ширше застосовуються досягнення науково-технічного прогресу (НТП). Під досягненнями НТП, за визначенням В. А. Панюшкіна, слід розуміти систему матеріальних (техніка) та ідеальних (наукові знання) засобів досягнення цілей кримінально-процесуального права [2, с. 67].

Ще зовсім недавно найпоширенішою інформаційною технологією в правоохоронній та слідчій діяльності були автоматизовані інформаційно-пошукові системи (АПС), за допомогою яких здійснюється збирання, обробка та систематизація криміналістичної інформації.

Діяльність суб'єктів, що розслідують злочини, зокрема слідчого, характеризується як інформаційно-аналітична і полягає у збиранні, зберіганні, систематизації та аналізі доказової та орієнтуючої інформації з метою прийняття оптимальних тактичних рішень. Вихідними даними для прийняття таких рішень служать результати обробки наукомісткої інформації, що отримана, в першу чергу, з використанням сучасних інформаційних технологій, зокрема це:

висновки експертів та дослідження спеціалістів, виконані з використанням АРМ експерта, програмно-апаратних комплексів; дані автоматизованих криміналістичних обліків з використанням програмно-технічних комплексів (таких як "ДАКТО 2000", "Сонда", "Папіллон" тощо);

відомості з автоматизованих банків даних оперативної інформації, з'єднаних у загальнодержавну комп'ютерну систему інформаційного забезпечення правоохоронної діяльності тощо.

У процесі інформаційно-аналітичної обробки вищезгаданих вихідних даних про злочин слідчий вирішує основні тактичні та пізнавальні завдання, що постають у ході розкриття та розслідування злочинів. Такі складні завдання,

як розслідування серійних злочинів, злочинів у сфері економіки, міжнародної, міжрегіональної та транснаціональної злочинності, взагалі не можуть бути вирішені без комп'ютерного забезпечення інформаційно-аналітичної роботи. Особливо це стосується такої пізнавальної діяльності слідчого як висунення версій, прийняття тактичних рішень, планування розслідування, оцінка та моделювання слідчих ситуацій, розробка алгоритму криміналістичних операцій. Згадані завдання іноді взагалі неможливо вирішити без використання інформаційних технологій, математичних та кібернетичних методів [3, с. 440].

До того ж слідчий повинен переробляти величезні масиви інформації в умовах дефіциту часу (обмежені процесуальні терміни), інформаційної невизначеності (складність отримання криміналістично значимої інформації). І це все з урахуванням неприпустимості помилок, а часто і при відносно невисокому професійному рівні та малому досвіді практичної роботи. З огляду на це, найбільш перспективним у сфері інформаційного забезпечення слідчої діяльності є створення спеціалізованих автоматизованих робочих місць слідчого (АРМ слідчого). АРМ дозволяє значно скоротити витрати часу на рутинну роботу по складанню різних процесуальних документів: протоколів, постанов, запитів, доручень тощо; моделювання слідчих ситуацій; розробку слідчих версій; формування ілюстративних матеріалів до справи тощо [4, с. 67].

Аналогічно розглянутому вище РМЕ структура програмних засобів АРМ слідчого побудована по модульному принципу, що дозволяє мати більш гнучке програмне забезпечення. АРМ слідчого також містить "Нормативно-правовий" та "Інформаційно-довідковий" модулі. На основі цих типових модулів можна будувати спеціалізовані АРМ (програми) слідчого за різними видами злочинів. Для цього досить доповнити типову структуру АРМ слідчого наступними програмними модулями:

"Шаблони процесуальних документів";

"Моделювання слідчих ситуацій";

"Модуль розробки слідчих версій";

"Модуль автоматизованої підтримки слідчих рішень" [4, с. 136].

Даний перелік слід доповнити такою довідковою інформацією:

Класифікація судових експертиз

Класифікація об'єктів дослідження

Перелік питань які відносяться до певних експертиз тощо.

Перелік функціональних модулів не є вичерпним і може бути доповнений відповідно до спеціалізації АРМ слідчого за видами злочинів.

При розслідуванні конкретної справи в АРМ слідчого в діалоговому режимі вводяться вихідні дані про склад та спосіб вчинення злочину, предмет злочинного посягання, потерпілого тощо. Результатом роботи алгоритму є рекомендації, які можуть бути використані при плануванні розслідування та дозволяють згрупувати дані по епізодам та по учасникам, підказують, як здійснити конкретні слідчі дії, провести пошук та співставлення епізодів, прізвищ, дат та ін. [3, с. 442].

Поєднання в АРМ слідчого жорсткості формальної логіки комп'ютерної програми з гнучкістю та *евристичністю* мислення людини, ставлять у ряд оптимальних *людино-машинних* комп'ютерних систем для інформаційного забезпечення досудового розслідування. Автоматизовані системи подібні АРМ слідчого не тільки оптимізують інформаційні процеси на стадії досудового розслідування, але й сприяють впровадженню систем підтримки прийняття слідчими, експертами, оперативними працівниками, суддями відповідних рішень. В зв'язку з цим за останні роки в Україні,

Росії та інших країнах близького зарубіжжя розроблено десятки автоматизованих систем, що моделюють слідчу діяльність.

1. Бірюков В. В. Використання комп'ютерних технологій для фіксації криміналістично значимої інформації у процесі розслідування: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Луганськ, 2000. – 206 с.
2. Панюшкин В. А. Научно-технический прогресс и уголовное судопроизводство (правовые аспекты). – Воронеж: Изд. Воронеж. ун-та, 1985. – 151 с.
3. П. Д. Біленчук, В. К. Лисиченко, Н. І. Клименко та ін. Криміналістика: Підручник./За ред. П. Д. Біленчука. – 2-ге вид., випр. і доп. – К.: Атіка, 2001. – 544с.
4. Ищенко Е. П. , Топорков А. А. Криминалистика: Учебник / Под ред. Е. П. Ищенко. – М., Юрид. фирма "Контракт": ИНФРА-М, 2003. – 438с.
5. Біленчук П. Д. , Кравчук О. В. , Міщенко В. Б. , Пілюков Ю. О. Інформаційна діяльність в правознавстві: Монографія. – Київ: "Наука і життя", 2007. – 187 с.

Круль С. М. Інформаційно-аналітичні технології в криміналістичній діяльності слідчого

Стаття присвячена дослідженню автоматизованої системи, яка не тільки оптимізує інформаційні процеси на стадії досудового розслідування, але й сприяє впровадженню систем підтримки прийняття слідчими, експертами, оперативними працівниками, судьями відповідних рішень. В зв'язку з цим за останні роки в Україні, Росії та інших країнах близького зарубіжжя розроблено десятки автоматизованих систем, що моделюють слідчу діяльність.

Ключові слова: інформаційні технології, автоматизовані системи, "Нормативно-правовий" та "Інформаційно-довідковий" модулі.

Круль С. М. Информационно-аналитические технологии в криминалистической деятельности следователя

Статья посвящена исследованию автоматизированной системы, которая не только оптимизирует информационные процессы на стадии досудебного расследования, но и способствует внедрению систем поддержки принятия следователями, экспертами, оперативными работниками, судьями соответствующих решений. В этой связи за последние годы в Украине, России и других странах ближнего зарубежья, разработаны десятки автоматизированных систем, которые моделируют следственную деятельность.

Ключевые слова: информационные технологии, автоматизированные системы, "Нормативно-правовой" и "Информационно-справочный" модули.

Krul S.M. Informative Analytical Technology of Forensic Investigation of Investigator

The article is dedicated to the investigation of automated system, which not only optimizes the informative processes on the stage of precourt investigation, but contributes the process of introduction of investigators', experts', managerial personnel's, judges' making decisions. This is a reason for the process of making of automated systems, which model the investigation activity, in Ukraine, Russia, and other CIS countries.

Keywords: informative technology, analytical technology, investigator, expert, judge, investigation activity, automated system.

Європейські правові акти у сфері відновного правосуддя

УДК 343.137

Актуальність теми. Попри наявність міжнародно-правових норм у сфері відновного правосуддя, значний внесок у його розвиток здійснили європейські інституції. З 1995 р. Україна стала членом Ради Європи та чітко окреслила наміри набутти повноправного членства у Європейському Союзі. Членство у таких поважних та могутніх європейських структурах ставить перед нашою державою чіткі зобов'язання та необхідність досягнення демократичних стандартів шляхом реформування національного законодавства, в тому числі й у сфері кримінального судочинства, зокрема шляхом запровадження відновного правосуддя.

Метою статті є аналіз Європейських правових актів у сфері відновного правосуддя, медіації.

Ступінь наукової розробки проблеми. Окремі питання даної проблеми досліджували І. А. Войтюк, В. В. Землянська, В. Д. Каневська, Р. Г. Коваль, В. Т. Маляренко, Н. М. Прокопенко, а також закордонні науковці, зокрема, Я. Валюк, Д. Ван Несс, Дж. Брейтуейт, Г. Зер, Д. Маєрс, С. Пен, І. Петрухін, М. Райт та інші.

Виклад основного матеріалу. Основи запровадження та розвитку відновного правосуддя на європейському просторі закладені у документах, насамперед, Ради Європи.

Пункт в статті 15 Статуту Ради Європи [1], затвердженого 5 травня 1949р. та ратифікованого Україною [2] 31 жовтня 1995р., передбачає, що для досягнення своєї мети дана організація вправі видавати рекомендації своїм членам. Керуючись цим положенням, органи Ради Європи прийняли значну кількість рекомендацій щодо дослідження, запровадження, застосування, регулювання відновного правосуддя.

Європейські правові акти у сфері відновного правосуддя доцільно класифікувати на загальні та спеціальні. До загальних правових актів належать Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи "Про деякі заходи покарання, альтернативні позбавленню волі" № R(76)10 від 9 травня 1976 р. [3], "Про шляхи полегшення доступу до правосуддя" № R(81)7 від 14 травня 1981 р. [4], "Про становище потерпілого в межах кримінального права і кримінального процесу" №R(85)11 від 28 червня 1985 р. [5], "Про спрощення кримінального правосуддя" №6R(87) 18 від 17 вересня 1987 р. [6], "Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх" № R(87)20 від 17 вересня 1987 р. [7], "Про Європейські правила щодо загальних санкцій та заходів" № R(92)16 від 19 жовтня 1992 р. [8], "Про управління системою кримінального правосуддя" №(95)12 від 11 березня 1995 р. [9], "Про нові способи боротьби із злочинністю неповнолітніх і роль правосуддя у справах щодо неповнолітніх" № R(2003)20 від 24 вересня 2003 р. [10], а також Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р. [11].

