

ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

**ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ  
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ  
В УКРАЇНІ**

Матеріали X регіональної  
науково-практичної конференції

*(5-6 лютого 2004 р.)*



Львів 2004

**ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

**імені ІВАНА ФРАНКА**

**ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ**

**ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ  
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ  
В УКРАЇНІ**

Матеріали X регіональної  
науково-практичної конференції

*(5-6 лютого 2004 р.)*

Львів 2004

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, які подані на X регіональну науково-практичну конференцію "Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні", яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 5-6 лютого 2004 року.

Представлені доповіді та повідомлення подані викладачами й аспірантами вищих навчальних закладів України, Республіки Біларусь, Російської Федерації та Республіки Польщі, що засвідчує прагнення до співпраці юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка з іншими юридичними навчальними закладами.

Редакційна колегія:

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

Наукове редагування:

- доц. В.О. Семків

**Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні:** Матеріали X регіональної науково-практичної конференції. *5-6 лютого 2004 р.* – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2004. –530 с.

## СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

### ПРИВАТНЕ І ПУБЛІЧНЕ ПРАВО ЯК ДІАЛЕКТИЧНА ЄДНІСТЬ

*П. Рабінович*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

"Приватне" й "публічне". – З давніх-давен ці терміно-поняття вживаються (найчастіше, мабуть, у правознавстві) як протилежні за своїм змістом. У сучасній вітчизняній юриспруденції – як теоретичній, так і практичній, – з огляду на причини, що за нинішніх конкретно-історичних умов є очевидними, відчутно посилилась увага до дослідження цих "протилежностей" і, насамперед, до з'ясування *критеріїв* розмежування тих двох частин об'єктивного юридичного права, котрі відповідно відображаються зазначеними терміно-поняттями.

Неоднозначність існуючих у нашому правознавстві відповідей на це питання позначилось і на законодавчій діяльності Верховної Ради України. Численні розбіжності у регулюванні Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України (які, як відомо, набрали чинності одночасно) суспільних відносин, однакових за їхньою соціально-економічною природою, є настільки "кричущими", що Кабінетом Міністрів України – ще до набрання чинності цими законодавчими актами! – було підготовлено законопроект про внесення певних змін у Господарський кодекс України, аби ті розбіжності якщо не усунути цілком, то принаймні зменшити.

Та перш ніж обмірковувати зазначену – можна сказати, "вічнозелену" – проблему, видається доречним звернути увагу на такий її аспект: якщо право приватне і право публічне справді становлять явища, котрі, у певному сенсі, є протилежними, то вони – як і будь-які "протилежності" – у своєму співіснуванні не можуть не утворювати й певну цілісність, не можуть не мати якихось однакових, "наскрізних" властивостей. Мабуть, тільки остання обставина й може виправдати відображення обох цих феноменів одним і тим самим терміно-поняттям – "**право**".

У чому ж полягають такі спільні властивості?

Передовсім констатуємо наступне. Попри загальновідому поліваріантність, плюрастичність типів праворозуміння, у переважній більшості з них за допомогою вказаного терміно-поняття відображається те чи інше *соціальне* явище.

Визнання цієї обставини стосовно як приватного права, так і права публічного якраз і дає підстави стверджувати, що в основі їх взаємної "системності" лежить така загальна фундаментальна властивість, як, власне, їхня **соціальність**. Саме вона й дозволяє піддавати їх закріпленню, регулюванню й контролю за допомогою певних соціальних важелів, інструментів. Саме вона й слугує об'єктивною передумовою діалектичної єдності засад "приватності" й "публічності" у державно-юридичному, тобто позитивному, праві.

Окрім того, зазначена обставина визначає й об'єктивні **межі** розрізнення, а тим більше – протиставлення, двох названих підрозділів об'єктивного юридичного права.

Сприяття розв'язанню означеної проблеми може, як на мене, застосування методологічного дослідницького підходу, який названо *потребовим*. Він полягає у виявленні соціальної сутності (природи) будь-яких суспільних феноменів через з'ясування їх ролі, їх значення у задоволенні різноманітних реальних потреб тих або інших суб'єктів соціально неоднорідного суспільства (окремих індивідів, їхніх спільнот і об'єднань, а зрештою, й усього соціуму).

Положення, що їх викладено нижче, якраз і є результатом саме такого – потребового – аналізу проблеми розмежування й взаємозалежності двох основних секторів об'єктивного юридичного права – "приватного" й "публічного".