Спеціальним європейським правовим актом у сфері відновного правосуддя є Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999 р. (далі – Рекомендація) [12].

Як загальні, так і спеціальні європейські правові акти містять багато положень, які за своєю сутністю є аналогічними до міжнародно-правових норм у даній сфері.

Загальні правові акти, переважно, закріплюють основу для впровадження відновного правосуддя. Їх положення є практично однаковими і зводяться до необхідності реформування кримінального процесу з врахуванням відновного підходу.

Європейські правові акти фіксують, що передумовами впровадження відновного правосуддя є те, що: 1) судочинство нерідко носить складний, довготривалий і дорогий характер. Внаслідок цього фізичні особи, особливо малозабезпечені, мають труднощі при здійсненні своїх прав [4]; 2) робочий механізм традиційної системи кримінального процесу інколи може погіршувати, а не полегшувати проблеми, становище потерпілого; 3) потрібно приділяти більше уваги потребам потерпілого на всіх етапах кримінального судочинства; 4) в межах системи кримінального правосуддя необхідно звертати більше уваги на спричинену потерпілому фізичну, психологічну, матеріальну і соціальну шкоду [5].

Одночасно з передумовами, правові акти Ради Європи містять чіткі нормативні *основи* для запровадження відновного правосуддя. До них належать: 1) необхідність впроваджувати у національне кримінальне судочинство заходи впливу щодо злочинця, які не пов'язані з позбавленням волі [8]; 2) потреба сприяти розвиткові процесу непрямого впливу неповнолітніх до кримінальної відповідальності, залучаючи до цього служби або комісії у справах захисту дітей [7]; 3) актуальність проведення досліджень щодо ефективності застосування систем посередництва та примирення у кримінальних справах [8]; 4) важливість застосування норм, що б передбачали відшкодування шкоди потерпілим та водночас визнавали потреби правопорушника, які стосуються його соціального устрою [8]; 5) доцільність спрощення кримінального судочинства, зокрема шляхом впровадження заходів для примирення сторін або дружнього врегулювання спору як до, так і після порушення провадження у справі [4]; 6) необхідність вдосконалення системи кримінального судочинства, в тому числі за допомогою застосування посередництва у кримінальному процесі [9].

Одним із найважливіших міжнародно-правових актів у сфері відновного правосуддя, зокрема медіації, є Рекомендація [12]. Вона стала основою для реформування національного кримінального процесу щодо відновного правосуддя багатьох європейських країн. Її прийняття було основою для впровадження відновного правосуддя у країнах Центральної та Східної Європи.

Дана Рекомендація визначає особливості правового регулювання однієї з найпоширеніших форм відновного правосуддя – медіації. Її норми можна вважати основою для впровадження відновного правосуддя у кримінальний процес. Вони визначають стандарти, рамкові аспекти, які мають бути враховані національними законодавцями різних країн-учасниць Ради Європи при реформуванні кримінального судочинства з врахуванням відновного підходу.

Рекомендація закріплює поняття медіації, визначає її основні принципи та правову основу, місце у кримінальному процесі, особливості проведення цієї процедури [12].

Відповідно до цього джерела відновного правосуддя, медіація у кримінальних справах – це гнучкий, всеохоплюючий, орієнтований на пошук рішення процес, який є додатковим або альтернативним способом вирішення кримінальних справ у системі традиційного судочинства, і спрямований на: врахування інтересів і залучення зацікавлених осіб до процесу; визнання законних інтересів потерпілого, які виникли внаслідок злочину; діалог потерпілого з правопорушником з метою відшкодування моральних та матеріальних збитків; розвиток почуття відповідальності у правопорушника та надання йому можливості для виправлення; підвищення ролі окремої особистості та громади у попередженні злочинів та конфліктів [12].

Поняття медіації, що закріплене в аналізованій Рекомендації, визначає її мету, завдання медіації, місце у кримінальному процесі.

Рекомендація передбачає, що медіація є процесом, який спрямований на пошук рішення [12], тобто вирішення певної ситуації, конфлікту. Оскільки мова йде про медіацію у кримінальних справах, то відповідно пошук такого рішення пов'язаний

із розв'язанням конфлікту, що зумовлений вчиненням злочину. Отже, медіація спрямована на вирішення кримінально-правового конфлікту. Відповідно мету медіації можна трактувати як вирішення кримінально-правового конфлікту.

Мета медіації досягається за допомогою реалізації певних завдань. Вбачається, що до цих завдань належать: 1) врахування інтересів і залучення зацікавлених осіб до процесу; 2) визнання законних інтересів потерпілого, які виникли внаслідок злочину; 3) діалог потерпілого з правопорушником з метою відшкодування моральних та матеріальних збитків; 4) розвиток почуття відповідальності у правопорушника та надання йому можливості для виправлення; 5) підвищення ролі окремої особистості та громади у попередженні злочинів та конфліктів [12].

Таким чином, Рада Європи розглядає медіацію як: 1) доповнення до кримінального судочинства; 2) альтернативу традиційному судовому розгляду. Найвність такого подвійного підходу зумовлена багатогранністю, особливостями кримінального процесу різних європейських країн та полегшує можливість імплементації відновного підходу в оптимальний спосіб.

Рекомендація містить вказівку на необхідність країн-членів Ради Європи при розвитку системи медіації у кримінальних справах врахувати принципи, зазначені у додатку до цієї Рекомендації [12]. Медіація, як форма відновного правосуддя, базується на загальних принципах, які були проаналізовані вище. Одночасно Рекомендація виділяє і спеціальні принципи, які стосуються цієї форми. До них, зокрема, належать: 1) доступність [163]. Цей принцип можна розглядати як сукупність таких процесуальних аспектів: право особи знати про можливість участі у медіації та обов'язок суб'єкта владних повноважень кримінального процесу (слідчий, прокурор, суд) проінформувати про таку можливість потерпілого і правопорушника та право для учасників кримінально-правового конфлікту взяти участь у такій відновній процедурі. Звичайно, можна говорити, що доступність медіації має співвідноситися з певними фінансовими критеріями (наприклад, безоплатність для її учасників). Проте вони не носять процесуальний характер, а тому є менш цікавими для даного дослідження; 2) незалежність медіації як процедури та її автономність в рамках кримінального процесу [12]. Даний принцип передбачає функціонування медіації на власних засадах, наявність внутрішньої структури. Це в значній мірі відрізняється від засад, що властиві кримінальному процесу, який ґрунтується на оцінці вини, визначення кримінального діяння відповідно до кримінального закону і призначення покарання або його виправдання. Для медіації ж будуть необхідні умови, які сприятимуть відкритому і необмеженому спілкуванню, вираженню емоцій, активному пошуку практичних рішень, що б відповідали справжнім потребам потерпілого і реальній можливості правопорушника здійснити "відшкодування".

Такого роду незалежність, передбачена в Рекомендації, може бути охарактеризована як "обумовлена незалежність" в межах кримінального правосуддя [14, с. 125]. За таких умов держава зберігає контроль над реакцією на кримінально-правовий конфлікт, який тимчасово перебуває під впливом засад та внутрішніх норм медіації. Коли медіація закінчиться, то кримінальна справа повертається в традиційне русло. У такому випадку медіація зберігає так звану обумовлену незалежність та є автономною у межах кримінального процесу.

Окрім принципів медіації, Рекомендація закріплює необхідні процесуальні умови її проведення, які необхідно закріпити на нормативному рівні. Вони фактично дублюють наведені міжнародно-правові акти і передбачають: 1) необхідність правового регулювання передачі кримінальних справ на медіацію та врегулювання її впливу на подальший хід кримінального процесу; 2) закріплення права органів кримінальної юстиції на прийняття рішення щодо передачі справи на медіацію та встановлення

їх правових наслідків; 3) врегулювання обов'язковості врахування результатів проведеної медіації органами, які наділені компетенцією приймати рішення у кримінальному процесі. У разі недосягнення примирення, згоди під час медіації або у випадку невиконання досягнутих домовленостей, провадження в кримінальній справі здійснюється у традиційний спосіб; 4) необхідність інформування сторін про їх права, характер процесу медіації та про можливі наслідки прийнятого рішення; 5) визнання деяких обставин справи обома сторонами як підґрунтя для процесу медіації. Проте участь у медіації не можна розглядати як показник визнання вини [12].

Новими умовами, в порівнянні з актами ООН, є:

1) необхідність встановлення строків проведення медіації. Наявність строку, яким обмежується медіація, – одна з важливих умов її впорядкування у межах кримінального процесу, тому має знайти своє відображення в КПК України.

2) завершення медіації (у разі примирення) підписанням відповідного договору сторонами, де закріплюються обумовлені ними права та обов'язки. Укладення договору між потерпілим та обвинуваченим (підсудним), що стосується залагодження шкоди, може розглядатися як спосіб визначення порядку виконання деліктного зобов'язання [15, с. 114].

Договір про примирення має отримати правовий статус, на основі якого можливо приймати відповідні процесуальні рішення у кримінальній справі. Оскільки договір про примирення матиме певний вплив на прийняття рішень органами та посадовими особами, в провадженні яких перебуває кримінальна справа. Тобто відповідні правовідносини повинні також регулюватися КК України.

3) моніторинг медіації, тобто перевірка виконання договору за результати віднової процедури [12]. Дану функцію може бути покладено на посадову особу або орган, в провадженні якого перебуває кримінальна справа (до вступу вироку в законну силу) або на кримінально-виконавчу інспекцію (після вступу вироку в законну силу).

Також Рекомендація містить норму, що безпосередньо актуалізує наше дослідження. Зокрема, аналізований правовий акт містить вказівку державам-членам Ради Європи сприяти проведенню досліджень медіації у кримінальних справах [12].

Висновок. Правові акти Ради Європи є суттєвим підґрунтям для впровадження та регламентації відновного правосуддя і в основному доповнюють міжнародно-правові акти у цій сфері.

1. Статут Ради Європи/[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_001.
2. Закон України "Про приєднання України до Статуту Ради Європи"/ Верховна Рада України. – Відомості Верховної Ради (ВВР), 1995. – № 38. – ст.287.
3. Рекомендація Ради Європи "Про деякі заходи покарання, альтернативні позбавленню волі" № R(76)10 від 9 травня 1976р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_050.
4. Рекомендація Союзу Європи № R (81) 7 від 14 мая 1981 года "Относительно путей облегчения доступа к правосудию" // Российская юстиция. – 1997. – № 6. – С. 4.
5. Рекомендація Комітета міністрів державам-членам относительно положення потерпевшего в рамках уголовного права и уголовного процесса/№ R (85) 11 від 28 червня 1985р./ Сборник международно-правовых документов. "Права человека". Минск: Белфранс, 1999 г. – 35–38.
6. Рекомендація "Про спрощення кримінального правосуддя" №6R(87)18 від 17 вересня 1987р./Відновне правосуддя в Україні. Щоквартальний бюлетень. – 2007. – №3. – С. 11-17.

7. Рекомендація Ради Європи "Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх" № R(87)20 від 17 вересня 1987р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=986_7987.
8. Рекомендація Ради Європи "Про Європейські правила щодо загальних санкцій та заходів" № R (92) 16 від 19 жовтня 1992р./ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_047.
9. Рекомендація Ради Європи "Про управління системою кримінального правосуддя" № (95)12 від 11 березня 1995р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_130.
10. Рекомендація Рад Європи "Про нові способи боротьби із злочинністю неповнолітніх і роль правосуддя у справах щодо неповнолітніх" №R(2003)20 від 24 вересня 2003р./ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/RJU_bulletin/ RJU.Vol.3.pdf.
11. Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_135.
12. Рекомендація Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р./Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. – 2005. – С. 53–56.
13. Резолюція ООН №1998/23 28 липня 1998р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/ecosoc/docs/1998/r1998-23.pdf>.
14. Aertsen I., Mackay R., Pelican C., Willemsens J., Wright M. Rebuilding Community Connections – Mediation and Restorative Justice in Europe/I. Aertsen, R. Mackay, J. Willemsens, et al./Strasbourg: Council of Europe Publishing.–2004.– 123р.
15. Рубинштейн Е. А. Примирительное соглашение и гарантии исполнения обязательств по заглаживанию вреда при прекращении уголовных дел в связи с примирением сторон/ Е. А. Рубинштейн// Вестник научных трудов. Серия "Право". – 2004. – №. 1(6). – С. 109-117.

Микитин Ю. І. Європейські правові акти у сфері відновного правосуддя

У даній статті аналізуються європейські правові акти, зокрема Ради Європи, у сфері відновного правосуддя, медіації. Особливу увагу присвячено Рекомендації "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р.

Ключові слова: відновне правосуддя, медіація, європейські правові акти.

Микитин Ю. И. Европейские правовые акты в области восстановительного правосудия

В данной статье проанализировано европейские правовые акты, в частности, Совета Европы в области восстановительного правосудия, медиация. Отдельное внимание посвящено Рекомендации "Про медиацию в уголовных делах" № R(99)19 от 15 сентября 1999р.

Ключевые слова: восстановительное правосудия, медиация, европейские правовые акты.

Mykytyn Y.I. European Regulation Acts in the Field of Restorative Justice

This article analyzes the European acts, including the acts of the Council of Europe in the field of restorative justice, mediation. Special attention is devoted to recommendations on mediation in criminal cases "№ R (99) 19 of 15 September 1999.

Keywords: restorative justice, mediation, European regulations.

Проведення негласних слідчих дій під час досудового розслідування: проект КПК України та європейський досвід

УДК 342.72/73:343.13

Чимале значення для кримінального процесу та для боротьби зі злочинністю в цілому відіграють заходи, які здійснюються в ході оперативно-розшукової діяльності та оформлені протоколами з відповідними додатками. Відповідно до ст. 65 КПК України, вони є джерелами доказів. Такі протоколи можуть бути використані для отримання доказів лише в тих випадках, коли будуть відомі джерело і способи отримання фактичних даних, що становитимуть зміст доказів. У іншому разі протоколи оперативно-розшукових заходів є лише підставами для проведення слідчих дій з метою отримання доказів [1, с. 197].

Проте чимало проблем у кримінальному судочинстві стосуються порядку отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності особами, що ведуть кримінальний процес, та самого порядку проведення оперативно-розшукових заходів. Багато уваги їм приділили у свої працях Р. С. Белкін, Ю. І. Веселов, В. А. Дашко, А. В. Іщенко, С. О. Кириченко, С. С. Овчинський, М. А. Погорецький, І. В. Сервецький, А. Є. Чететін та ін. Однак багато питань ще далекі від свого вирішення, особливо в контексті необхідності прийняття нового КПК України.

Як зауважує М. А. Погорецький, Закон України "Про оперативно-розшукову діяльність", зазначивши в статтях 1, 6, 7, 8, 10, що матеріали ОРД можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, не містить жодної норми, яка б визначила порядок надання таких матеріалів підрозділам, що здійснюють ОРД, особам, які ведуть кримінальний процес, чи вербування їх цими особами з оперативно-розшукових підрозділів. Немає спеціальної норми, яка б встановлювала такий порядок, і в чинному КПК України.

Відсутність законодавчого врегулювання цього питання призводить до того, що значна частина цінної інформації, здобутої в ході ОРД, яка могла б бути використана в інтересах кримінального судочинства, залишається не витребуваною, що негативно позначається на ефективності як ОРД, так і кримінального процесу в боротьбі зі злочинністю та захисті прав і свобод людини [2, с. 292-293].

Практика свідчить, що протистояння між різними службами системи правоохоронних органів, нерегульованість на рівні закону взаємодії між ними викликає велику кількість питань у ході розслідування й позначається на процесі провадження у кримінальних справах [3, с. 199].

Очевидно, саме з таких міркувань виходили автори проекту КПК України від 11.09.2008 року, підготовленого Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, доповнивши розділ III, яким регулюється досудове провадження, главою 3 під назвою "Негласні слідчі дії".

Відповідно до ч.2 ст. 227 цього проекту, рішення про проведення негласних слідчих дій приймають слідчий, державний обвинувач, а в ряді випадків – суд за клопотанням державного обвинувача. Виключно державний обвинувач має право прийняти рішення про проведення таких слідчих дій:

- 1) спостереження за особою, предметом або місцем;
- 2) аудіоконтроль або відеоконтроль місця;
- 3) контроль за вчиненням кримінального правопорушення;

4) виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Відповідно до ст. 235 проекту КПК, на підставі ухвали суду, а у виняткових випадках і без такої, можуть бути застосовані:

- 1) аудіоконтроль особи;
- 2) арешт, огляд і виїмка кореспонденції;
- 3) контроль засобів зв'язку;
- 4) контроль даних в електронній інформаційній системі [4].

Такі ж права передбачені статтею 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” для підрозділів, що здійснюють таку діяльність [5, с. 197-201].

У багатьох країнах Європи та за її межами кримінально-процесуальним законодавством передбачене проведення негласних слідчих дій під час досудового провадження, а також здобуто певний досвід при їх проведенні, на чому доцільно зупинитися більш детально.

Відповідно до §100а КПК ФРН, контроль та запис телефонних переговорів можуть проводитися, коли певні факти говорять про те, що хто-небудь в якості виконавця чи співучасника скоїв кримінально каране діяння або у випадках, коли замах є караним, намагався чи готував скоєння кримінально караного діяння і якщо з'ясування обставин справи чи встановлення місця перебування обвинуваченого іншим способом неможливе або суттєво ускладнене.

Відповідно – контроль може бути встановлено лише відносно обмеженого кола осіб – обвинуваченого чи осіб, які з ним зв'язані та передають йому інформацію.

Одночасно із запровадженням цієї норми законодавець встановив ряд передумов, при дотриманні яких контроль телефонних переговорів є допустимим:

- 1) насамперед, для цього потрібна згода одного з учасників переговорів;

Не буде протиправним, якщо один із учасників переговорів згоден з тим, що розмову чути третя особа, незалежно від того, йдеться про приватну особу чи про службовця поліції.

- 2) винятки не допускаються;
- 3) прослуховування приміщень заборонені;

4) контроль можливий, відповідно до абзацу 2 вказаного параграфу, лише при винненні певних особливо тяжких злочинів: проти миру, державна зрада, загроза демократичній правовій державі, проти державної оборони, проти публічного порядку, проти безпеки військ НАТО, підроблення грошових знаків та деяких інших;

- 5) лише з дозволу судді, а при невідкладності дій – прокуратурою;

6) припис прокуратури не має сили, якщо він протягом трьох днів не був підтверджений суддею;

- 7) максимальний строк дії припису – три місяці (§100b КПК ФРН).

Передумовою запровадження вказаної норми у сучасному її вигляді став Закон “Про боротьбу з нелегальною торгівлею наркотиками та іншими формами організованої злочинності” (OrgKG) від 15 липня 1992 року, яким планувалося введення у кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство й інших новел у сторону обмеження суб'єктивних прав громадян. Як відзначив А. Йорг (A. Jorg), прийняття цього закону передували гострі дискусії відносно так званого “малого прослуховування” (kleiner Lauschangriff), яке передбачало можливість здійснення запису переговорів в житлі та проведення відео- та фотозйомок у випадку, коли у приміщенні присутній оперативний співробітник (verdeckter Ermittler). У Бундестазі тоді з цього приводу виникло питання: чи не є “мале прослуховування” недопустимим втручанням у право на недоторканність житла? В результаті верх взяли конституційно-правові заперечення проти порушень Основного Закону і “мале прослуховування” не відбулось

[6, с. 22-23]. Однак було визнано допустимим контроль телефонних переговорів та розширено каталог злочинних діянь, при вчиненні яких він допускався. Це стало певним компромісом між органами кримінального переслідування, які вимагали більш рішучих заходів при боротьбі зі злочинністю, та противниками подібних втручань у сферу основних прав та свобод людини і громадянина.