Якщо зважати на ситуацію у нинішньому суспільствознавстві, зокрема й правознавстві, то як би широко й інтенсивно не реалізовувалась така його сучасна тенденція, як *антропологізація*, не можна не брати до уваги низку наступних положень антропологічного характеру, котрі, як видається, підтверджені усією історією існування й розвитку людини – Homo Sapiens, а тому можуть вважатися науковими **соціально-антропологічними аксіомами**.

1. Кожна – особливо доросла – людина є учасником (суб'єктом) суспільного життя, "частинкою" соціуму. Тому вона являє собою істоту *біосоціальної*.

Аби не тільки вижити фізично, як біологічний вид, але й розвинути до рівня *особистості* – стати свідомим і активним учасником суспільного життя, кожна людина має *соціалізуватись*, тобто вона повинна набути певних знань, умінь, навичок щодо стосунків з іншими суб'єктами й практично використовувати їх у своїй повсякденній життєдіяльності. Іншого шляху забезпечити задоволення індивідуальних – "приватних" – потреб для людини взагалі й не існує.

Адже практично усе, що є необхідним для задоволення таких потреб, кожна людина отримує саме від суспільства, з його "рук" (а кажучи точніше – з "рук" його офіційно уповноважених осіб, агентів). *Що і як* зможе одержати людина задля досягнення цієї мети, вирішальною мірою зумовлюватиметься досягнутим рівнем розвитку суспільства і способом (порядком організації) розподілу тих можливостей – різноманітних матеріальних, соціальних, духовно-культурних та інших благ, – які нагромадились у суспільстві. У людини як "родової істоти" не може виникнути таких можливостей (благ), що їх не мав би весь людський родовий колектив. Лише у цьому колективі (суспільстві) "індивід одержує засоби, які дозволяють йому всебічно розвивати свої задатки", а його розвиток обумовлений розвитком інших індивідів, з якими він перебуває у прямому чи непрямому спілкуванні (К.Маркс і Ф. Енгельс).

Тому для людини найвищу цінність становить суспільство. (До речі, цю засаду, вважаю, варто було б теж зафіксувати у Конституції України – поряд із закріпленим у її статті 3 положенням про те, що людина є найвищою соціальною цінністю. Тоді наведена засада дещо сприяла б попередженню чи послабленню протиставлення людини і суспільства, орієнтувала б на забезпечення справедливого балансу між інтересами індивідуальними та суспільними, реальності прав людини, конкретно-історичної "пропорційності" між державно-юридичним обмежуванням і метою (характером) згаданих прав.

2. Цілком зрозуміло, що суто фізичне існування, фізичний розвиток і життєдіяльність людини забезпечуються задоволенням її біологічних – фізіологічних, біохімічних, біофізичних, біоенергетичних і таких інших потреб, які глибинно обумовлюються об'єктивними законами *природи* (а не суспільства). Проте самі ці потреби (а тим більше засоби їх задоволення) є *результатом* попереднього розвитку суспільства, тобто розвитку численних поколінь індивідів. Адже кожна людина, народжуючись у суспільстві й згодом стаючи його свідомим "актором", вже застає готовими певні потребові параметри, які сформувалися до неї й *незалежно* від неї – тобто об'єктивно (щодо неї). І саме ці параметри слугують вагомим фактором формування її *певних* потреб та соціальним орієнтиром їх задоволення.

Разом з тим, зазначені потреби є, з іншого боку, могутнім стимулятором, "рушієм" розвитку суспільного виробництва матеріальних, соціальних і духовно-культурних благ, накопичення яких, знову ж таки, впливає на динаміку індивідуальних ("приватних") потреб. Одне слово, та чи інша "організація матеріального життя залежить, зрозуміло, ... від потреб, які перебувають у розвинутому стані, а породження цих потреб, так само, як і їх задоволення, само є історичним процесом" (К. Маркс і Ф. Енгельс).

3. Наведені міркування видаються слушними й стосовно індивідуальних інтересів людини – щоправда, якщо останні *адекватно* відображають її потреби.

Відтак, більшість цих інтересів, які, здавалось би, є суто індивідуальними ("приватними"), є водночас і соціальними як за історичними передумовами їхнього формування, так і за засобами, інструментарієм їх задоволення.