Проте перші вимоги подальшого розширення своїх повноважень. Наслідком їх аргументів стало прийняття наступних законів, якими передбачались додаткові слідчі та оперативно-розшукові заходи: зокрема, Закон "Про боротьбу зі злочинністю" від 1994 року та інші закони, якими вносились зміни до Основного Закону та КПК ФРН. У 1997 році КПК було доповнено параграфами 100с-100і, у яких передбачались додаткові обмеження правової держави у ФРН. У деяких підручниках вони носять назву "особливих методів розслідування" [7, с. 300].

У Англії прослуховування розмов, зокрема телефонних, відбувається на підставі Закону "Про регламентацію повноважень під час розслідування" від 2000 року, згідно з яким воно відбувається на підставі наказу Міністра внутрішніх справ строком від 3-х до 6-ти місяців у справах про так звані "серйозні злочини". При цьому ступінь такої "серйозності" вправі визначати сам міністр у певному конкретному випадку [8, с. 109].

У свою чергу до згаданих особливих методів розслідування у ФРН та інших країнах належать:

1) *Оптичний контроль за допомогою технічних засобів* (§§100с, 163е КПК ФРН, §136 КПК Австрії).

Як відмічається в літературі, ці приписи вимагають посиленої урегульованості. Однак визнається, що з державно-правової точки зору вона є не зовсім вдалою [9, с. 382].

Можливість застосування такого контролю бачиться законодавцем з огляду на дотримання вимоги щодо поваги до людської гідності та у кожному випадку відповідно до принципу співвідносності (вчиненого діяння з очікуваним покаранням). Під "не зовсім вдалою урегульованістю" європейські юристи розуміють недосконалості законодавства, що нерідко призводить до зловживань з боку органів кримінального переслідування та вихід за межі вимог законодавства.

Відповідно до §100с абзацу 1 КПК ФРН (§139 КПК Австрії), без відома зацікавлених осіб може бути виданий припис про застосування технічних засобів спостереження при розслідуванні злочинів, які мають особливе значення, якщо з'ясування істини у справі чи встановлення місця перебування обвинуваченого іншим способом буде неможливим або суттєво ускладненим.

Як роз'яснює Верховний Суд ФРН, такий контроль можливий лише за межами житла особи [10, с. 794]. Технічними засобами спостереження називаються: фото-, кіно-, відеокамери, прилади нічного бачення, радіомаячки та система "Global Positioning System" (GPS), яка дозволяє контролювати автомобільний транспорт.

2) *Акустичний контроль неpubлічних розмов* у справах про особливо небезпечні злочини. Як вказується у §136 КПК Австрії, такими злочинами слід вважати такі, що вчинені організованим злочинним угрупованням чи терористичною організацією, та інші злочини, за які передбачене покарання на строк більше 10 років [11, с. 170-172]. Під неpubлічними (приватними) розмовами слід розуміти прослуховування та запис на плівку розмов у кімнатах для відвідувань в місцях попереднього ув'язнення, що виключає втручання у приватну сферу обвинуваченого чи його родичів. Проте, за загальним правилом, ця норма чомусь дозволяє також прослуховування розмов в автомашині обвинуваченого за допомогою радіомікрофонів ("жучків") [12, с. 310], що, на нашу думку, є не чим іншим, як безпосереднім та таємним втручанням у сферу

особистого життя обвинуваченого, що викликає сумніви з огляду на можливість його допустимості.

3) *Прослуховування житлових приміщень* (у ФРН – “велике прослуховування”).

Цей вид прослуховування викликав з моменту його запровадження німецьким Бундестагом у 1998 році чи не найбільше дискусій серед науковців та практиків, а також і звичайних громадян ФРН, оскільки означає суттєве втручання у сферу конституційних прав та свобод громадян.

Щоправда, при застосуванні “великого прослуховування” законодавець вказав на ряд застережень, серед яких:

- дозволяється прослуховування житла лише обвинуваченого;
- житла інших осіб – лише на підставі конкретних фактів, що обвинувачений знаходиться там, а не з метою з’ясування обставин справи;
- лише у справах про особливо небезпечні злочини, каталог яких подається у §100а КПК ФРН (частково поданий вище);
- на строк не більше чотирьох тижнів, проте продовження можливе;
- лише комісією у складі трьох суддів Земельного суду, у невідкладних випадках – головою цього суду [12, с. 310-311].

Однак забезпечити цілковите дотримання законності при прослуховуванні житла навряд чи можливо, на що вказують німецькі правники. Буркгард Гірш (Burkhard Hirsch) з цього приводу сказав, що перед “жучками” усі рівні. У буквальному сенсі вже не залишилося жодного місця, де би приватні розмови були захищені від прослуховування та запису з боку держави. Адже прослуховують не лише обвинуваченого, а й його батьків, дітей, друзів, колег по роботі та усіх інших, з ким він вступає у контакти [13, с. 135].

Зрештою, не дивлячись на усі застереження законодавця щодо меж застосування акустичного чи оптичного контролю, можна вести мову про можливість тотального прослуховування громадян ФРН, що дозволяють зробити “стратегічні” підстави відповідно до Закону “С 10”, згідно з яким можна уникнути судового контролю за переглядом поштово-телеграфної кореспонденції, прослуховуванням житла чи інших приміщень, а також оптичним спостереженням (рішення приймає відповідне Федеральне міністерство за згодою Парламентської комісії). Проте це зовсім не означає, що таке рішення приймається у кожному конкретному випадку. Прослуховування відбувається за допомогою комп’ютерної техніки, запис переговорів здійснюється автоматично, коли програма із маси розмов виділяє певні окремі слова, які можуть вказувати на злочинну діяльність (наприклад, “наркотики”, “партія”, “захоплення” та інші), та включає запис.

Як зауважив Б. Гірш, про обсяг кримінально-процесуального контролю, його тривалість, кількість підключень до розмов та їх учасників, успіх проведених заходів та їх вартість немає жодних підтверджених даних. Не володіє такою інформацією і федеральний уряд [14, с. 132].

Проводить “стратегічне прослуховування” Федеральна інформаційна служба (BND) та її структурні підрозділи. Юрген Зайферт (Jürgen Seifert) назвав її діяльність незаконною, а її саму – “безконтрольною таємною поліцією” [15, с. 118].

Чимало публікацій цієї теми присвятила суддя Ільзе Бехтгольд (Ilse Bechthold), яка назвала “велике прослуховування” “кінцем приватної сфери”, оскільки під дію цієї новели підпали і особи, які володіють процесуальним правом на відмову від дачі показань. Серед них і родичі, і лікарі, і адвокати, і журналісти [16, с. 153, 154]. У іншій статті вона назвала його “шпигунством у судовій практиці” [17, с. 142].

Як бачимо, застосування негласних слідчих дій є законодавчо обґрунтованим, так як цього вимагають інтереси боротьби зі злочинністю, яка набуває нових

форм і “вдосконалюється”, та забезпечення прав і свобод добропорядних громадян, однак при цьому є чимало недоліків та прогалин, які не піддаються швидкому та безкомпромісному усуненню, однак потребують посиленої уваги до себе.

1. Кримінально-процесуальний кодекс України: за станом на 1 бер. 2008 року / [науково-практичний коментар] / За заг. ред. Малайренка В. Т., Гончаренка В. Г. – [3-тє вид.]. – К. : Юрисконсульт КНТ, 2008. – 896 с.
2. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: [монографія] / М. А. Погорецький. – Арсис: ЛТД, 2007. – 576 с.
3. Мороз М. Загальні засади взаємодії слідчого з органом дізнання при порушенні кримінальних справ за матеріалами оперативно-розшукової діяльності / М. Мороз // Південноукраїнський правничий часопис. – 2008. – №4. – С. 199-201.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України: проєкт Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права 11.09.2008 [електронний ресурс]. – режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/projectCriminalCodex>.
5. Сервецький І. В. Науково-практичний коментар Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”. [3-тє вид., доп.] (Станом на 1 червня 2006 року) / І. В. Сервецький, В. А. Дашко. – К., 2006. – 400 с.
6. Йорг Арнольд. Ограничєния правового государства в германском уголовно-процессуальном праве // Конституционное право: Восточноєвропейское обозрение. – 1999. – №3 (28). – С. 22.
7. Ranft O. Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis. 3., neu bearbeitete Auflage, R. Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2005. – 761 s.
8. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств [изд. 2-е, доп. и испр.] / Гуценко К. Ф., Гольков Л. В., Филимонов Б. А. – М. : Издательство “Зерцало-М”, 2002. – 528 с.
9. Bernsmann. Strafverteidiger. – 2001. – S. 382.
10. BGH JZ. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. 98. 794.
11. Bachner-Foregger H. Strafprozessordnung. StPO 1975. – Wien, Taschenausgabe.– 2008. – 501 s.
12. Ranft O. Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis. 3., neu bearbeitete Auflage, R. Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2005. – 761 s.
13. Hirsch Burkhard. Vor der Wanze sind alle gleich // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. – S. 135.
14. Hirsch Burkhard. Ausufernde Telefonsberwachung im Strafverfahren. Bemerkungen zur Aushöhlung des Art. 10 GG // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. – S. 132.
15. Seifert Jürgen. BND: Der Unkontrollierbare Mithurer // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, Juni 1997. – S. 118.
16. Bechthold Ilse. Der Große Lauschangriff: Ende der Privatsphäre // Grundrechte-Report 1998: zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1998. – S. 153-154.
17. Bechthold Ilse. Befugnisse durch die Hintertür // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. – S. 135.

Савченко В. А. Проведення негласних слідчих дій під час досудового розслідування: проект КПК України та європейський досвід

У статті розглядаються питання щодо запровадження негласних слідчих дій у кримінальному судочинстві України та досвіду їх проведення в Австрії, ФРН та інших країнах Європи. Автором приділено увагу негативним та позитивним чинникам в контексті гармонізації законодавства України із правом країн-членів Євросоюзу.

Ключові слова: негласні слідчі дії, контроль телефонних переговорів, акустичний контроль, оптичний контроль, забезпечення прав і свобод.

Savchenko V. A. Проведення негласних слідствених дій в час досудового слідства: проект УПК України та європейський досвід

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся возможности производства негласных следственных действий в уголовном судопроизводстве Украины и опыта их проведения в Австрии, ФРГ и других странах Европы. Автором уделено внимание негативным и положительным моментам в контексте гармонизации законодательства Украины с правом государств-членов Евросоюза.

Ключевые слова: негласные следственные действия, контроль телефонных переговоров, акустический контроль, оптический контроль, обеспечение прав и свобод.

Savchenko V.A. Conduction Of Secret Investigative Actions In Pre-Trial Investigations: The Draft Of Criminal Procedure Code Of Ukraine And The European Experience In It.

This article covers questions as to introduction of secret investigative actions in the Criminal Judiciary in Ukraine and the experience of their conducting in Austria, Germany and other European countries. The author pays attention to the positive and negative factors in the context of harmonization of the Ukrainian legislation to the law of the countries – members of the European Union.

Keywords: secret investigative actions, control of telephone communications, acoustic control, optical control, securing rights and freedoms.

Тунтула О. С.

Класифікація практичних дій з отримання антикримінальних доказів: можливості удосконалення

УДК 343.211.5.

Запропоновано удосконалення термінології та переліку дій із отримання від особистісних і за допомогою речових джерел доказів і форми їх представлення в антикримінальному судочинстві.

It is offered improvement of terminology and list of actions from a receipt from personality and by the material sources of proofs and form of their presentation in the anticriminal legal proceeding.

Термінологія і способи отримання і форма представлення доказів у чинному КПК України (1), проекти даного кодексу (2), літературі (3; 4; 9-13 та ін.) виглядають досить різно, але презентують поступове удосконалення даної проблеми, що, за авторською пропозицією, може бути піддано подальшому розвитку і представлено наступним чином. Так у *ст. 66 "Збирання і подання доказів" чинного КПК України* вказані такі способи отримання доказів:

1. Особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі:

1.1. Викликати в порядку, встановленому цим Кодексом, будь-яких осіб для: 1.1.1. Допиту як: 1.1.1.1. Свідків. 1.1.1.2. Потерпілих. 1.1.2. Для дачі висновків як експертів.

1.2. Вимагати від юридичних осіб (підприємств, установ, організацій, посадових осіб): 1.2.1. Пред'явлення значущих для справи предметів. 1.2.2. Пред'явлення значущих для справи документів. 1.2.3. Проведення ревізій.

1.3. Вимагати від банків у порядку та обсязі, встановлених Законом України "Про банки і банківську діяльність", інформацію, яка містить банківську таємницю щодо: 1.3.1. Юридичних осіб. 1.3.2. Фізичних осіб.

1.4. Вимагати від фізичних осіб (громадян): 1.4.1. Пред'явлення значущих для справи предметів. 1.4.2. Пред'явлення значущих для справи документів.

2. Докази можуть бути подані: 2.1. Підозрюваним. 2.2. Обвинуваченим. 2.3. Захисником обвинуваченого. 2.4. Обвинувачем. 2.5. Потерпілим. 2.6. Цивільним позивачем. 2.7. Цивільним відповідачем. 2.8. Представниками вказаних особистісними джерелами. 2.9. Будь-якими іншими фізичними особами. 2.10. Будь-якими іншими юридичними особами (підприємствами, установами і організаціями) (2).

3. У передбачених законом випадках особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі доручити підрозділам, які здійснюють ординаторську діяльність: 3.1. Провести ординаторські заходи. 3.2. Використати негласні технічні засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі (2).

Як бачимо, у даному випадку не відображений такий, фактично передбачений низкою статей даного кодексу, спосіб отримання доказів, як проведення окремих слідчих, судових та експертних дій.

Згідно зі ст.148 "Збирання доказів" Проекту нового КПК України даний спосіб вже прямо вказаний поміж інших наступним чином:

1. Збирання доказів здійснюється у порядку, передбаченому цим Кодексом, шляхом: 1.1. Допитів. 1.2. Очних ставок. 1.3. Пред'явлення для впізнання. 1.4. Освідування. 1.5. Оглядів. 1.6. Виймки. 1.7. Обшуку. 1.8. Застосування технічних засобів отримання інформації. 1.9. Слідчого експерименту. 1.10. Перевірки показань на місці. 1.11. Екструзії трупа. 1.12. Призначення експертиз. 1.13. Одержання від фізичних осіб: 1.13.1. Матеріальних об'єктів. 1.13.2. Документів. 1.14. Одержання від юридичних осіб: 1.14.1. Матеріальних об'єктів. 1.14.2. Документів. 1.15. Витребування документів. 1.16. Призначення ревізій. 1.17. Фіксування процесу і результатів проведення цих дій у процесуальних документах.

2. Особа, яка здійснює дізнання, слідчий, прокурор, суддя, суд у справі, яка перебуває в його провадженні, в порядку, встановленому цим Кодексом, вправі: 2.1. Викликати будь-яку особу для допиту як: 2.1.1. Свідка. 2.1.2. Потерпілого. 2.2. Викликати будь-яку особу як експерта для дачі висновку. 2.3. Вимагати від юридичних осіб (підприємств, установ, організацій, службових осіб): 2.2.1. Пред'явлення значущих для справи предметів. 2.2.2. Пред'явлення значущих для справи документів. 2.2.3. Проведення ревізій. 2.3. Вимагати від банків у порядку та обсязі, встановлених Законом України "Про банки і банківську діяльність", інформацію, яка містить банківську таємницю щодо: 2.3.1. Юридичних осіб. 2.3.2. Фізичних осіб. 2.4. Вимагати від фізичних осіб (громадян): 2.4.1. Пред'явлення значущих для справи предметів. 2.4.2. Пред'явлення значущих для справи документів.

3. Докази можуть бути подані: 3.1. Підозрюваним. 3.2. Прокурором. 3.3. Захисником обвинуваченого. 3.4. Обвинувачем. 3.5. Потерпілим. 3.6. Цивільним позивачем. 3.7. Цивільним відповідачем. 3.8. Представниками вказаних особистісних джерел. 3.9. Будь-якими іншими фізичними особами. 3.10. Будь-якими іншими юридичними особами.

4. У передбачених законом випадках особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі доручити підрозділам, які здійснюють ординістичну діяльність: 4.1. Провести ординістичні заходи. 4.2. Використати негласні технічні засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі (2).

У частині же 5 даної норми резюмується те, що "не допускається збирання доказів шляхом, не передбаченим цим Кодексом" (3).

Враховуючі здобутки спеціальних досліджень С. А. Кириченка (5; 6; 7 та ін.) та Ю. О. Ланцедової (5; 6; 7; 8 та ін.), пропонується піддати подальшому удосконаленню проблеми термінологічного і кількісного упорядкування дій з отримання і форми представлення доказів, розпочавши зі ст. 65 чинного КПК України (1) і відповідної ст. 147 Проекту нового КПК України (2), перша і друга частина з яких стосуються сутності доказів та їх чотирьох основних юридичних властивостей, тоді як наступні частини даної норми КПК можуть виглядати наступним чином:

Частина 3: Докази мають право отримувати головні суб'єкти шляхом проведення:

1. Власне слідчих дій: 1.1. Оформлення явки з повинною про вчинення злочину. 1.2. Отримання усної заяви чи письмового повідомлення про вчинений злочин або його підтолку. 1.3. Затримання переслідуваної особи. 1.4. Допиту свідка, потерпілого, переслідуваної особи, цивільного позивача, цивільного відповідача, третьої особи із самостійними вимогами; третьої особи без самостійних вимог, представника переслідуваної особи, потерпілого, позивача, відповідача і третьої особи, а також експерта. 1.5. Очної ставки між вказаними особистісними джерелами. 1.6. Перевірки показань свідка, переслідуваного чи потерпілого на місці. 1.7. Експерименту із вказаними особистісними джерелами. 1.8. Пред'явлення для впізнання трасосубстанції, документи, свідка, потерпілого чи переслідуваного. 1.9. Обстеження (огляду та особистого дослідження) місця події, місцевості, приміщення, транспортного засобу, трупу людини, тіла живої людини, документів та інших трасосубстанцій. 1.10. Екзгумадії трупу людини. 1.11. Обшуку приміщення, місцевості, транспортного засобу та особи. 1.12. Виліткі трасосубстанцій і документів. 1.13. Накладення арешту на кошти і майно і передача останнього на зберігання. 1.14. Отримання зразків на експертизу.

2. Аналогічних власне судових дій (14, с. 182-183 та ін.).

Як бачимо, у даному переліку немає передбаченого чинною ст.187 КПК України "зняття інформації з каналів зв'язку" (1), яке більш правильно іменувати "отриманням інформації з технічних каналів зв'язку" або більш стислим терміном "отримання технічної інформації", оскільки дана дія, по своїй суті, є негласною, а, значить, й ординістичною. Окрім цього, криміналістичними, а не негласними як це іноді стверджується окремими авторами (13, с. 89-96 та ін.), є й певні гласні позапроцесуальні дії, зокрема, отримання пояснення, опитування, прочісування місцевості та ін.

Частина 4: Якщо ж отримання доказів вимагає залучення спеціальних знань, то до вказаних дій залучається відповідний спеціаліст або отримання доказів доручається експерту через призначення і проведення необхідного експертного дослідження (14, с. 183 та ін.).

Частина 5: Обстеження (огляд, особисте дослідження) місця події, а з санкції прокурора й будь-яка інша з перелічених власно процесуальних дій можуть бути проведені до порушення антикримінальної справи, якщо без цього не можна отримати фактичні дані про наявність в події ознак злочину або обставин, що дають можливість відмовити у порушенні такої справи (8, с. 75 та ін.).

Частина 6: Допомогу головним суб'єктам в отриманні доказів мають право надавати будь-які фізичні і юридичні особи через:

4.1. Добровільну видачу тих значущих для справи речових джерел, які виявилися в їх володінні.

4.2. Повідомлення про ймовірне чи реальне місце знаходження того матеріального об'єкту чи особи, які можуть бути по даній справі в якості відповідно речового та особистого джерела (14, с. 183 та ін.).

Частина 7: Головні суб'єкти:

7.1. Представляють докази у формі: 7.1.1. Протоколу власно слідчої дії. 7.1.2. Протоколу власно судової дії. 7.1.3. Журналу судового засідання. 7.1.4. Висновку експертизи. 7.1.5. Протоколу експертного дослідження.