Сам процес реалізації (та й, до речі, захисту) "приватних" інтересів зачіпає, так чи інакше, й інтереси, потреби інших учасників суспільного життя, а отже, є зазвичай процесом *соціальним* – "публічним".

4. Індивідуальні (приватні) інтереси – це інтереси людини, яка, з огляду на конкретно-історичну структуру соціально неоднорідного суспільства, завжди належить до якоїсь спільноти, групи (зазвичай – навіть до декількох різних груп). Тому основні, життєво значущі, інтереси людини у нормальному варіанті не відрізняються якісно від аналогічних індивідуальних інтересів інших членів "її" соціальної групи. (Прикметними у цьому аспекті видаються назви й положення низки актів ООН, спрямованих на забезпечення прав, на перший погляд, певних соціальних утворень, а насправді ж – індивідуальних (приватних) прав тих людей, котрі до цих утворень належать: наприклад, "Декларація про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин" 1922 року; або скажімо,

норма статті 27 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, в якій закріплено положення, згідно з яким у тих країнах, де існують етнічні, релігійні та мовні меншості, особам, які належать до таких меншостей, не може бути відмовлено в реалізації права разом з іншими членами тієї ж групи користуватись своєю культурою, сповідувати свою релігію і виконувати її обряди, а також користуватися рідною мовою. У цих формулюваннях, вважаю, теж отримує своєрідний прояв соціальна – "публічна" – природа індивідуальних прав людини).

5. У різноманітних індивідуальних інтересах та й відповідних потребах ступінь, так би мовити, публічності є, ясна річ, неоднаковим. А тому – залежно від цього ступеня – зазначені інтереси можна, з деякою умовністю, розподілити на такі види:

- інтереси **суто приватні**. Це, по-перше, ті, які задовольняються власними виключно *інтелектуальними* (нефізичними) діями, операціями; і доки *такі* дії не проявляються назовні, вони не набувають суспільного ("публічного") характеру і не можуть бути піддані державно-юридичному регулюванню (наприклад, тільки внутрішнє, духовне, необ'єктивоване сповідання певної віри). По-друге, до інтересів такого виду можна віднести й такі, які задовольняються власними *фізичними* діями їх "носія", але теж не оприлюднюваними (скажімо, ведення "інтимного" щоденника, написання художнього твору лише для задоволення особистих потреб – як то кажуть, "в стіл"). Такі дії теж неможливо піддати регулюванню й контролю соціальними засобами. Якісна особливість означених інтересів вбачається у тому, що процес їх задоволення, не зачіпає *безпосередньо* інтересів інших суб'єктів. І також з цієї причини держава не фіксує, не узаконює діяльнісні засоби задоволення саме таких – суто приватних – інтересів.

Однак і ця, здавалося б, суто приватна сфера не цілком позбавлена публічного характеру – хоча б у тому сенсі, що всі інші суб'єкти повинні не втручатись у неї, не "доторкатись" до неї. Тому у держави все ж таки виникає "публічний" обов'язок забезпечити цю недоторканність (окрім того, і **засоби** задоволення цих інтересів є зазвичай продуктами **суспільного** виробництва (скажімо засоби ведення щоденника написання художнього твору);

- інтереси **приватно-публічні**. Це ті, які *безпосередньо* задовольняються фізичними діями *інших* суб'єктів, у тому числі державних органів і організацій (наприклад, виплата заробітної плати, надання медичної допомоги);

- нарешті, інтереси **публічно-приватні**. Йдеться про такі інтереси усього суспільства або ж його складових спільнот, груп, задоволення яких за допомогою державних заходів загального характеру призводить – нехай і *опосередковано* – до задоволення й відповідних індивідуальних інтересів членів суспільства, а також колективних інтересів спільнот, груп (наприклад, забезпечення державою обороноздатності країни, охорони природного довкілля, оголошення нею карантину у разі виникнення епідемії).

Зважаючи на запропоновану щойно класифікацію інтересів, якраз і "загострюється" питання про те, які ж саме різновиди інтересів індивіда, для відображення котрих використовується, так чи інакше, терміно-поняття "приватні", спроможні бути критерієм чіткого відмежовування норм об'єктивного юридичного публічного права від норм об'єктивного юридичного права приватного.