7.2. Офіційно оцінюють докази у формі: 7.2.1. Постанови дізнавача. 7.2.2. Постанови слідчого. 7.2.3. Постанови прокурора. 7.2.4. Постанови судді. 7.2.5. Ухвали суду. 7.2.6. Протоколу досудової підготовки матеріалів. 7.2.7. Обвинувального висновку. 7.2.8. Обвинувального вироку. 7.2.9. Виправдувального вироку. 7.2.10. Апеляції прокурора та інших учасників судового засідання. 7.2.11. Касаційного подання прокурора та інших учасників судового засідання. 7.2.12. Подання прокурора чи п'яти суддів касаційного суду про перегляд судового рішення у виключному провадженні (14, с. 183).

Удосконалення процесуальної регламентації роботи з кожним з різновидів речових джерел доказів і пов'язаних з цим дій краще за все показати на прикладі чинного КПК України, у першу чергу, ст. 190 "Порядок проведення огляду", назву якої варто змінити на "Порядок обстеження", передбачивши у цій статті шість частин наступного змісту:

Частина I - "З метою збирання і документування стану антиделіктних слідів або ймовірних носіїв речових джерел доказів, які доступні для безпосереднього візуального сприйняття суб'єктами власне досудових і судових дій і не представляють небезпеки для їхнього здоров'я, а також з метою документування умов знаходження і взаємного розташування цих речових джерел доказів та інших об'єктів навколишнього середовища місця події або іншого їх місцезнаходження головний суб'єкт самостійно чи за допомогою фахівців, які залучені у порядку ст.128-1 даного Кодексу, проводить огляд місця події, приміщення, місцевості, транспортного засобу, трупа людини, документів, макроречових і мікроречових джерел доказів, ймовірних носіїв інших речових джерел доказів".

Частина II - "Для з'ясування обстановки і механізму підготовки, вчинення чи приховування певної події або інших пов'язаних з нею дій, вирішення інших питань, що мають значення для правильного розв'язання справи і не вимагають залучення спеціальних знань у формі експертизи, або з метою з'ясувати, чи потрібно для дослідження певних речових джерел доказів залучити спеціальні знання у формі експертизи головний суб'єкт самостійно чи за допомогою відповідних фахівців, які залучені у порядку ст.128-1 даного Кодексу, проводить особисте дослідження місця події, приміщення, місцевості, транспортного засобу, трупа людини, документів, макроречових і мікроречових джерел доказів, ймовірних носіїв інших речових джерел доказів, які доступні для безпосереднього візуального сприйняття суб'єктами досудових і судових дій і не представляють небезпеки для їхнього здоров'я".

Частина III - "Хід і результати огляду та особистого дослідження детально документуються у протоколі відповідно огляду та особистого дослідження, при потребі із залученням необхідних технічних засобів документальної фіксації".

Частина IV - "У разі збігу огляду та особистого дослідження одних і тих же речових джерел доказів за часом проведення складається єдиний протокол обстеження відповідного об'єкту".

Частина V - "З метою збирання і подальшого дослідження ультрамікроречових, ультраречових і латентноречових джерел доказів і при необхідності - мікроречових джерел доказів, призначається експертиза з таким завданням, яка за наявності підстав

вказаних у ч. 5 ст. 65 даного Кодексу може бути проведена до порушення справи і при можливості розпочатися на місці проведення обстеження (огляду, особистого дослідження), проходити паралельно з ним (оглядом, особистим дослідженням) і завершитися тут або у більш сприятливих умовах. При цьому у будь-якому випадку головний суб'єкт повинен самостійно чи за участю експерта, який залучається до обстеження (огляду, особистого дослідження) у порядку ст.128-1 даного Кодексу, зібрати ймовірні носії вказаних трасосубстанцій із документуванням всіх цих дій як у протоколі обстеження (огляду, особистого дослідження), так й експертом у висновку експертизи”.

Частина VI - “З метою збирання і подальшому дослідженню параречових джерел доказів або їхніх носіїв призначається експертиза, яка проводиться аналогічно порядку, передбаченому ч. V даної Статті, але без участі головного суб'єкта, понятих та інших можливих учасників обстеження (огляду, особистого дослідження). У даній ситуації головний суб'єкт повинен задокументувати у протоколі обстеження (огляду, особистого дослідження) факт передачі експерту в певних межах для обстеження з цією метою місця події або інших речових джерел доказів в якості реального чи ймовірного носія параоб'єктів, що відображається й у висновку експертизи, яка має бути розпочата і повністю чи частково проведена на місці проведення обстеження або у більш сприятливих умовах”. Зрозуміло, що відповідного удосконалення вимагають й інші норми чинного КПК України, пропозиції з приводу чого планується викласти у наступних публікаціях.

У той же час, підсумовуючи викладене, *класифікація практичних дій (заходів) з отримання антикримінальної інформації* від особистісних і за допомогою речових джерел може мати такий вигляд:

1. Процесуальні дії:

1.1. Власне процесуальні дії (що мають на меті отримати майбутні докази):

1.1.1. Власне слідчі дії. 1.1.2. Власне судові дії. 1.1.3. Власне експертні дії. 1.1.4. Власне захисні дії. 1.1.5. Власне обвинувальні дії.

1.2. Інші процесуальні дії (завданням яких вже є дотримання нормативно-правової процедури ведення досудового слідства, судового розгляду кримінальних справ та основ з виконання слідчих і судових рішень):

1.2.1. Інші слідчі дії. 1.2.2. Інші судові дії. 1.2.3. Інші експертні дії. 1.2.4. Інші захисні дії. 1.2.5. Інші обвинувальні дії.

2. Позапроцесуальні дії (заходи):

2.1. Гласні позапроцесуальні дії:

2.1.1. Парапозапроцесуальні дії (також мають на меті отримати від особистісних чи за допомогою речових джерел певні відомості, які, однак, вже у силу відсутності у них такої основної юридичної властивості як законності, не здобудуть статусу доказу по кримінальній справі, але можуть мати орієнтовне значення у контексті прийняття проміжного і, навіть, в певній мірі остаточного процесуального рішення).

2.1.1.1. Параслідчі дії. 2.1.1.2. Парасудові дії. 2.1.1.3. Параекспертні дії. 2.1.1.4. Паразахисні дії. 2.1.1.5. Параобвинувальні дії.

2.1.2. Інші позапроцесуальні дії (їх метою вже має стати дотримання позапроцесуальної процедури роботи з особистісними і речовими джерелами, якої, у силу можливого виникнення у наступному труднощів роботи з доказами, треба уникати, але коли вже так сталося, то результати даної роботи можуть мати й орієнтовне значення для вирішення завдань антикримінального судочинства):

2.1.2.1. Інші позапроцесуальні слідчі дії. 2.1.2.1. Інші позапроцесуальні слідчі дії. 2.1.2.2. Інші позапроцесуальні судові дії. 2.1.2.3. Інші позапроцесуальні експертні дії.

2.1.2.4. Інші позапроцесуальні захисні дії. 2.1.2.5. Інші позапроцесуальні обвинувальні дії.

2.2. Негласні заходи, деталізація яких пов'язана із викладом таємних положень і не може бути здійснена у даному відкритому виданні.

З числа *процесуальних процедурних (інших слідчих і судових) дій* можна назвати наступні: 1. Складання постанови про порушення кримінальної справи. 2. Роз'яснення потерпілій фізичній чи юридичній особі права на подання цивільного позову. 3. Складання постанови про визнання потерпілим і цивільним позивачем чи притягнення особи в якості цивільного відповідача. 4. Складання постанови і пред'явлення обвинувачення. 5. Складання постанови та обрання запобіжного заходу. 6. Складання постанови про призначення експертизи. 7. Ознайомлення учасників процесу із постановою про призначення експертизи або із висновком вже проведеної експертизи. 8. Виділення матеріалів із справи. 9. Об'єднання кримінальних справ. 10. Зупинення слідства по справі. 11. Відновлення слідства по справі. 12. Давання і контроль за виконанням окремих та інших доручень і вказівок головного суб'єкта іншим слідчим та органам дізнання. 13. Залучення органів дізнання до проведення окремих слідчих дій. 14. Внесення подання про усунення причин та умов, що сприяли вчиненню злочину. 15. Складання постанови про закриття справи. 16. Оголошення учасником про закінчення слідства і надання їм справи для ознайомлення. 17. Розгляд клопотань і заяв учасників процесу. 18. Складання обвинувального висновку. 19. Підготовка і направлення справи прокурору для затвердження обвинувального висновку. 20. Проведення розпорядчого засідання. 21. Вивчення, підготовка і призначення справи до судового розгляду тощо.

Поміж *гласних позапроцесуальних процедурних дій* головного суб'єкта чи експерта можуть бути:

1. Версіювання [висунення (побудова), аналіз, динамічний розвиток і перевірка версій].

2. Складання плану проведення окремої слідчої, судової чи експертної дії, їх комбінацій, досудового слідства чи судового розгляду справи.

3. Вивчення матеріалів кримінальної справи минулих років перед поновленням і прийняттям до свого провадження.

4. Виділення зі справи матеріалів.

5. Об'єднання провадженням декількох справ.

6. Підготовка справи з обвинувальним висновком прокурору тощо.

Даний аналіз може бути продовжений й далі, однак й викладеного достатньо для того, щоб усвідомити необхідність принципово нового вирішення проблеми із термінологічного і сутнісного удосконалення способів отримання і форми представлення доказів від особистісних і за допомогою речових джерел в антикримінальному судочинстві.

1. Кримінально-процесуальний кодекс України //Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР). – К., 1961. – №2. – ст.15; із наступними змінами.

2. Проект Кримінально-процесуального кодексу України, підготовлений народними депутатами України – членами Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності: І. Г. Віласом, О. М. Бандуркою, О. Ю. Данильчуком, С. А. Івановим, М. О. Кушніровим, О. І. Лісогорським, А. І. Мазауренком, П. В. Мельником, М. Я. Ратушним і С. В. Шевчуком, внесений на розгляд Верховної Ради України 23.06.2001 р., станом на 12.10.2005 р.: /doc_137131 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua:7777/pls/zwebwebproc34?id=&p13511=10616&p13541=18181>.

3. Арсеньев В. Д. Доказывание фактических обстоятельств дела в советском уголовном процессе. – Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М.: МГУ, 1967. – 23 с.

4. Зеликсон Э. С. Доказывание как деятельность субъектов уголовного судопроизводства: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Алма-Ата, 1973. – 25 с.
5. Кирпиченко С. А., Ланцедова Ю. О., Огородник А. П., Ткач Ю. Д. Особистісні і речові джерела антикримінальної інформації (поняття, класифікація, правова регламентація): Монографія /За наук. ред. О. А. Кирпиченка. – Миколаїв: Вид-во МДГУ ім. Петра Могили, 2006. – 168 с.
6. Кирпиченко С. А., Ланцедова Ю. О., Ткач Ю. Д., Тунтула О. С. Сутність і класифікація антикримінальних доказів та їх особистісних і речових джерел: Реком. МОН України як навч. посібник для студентів вузів /За наук. ред. О. А. Кирпиченка. – Миколаїв: Вид-во ЧДУ ім.Петра Могили, 2009. – 384 с.
7. Ланцедова Ю. О., Кирпиченко С. А., Ткач Ю. Д., Тунтула О. С. Етапізація роботи з особистісними і речовими джерелами антикримінальної інформації: Реком. МОН України як навч. посібник для студентів вузів /За наук. ред. О. А. Кирпиченка. – Миколаїв: Вид-во ЧДУ ім.Петра Могили, 2009. – 296 с.
8. Ланцедова Ю. О. Сутність і послідовність роботи з особистісними і речовими джерелами доказів у кримінальному судочинстві: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків: ХНУВС, 2009. – 229 с.
9. Михеенко М. М. Теоретические проблемы доказывания в советском уголовном процессе: Дис. ... д-ра юрид. наук. – К.: КГУ, 1984. – 539 с.
10. Моговцовкер Я. О. Вопросы теории и практики советского уголовного процесса: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1966. – 32 с.
11. Николаичик Н. И. Доказывание как процессуальная форма раскрытия преступлений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1983. – 34 с.
12. Теория доказательств в советском уголовном процессе: Монография /Под ред. Н. В. Жогина. – Изд. 2-е. – М.: Юрид. лит., 1973. – 736 с.
13. Томін С. В. Основні етапи роботи з джерелами особистісної інформації у процесі розкриття та розслідування злочинів: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса: ОНЮА, 2006. – 204 с.
14. Тунтула О. С. Класифікація процедурних дій із отримання антикримінальної інформації //Ольвійський форум - 2008: Стратегія України в геополітичному просторі /Тези Міжнар. наук. -прак. конф. – 05-08.06.2008 р. – Частина 1. – С. 182-184.

Тунтула О. С. Класифікація практичних дій з отримання антикримінальних доказів: можливості удосконалення

Запропоновано удосконалення термінології та переліку дій із отримання від особистісних і за допомогою речових джерел доказів і форми їх представлення в антикримінальному судочинстві.

Ключові слова: практичні дії, антикримінальні докази.

Тунтула О. С. Классификация практических действий по получению антиуголовных доказательств: возможности усовершенствования

Предложены усовершенствования терминологии и перечня действий из получения от личностных и с помощью вещественных источников доказательств и формы их представлення в антиуголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: практические действия, антиуголовные доказательства.

Tuntula O.S. The Classification of Practical Actions in Obtaining Personal Evidence: Improvement Opportunities

It is offered to improve the terminology and list of actions received from personal and by the material sources of proofs. The forms of its representation in the anticriminal legal proceeding are given.

Keywords: practical actions, personal evidence, improvement opportunities.

Наука, як джерело криміналістичних рекомендацій

УДК 343.98

Актуальність теми дослідження. Об'єднання права, практики і науки які разом складають джерела криміналістичних рекомендацій є основою для розробки сучасних методів боротьби зі злочинністю.

Питання про науку, як джерела криміналістичних рекомендацій, частіше обмежують дослідженням внутрішніх зв'язків з іншими розділами криміналістичної техніки і тактики.

Кінцевим "продуктом" криміналістичної науки, що надходить на озброєння слідчої практики, є окремі криміналістичні методики, у змісті яких на основі положень і висновків загальної і окремих криміналістичних

рекомендацій формуються криміналістичні рекомендації зі здійснення судового дослідження і запобігання злочинів.

Сукупність окремих методик утворює криміналістичну методикку як розділ науки криміналістики, у якій, крім них, входить і деяка система Наукових положень як підстава побудови й адаптації цих методик. Криміналістична методика, як і криміналістичні техніка і тактика, є результатом відображення криміналістикою свого предмета. У своєму "речовому" вираженні цей результат виступає в методиці у вигляді систем криміналістичних рекомендацій різного ступеня спільності, що відносяться до організації і ведення розслідування, оптимального для типових умов застосування засобів і прийомів криміналістичних техніки і тактики, керування і наукової організації праці і даних інших галузей знання.

Уявлення про структуру і зміст окремих криміналістичних методик залежить, звичайно, від загального уявлення про криміналістичну методикку як розділ криміналістичної науки.

Нагадаємо, що ми розуміємо під криміналістичною методикою систему наукових положень і розроблювальних на їхній основі рекомендацій з організації і здійснення розслідування і запобігання окремим видам злочинів. У літературі є і ряд інших визначень криміналістичної методики. Останнім часом інтерес до криміналістичної методики, що довгий час у теоретичному відношенні залишалася, мабуть, найменш розробленим розділом криміналістики, істотно зріс. Цьому сприяло проведення ряду криміналістичних конференцій, де питання криміналістичної методики піддалися багатобічному обговоренню, а також нагромадження значної кількості дисертаційних робіт, присвячених окремим методикам, і поява проблемних робіт дискусійного характеру. Вважаючи недоцільним розгляд усіх визначень криміналістичної методики, що з'явилися раніше чи останнім часом, оскільки багато з них відрізняються одна від одної суто редакційно, зупинимося лише на деяких, що являють, на наш погляд, інтерес або новими елементами свого змісту, або новим аспектом розгляду. Приведемо їх текстуально для того, щоб полегшити наступне порівняння й аналіз [1, с. 727-728].

Криміналістична методика – це завершальний розділ науки криміналістики, який являє собою систему наукових положень (закономірностей, принципів) і розроблених на їх основі практичних рекомендацій (алгоритмів, програм), що забезпечують оптимальну організацію розслідування і попередження окремих видів злочинів [2, с. 411]

Визначення А. Н. Васильєва: "Криміналістична методика розслідування - це розроблена на основі вивчення слідчої практики, способів

злочинів і механізму утворення їхніх слідів система рекомендацій про криміналістичну класифікацію злочинів, організації початкової і наступних стадій розслідування, а також про особливості застосування тактичних прийомів і науково-технічних засобів з метою ефективного розслідування” [3, с. 63].

Визначення Н. А. Селиванова: методика розслідування и обумовлена предметом доказування система взаємозалежних і взаємообумовлених слідчих дій, здійснюваних у найкращій послідовності, метою установлення всіх необхідних обставин справи і доведення, на її основі планування і слідчих версій, з урахуванням типових способів вчинення злочинів даного виду, слідчих ситуацій і характерних для їхнього розслідування особливостей застосування тактичних прийомів і науково-технічних засобів” [4, с. 112].

Визначення В. Г. Танасевича: “Це – система методів, що рекомендуються з метою розкриття і попередження злочинів і прийомів з послідовного дослідження обставин вчинення злочину і викриття осіб, які його вчинили, що ґрунтується на розроблені криміналістикою загально теоретичні положення, науково-технічні засоби і криміналістичну тактику” [5, с. 92].

Визначення Н.Л. Гранат: “Під методикою розслідування ЗЛОЧИНІВ можна розуміти найбільш доцільно організовану систему тактичних, технічних, оперативно-розшукових і організаційних прийомів і засобів, що рекомендуються криміналістикою для розкриття, розслідування і попередження злочинів” [6, с. 80].

Визначення І. А. Возгрин: “Криміналістична методика, будучи одним з розділів криміналістики, вивчає закономірності організації і здійснення розкриття, розслідування і запобігання злочинів з метою вироблення, відповідно до вимог законності, науково обґрунтованих рекомендацій з найбільш ефективного проведення судового дослідження окремих видів злочинів” [7, с. 61].

Визначення Н. П. Яблокова: “Методика розслідування окремих видів злочинів являє собою цілісну частину криміналістики, що вивчає досвід вчинення і практику розслідування злочинів і розробляє на основі пізнання їхніх закономірностей систему найбільш ефективних методів розслідування і попередження різних видів злочинів” [8, с. 482].

Усі наведені визначення можна розбити на три групи. У першу входять визначення І. А. Возгрин, Н. П. Яблокова і наше. Це визначення криміналістичної методики як розділу науки. Визначення І. А. Возгрин розкриває зміст тих наукових положень, на базі яких розробляються практичні рекомендації із здійснення розслідування і запобігання злочинів, їхнім змістом є відображення певної групи об’єктивних закономірностей. У нас ця частина визначення дана у стислому вигляді [9, с. 9].

На основі визначення криміналістичної методики як розділу науки можна представити окрему криміналістичну методику як типізовану систему методичних (науково-практичних) рекомендацій з організації і здійснення розслідування і попередження окремого виду злочинів. Коментар, яким І. А. Возгрин супроводжує своє визначення криміналістичної методики, дозволяє припустити, що він уявляє собі окрему криміналістичну методику приблизно так само.