Переконливе обґрунтування тієї чи іншої відповіді на це питання, має бути здійснене, вочевидь, у подальших різноманітних дослідженнях – на основі як узагальнення численних праць науковців різних часів, різних народів, різних "шкіл", так і вивчення тенденцій сучасної світової практики державно-юридичного регулювання суспільних відносин.

Насамкінець, хотілося б сподіватись, що при розв'язанні проблеми, котра є предметом обговорення, викладені у даній статті положення загальнометодологічного, зрештою філософсько-правового, характеру можуть стати у пригоді.

## ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК СПЕЦИФІЧНА ФОРМА БУТТЯ (ІСНУВАННЯ) МОРАЛІ

*С. Добрянський*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Підхід до тлумачення прав людини крізь призму категорій моралі не є новим. Скоріше навпаки, адже саме використання природноправовим вченням (як свого фундаменту, опори, критеріїв оцінки діючого позитивного права) понять *людської гідності, справедливості, людського братерства, щастя* зумовили його (вчення) популярність та прийняття.

Зупинимося, зокрема, на підході, згідно з яким права людини – це *специфічний вид соціальної справедливості* у конкретно-історичних умовах. Слід, гадаємо, наголосити, що таке бачення проблеми є певною мірою співзвучним характеристиці прав людини як комплексу понять, що характеризують її розвиток як соціальної істоти. Зазначимо, що обидві точки зору визначають права людини з позицій культурно-історичного розвитку, переносячи акцент з людини як носія права на соціальний контекст реалізації останнього.

Торкаючись підходу, за яким означені права трактують як певний, *конкретно-історичний вид соціальної справедливості* щодо людини (різновид погляду на права людини як на певний специфічний спосіб буття моралі), слід, гадаємо, погодитися, що у певному сенсі він є виправданим, оскільки виступає відображенням взаємодії *формальної рівності* (як основоположного принципу побудови інституту прав людини) та *фактичної рівності* (як характерної риси сучасного тлумачення феномена прав людини), хоча й не обмежується їхніми рамками.

Розгляд історичного процесу становлення та розвитку цього явища цілком підтверджує адекватність розуміння прав людини крізь призму моральних понять. Так, історично перші (внутрішньодержавні) акти з прав людини проголосили формальну рівність природних прав та свобод, що стало своєрідною реакцією на історично сформовану ієрархічну соціальну структуру суспільства та зумовлену цим нерівність у можливостях (правах, свободах).

Згодом, у першій половині ХХ ст., система класичних (громадянських та політичних) прав та свобод була доповнена соціально-економічними правами як гармонійно доповнюючими (чи то навіть невід'ємними) складовими цього інституту. Даному етапу становлення прав та свобод кореспондує таке розуміння справедливості, котре вимагає не тільки формально рівних стартових умов, але й базового рівня матеріального, соціального забезпечення.

І, врешті-решт, період після завершення Другої світової війни ознаменувався народженням сучасної концепції прав людини, яка у світлі її сучасних тенденцій розвитку може бути означена як така, що базується на загальнолюдських моральних принципах. На рівні всесвітніх міжнародних організацій, зокрема ООН, відбувається процес, спрямований на вироблення критеріїв, принципів, які слугуватимуть взірцем *мінімальних гуманітарних стандартів* (площина соціально-економічних прав людини), котрих має дотримуватися кожна держава сучасного світового співтовариства. Позитивним у наведеному ракурсі бачиться досвід Ради Європи, де шляхом тлумачення приписів Європейської соціальної хартії (сформульованих переважно у формі оціночних понять) Європейським комітетом з соціальних прав (Єврокомітет з соціальних прав) створюється система формально визначених показників (у цифровому, відсотковому значенні), які деталізують норми цього акта, унеможливаючи, таким чином, довільне тлумачення його приписів державами-членами.

Так, наприклад, Єврокомітет з соціальних прав встановив, що межа "порогу малозабезпеченості" має бути на рівні близько 68% середньої національної зарплати.

Проголошення гідності людини джерелом її прав та свобод мало одним зі своїх наслідків створення системи спеціальних можливостей для груп людей, які в силу набутих чи вроджених вад потребують для нормальної життєдіяльності спеціальних умов та засобів, – наприклад, Хартія Європейського Союзу про основні права.