Друга група наведених визначень – це визначення криміналістичної методики саме як результату виконання криміналістикою своєї службової функції, тобто як засобів і методів боротьби зі злочинністю. Спробуємо простежити те спільне, що пов’язує між собою ці визначення, і те особливе, що відрізняє їх одне від одного. Загальним для всіх наведених визначень є: уявлення про методику як систему, а не випадкову сукупність елементів, не зв’язаних між собою, систему, що володіє певною структурою. Системність складових частин криміналістичної методики підкреслив ще А. Н. Колесніченко, що першим досліджував у монологічному плані цей

розділ криміналістики; уявлення про методіку як систему засобів розслідування злочинів. Мабуть, цим і вичерпується загальне; особливе ж полягає в наступному: по-різному визначаються елементи, що складають систему криміналістичної методіки. А. Н. Васильєв вважає, що це рекомендації про вид злочинів, про організацію їхнього розслідування й особливості застосування криміналістичних прийомів і засобів. За Н. А. Селівановим, - це слідчі дії, здійснювані за визначеними правилами і з урахуванням визначених обставин. В. Г. Танасевич думає, що систему складають рекомендації про методи і прийоми розслідування, що спираються на дані криміналістичної науки. На думку окремих авторів наведених визначень, систему методіки утворюють прийоми і засоби розкриття, розслідування і запобігання злочинів; неоднаково розуміється зміст рекомендацій, коли методіка розглядається як їхня система. А. Н. Васильєв відносить рекомендації до широкого кола явищ, В. Г. Танасевич - тільки до методів, прийомів послідовного дослідження обставин вчинення злочинів і викриття злочинців; різна і ступінь деталізації обумовленого поняття. В одних випадках вона дуже висока (А. Н. Васильєв, Н. А. Селіванов), в інших незначна (Н.Л.Гранат). У деяких визначеннях про застосування прийомів і засобів говориться в загальній формі (В. Г. Танасевич, Н. Л. Гранат), в інших робиться акцент на особливостях такого застосування, пов'язаних з видом злочинів (А. Н. Васильєв, Н. А. Селіванов, Н. П. Яблоков).

Ми вважаємо, що визначення поняття окремої криміналістичної методіки повинно виходити з таких положень.

Окрема криміналістична методіка - це система певних елементів, що взаємозалежать і взаємовизначаються. Ця система має певну структуру, відповідно до якої її елементи розташовуються у певній послідовності, утворюючи підсистеми.

Елементами системи є не криміналістичні прийоми і засоби, а чи інші дії і заходи, а криміналістичні (у даному випадку - методи рекомендації, тобто науково обґрунтовані й апробовані практикою поради стосуються організації розслідування, вибору і застосування з урахуванням певних обставин техніко-криміналістичних засобів і криміналістичних прийомів. Система виступає як комплекс порад типізованого характеру, тобто такий, який відбиває типове для розслідування злочинів певного виду. Підставою для створення таких комплексів служив комплексний характер завдань, розв'язуваних у процесі розслідування необхідність розробки комплексу дій, що починаються для вирішення і ш завдань; комплексна участь у розкритті, розслідуванні і запобіганні злочинам у межах своєї компетенції, крім слідчого, працівників органів дізнання, експертних установ та інших фахівців, представників громадськості; реально існуючі зв'язки і залежності між рекомендаціям.

Поряд із криміналістичними рекомендаціями, окрема криміналістична методіка містить і їхнє обґрунтування у вигляді певних наукових чи емпіричних положень. Таким обґрунтуванням, наприклад, для рекомендацій з вибору напрямку розслідування служить перелік типової для даної категорії кримінальних справ версій, для рекомендацій з вивчення типового кола слідчих дій, оперативно-розшукових і організаційно-технічних заходів - характеристика способів вчинення даного виду злочинів, які найчастіше зустрічаються в практиці, і слідів їхньої і застосування тощо. Таке обґрунтування може даватися разом з рекомендацією, наприклад, обґрунтування особливостей тактики тієї ж іншої слідчої дії, а у випадку, якщо воно носить більш чи менш загальний характер - для всіх рекомендацій даної окремої криміналістичної методіки, - у вигляді самостійного структурного елемента її дії. Прикладом подібного загального обґрунтування служить сукупність положень, що позначається останнім часом терміном "криміналістична характеристика злочину".

Структура окремої криміналістичної методики і є структурою цього комплексу рекомендацій і їхніх обґрунтувань.

Питання про структуру окремої криміналістичної методики він носить до числа дискусійних. При формуванні криміналістичної методики як розділу науки у структурі окремої криміналістичної методики звичайно розрізняли: питання кваліфікації й особливості порушення кримінальних справ даної категорії; особливості тактики проведення слідчих дій; складання плану розслідування; наступні слідчі дії і їхню тактику; особливості розслідування окремих різновидів даного виду злочинів. Нерідко різні окремі методики за структурою відрізнялися одна від одної. Можна, мабуть, стверджувати, що в цей період більш-менш однакової структури окремих методик ще не існувало.

Перша спроба уніфікації структури окремих криміналістичних методик була почата А. І. Вінбергом і Б. М. Шавером у 1945-1949 рр. при викладі методик у підручнику з криміналістики для середніх юридичних навчальних закладів. Вони розрізняли такі структурні елементи методики: основні особливості розслідування; первинні дії слідчого; основні питання, що підлягають з'ясуванню і дослідженню; основні прийоми виявлення, дослідження і фіксації доказів; виявлення мотивів злочину, причини й обставини, що сприяли вчиненню злочинів.

Починаючи з 1952 р., у підручниках з криміналістики структура окремих криміналістичних методик уніфікується, щоправда, іноді кожним авторським колективом по-своєму. Так, у підручнику для вузів 1952р. вона виглядала в такий спосіб: завдання розслідування; первинні невідкладні дії слідчого; обставини, що підлягають з'ясуванню і дослідженню; основні прийоми і методи виявлення і фіксації доказів; виявлення обставин, що сприяли даному виду злочинів. У підручнику для середніх спеціальних навчальних закладів називалися три частини конкретних окремих методик: визначення обставин, що підлягають з'ясуванню і дослідженню з даної категорії справ, у тому числі й обставин, що сприяли вчиненню злочину; визначення кола первинних слідчих дій і оперативно-розшукових заходів; виклад специфічних особливостей інших слідчих дій.

Не вдаючись до аналізу наступної еволюції поглядів на структуру окремої криміналістичної методики, зупинимося на пропозиціях з цього питання, що є предметом дискусії.

І.М.Лузгін включив у структуру окремої криміналістичної методики такі елементи: 1) обставини, що підлягають доведенню; 2) особливості порушення кримінальної справи; 3) специфіку первинних слідчих дій і їхній зв'язок з оперативно-розшукових заходами; 4) наступні слідчі дії; 5) особливості роботи слідчого на завершальному етапі розслідування; 6) особливості встановлення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину. І. Ф. Пантелеев пропонував іншу систему: завдання розслідування; сукупність обставин, що підлягають встановленню; слідчі версії і планування розслідування; тактика первинних і інших слідчих дій; карна профілактика (характеристика обставин, що сприяли вчиненню даного виду злочинів, і заходів щодо їхнього попередження [10, с. 3].

Починаючи з 1975-1976 рр., при описі структури окремої методики все частіше фігурує поняття криміналістичної характеристики злочину. Так, на думку А. Н. Васильєва, у структуру окремої методики входять: криміналістична характеристика даного виду злочину; первинні слідчі й інші дії слідчого; система подальшого розслідування; особливостей застосування тактичних прийомів і науково-технічних засобів [10, с. 12]. Криміналістичну характеристику злочину як елемент структури окремої методики називають тепер А. Н. Колесниченко, І. А. Возгрин, В. Г. Танасевич

В. А. Зразків, І. Ф. Герасимов і багато інших криміналістів, хоча однакове розуміння криміналістичної характеристики поки що не досягнуто.

Для того, щоб спробувати знайти оптимальне вирішення питання про структуру комплексів криміналістичних рекомендацій, що утворюють окремі криміналістичні методики, необхідно попередньо оцінити справедливність тих положень, на основі яких виділяються підсистеми комплексів, тобто може бути побудована їхня структура. Це вимагає розгляду таких проблем, як криміналістична характеристика і криміналістична класифікація злочинів, визначення напрямку і предмета доказування та періодизація процесу розслідування.

1. Белкин Р. С. Курс криминалистики. Учебник. – М., 2001.
2. М. В. Салтєвський Криміналістика (у сучасному викладі): Підручник. – К: Кондор, 2006. – 588 с.
3. Васильев А. Н. Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений - Соц. законности - 1975. – № 4. – С. 63.
4. Селиванов Н. А. Советская криминалистика: система понятий. – М 1982.
5. Танасевич В. Г. Теоретические основы методики расследования преступлений // государство и право. – 1976. – № 6. – С. 92.
6. Гранат Н. Л. Первоначальные следственные действия и их роль в методе Расследования / /Методика расследования преступлений. – М, 1976. – С. 80.
7. Возгрип И А. Научные основы криминалистической методики расследов преступлений. Курс лекций. – СПб., 1992. – 4.1. –С. 61.
8. Яблоков Н. П. Криминалистика. – М., 1995. – С. 482.
9. Колесниченко А. Н. Научные и правовые основы расследования отдельных преступлений / Автореф. дис. д-ра юрид. наук. – Харьков, 1967. – С. 250.
10. Пантелеев И. Ф. Методика расследования преступлений - М 1975 - С. 425
11. Васильев А. Н. О криминалистической классификации преступлений // Методика расследования преступлений. – М., 1976. – С. 26.

Харченко І. Г. Наука, як джерело криміналістичних рекомендацій

Автор розглянув такі проблеми, як криміналістична характеристика і криміналістична класифікація злочинів, визначення напрямку і предмета доказування та періодизація процесу розслідування. Це є основою для розробки сучасних методів боротьби зі злочинністю.

Ключові слова: наука, злочинність, криміналістичні рекомендації.

Харченко И. Г. Наука, как источник криминалистических рекомендаций

Автор рассмотрел такие проблемы, как криминалистическая характеристика и криминалистическая классификация преступлений, определения направления и предмета доказывания, и периодизация процесса расследования. Это является основой для разработки современных методов борьбы с преступностью.

Ключевые слова: наука, преступность, криминалистические рекомендации.

Kharchenko I.H. Science as a Source Criminalistic Recommendations

The author pointed out such problems as criminalistic characteristics and criminalistic classification of crimes, determination the direction and subject of proof, periods of investigation process. These are the basis of development of modern methods of fighting crimes.

Keywords: science, villainy, criminalistic recommendations.

Наукове видання

Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України

Збірник наукових статей
В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка *Ігор КОЗИЧ*

Підписано до друку 28.12.10. Формат 60x84/16. Папір офсетний.
Ум. друк. арк. 24,8. Наклад 300 пр. Зам № 2/10.

Віддруковано в Юридичному інституті
Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника
76000, м. Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а
E-mail: lawdept@pu.if.ua