Торкнемося інших проявів *моральних норм* у площині прав людини. Вплив таких норм тут є специфічним з огляду на дуалізм виконуваних ними функцій: з одного боку, правами людини можна вважати такі об'єктивні соціальні досягнення, які визнані (легітимовані) моральними нормами



суспільства; з іншого ж боку, реалізація багатьох прав людини може піддаватися обмеженням з огляду на існуючі у тому чи іншому суспільстві моральні норми.

Заслугує на увагу аналіз співвідношення між інтерпретацією прав людини як певного способу існування моралі та розумінням їх як можливостей, що об'єктивно зумовлені досягнутим рівнем розвитку суспільства. Для здійснення такого аналізу варто скористатися положенням про те, що зміст прав людини складають "умови та засоби", які формують відповідні можливості людини. Зважаючи на це положення, видається можливим стверджувати, що роль моральних норм у "праволюдській" сфері визначається тим, що вони виступають *специфічними духовними легітиматорами*, які опосередковують трансформацію певних можливостей, об'єктивних з огляду на досягнутий рівень розвитку суспільства, у відповідні "визнані" (конституйовані) права людини.

Іншими словами, роль моральних норм (зокрема, домінуючих уявлень про самоцінність людини та про її значення у забезпеченні суспільного прогресу) у розглядуваній площині полягає в тому, що у складі змісту відповідних можливостей людини (умов та засобів, які їх утворюють) вони виступають ідеологічними (духовними) елементами відповідних прав людини.

Таке розуміння ролі моральних понять у конституюванні прав людини дозволяє, наприклад, більш адекватно витлумачити положення Конституції Польщі про те, що "природжена та невід'ємна гідність є джерелом свобод та прав людини і громадянина" (ст.30). Об'єктивні досягнення суспільства у тій чи іншій сфері (технічній, медичній тощо), перш ніж вони перетворюються на права людини, піддаються "випробуванню" моральними уявленнями відповідного суспільства. Так, скажімо, досягнення наукою того рівня розвитку, за якого стало можливим клонувати людину, ще не означає, що у людини виникло "право на безсмертя". Проти застосування цього відкриття виступили широкі кола громадськості, а у деяких державах навіть було проведено референдуми, за результатами котрих було прийнято рішення заборонити на їхніх територіях застосування операції з клонування людини (до речі, ч.2 ст.3 Хартії Європейського Союзу про основні права включає заборону проведення репродуктивного клонування людей).

Відтак, положення Загальної Декларації прав людини про те, що всі люди народжуються "рівними у своїй гідності", та конституційні положення ряду держав світу, за якими гідність людини проголошено джерелом її прав та свобод, слід розуміти як визнання гідності людини тим *первинним духовним легітиматором*, ідеологічною складовою змісту усіх без винятку можливостей, які складають інститут прав людини та спрямовані на забезпечення цієї властивості людини.

Спосіб вираження моральних норм у змісті прав людини може бути різним. Так, у низці прав людини моральні норми знаходять експліцитне вираження. Ст.28 Конституції України проголошує, що "кожен має право на повагу до його гідності". Однак навіть у тих правах та свободах людини, де моральні норми явно не виражені, вони імпліцитно присутні в можливостях, котрі складають інститут прав людини. Схожа ситуація спостерігається і щодо трансплантації органів людини, яка викликає у суспільстві далеко не однозначну реакцію. Тому, ведучи мову про права людини як соціальні можливості, слід виокремлювати такий момент, як *їхня обґрунтованість з позицій моралі*.

В ідеалі моральними нормами, які обґрунтовували б із позицій духовності ті чи інші досягнення (у технічній, медичній тощо сферах) людства як права людини, мали б виступати певні загальнолюдські норми, цінності; однак, як свідчить практика міжнародних правозахисних органів, конкретне змістовне навантаження таких норм, їхня специфіка визначаються ситуативним способом (при розгляді конкретних справ), з огляду на те суспільство, в якому постало спірне питання. Це, проте, не виключає того, що у ряді випадків міжнародні органи можуть проігнорувати національне тлумачення моральної норми.

Разом з тим, можна навести і приклади, які свідчать на користь того, що феномен прав людини характеризується і такими одиничними проявами (правами), які обґрунтовуються саме з позицій *загальнолюдської моралі* (прикладом чого може слугувати право на розвиток). Основне соціальне призначення цього права – забезпечити поступальний рух не лише окремо взятого суспільства, але й усього людства.

Відтак, видається справедливим твердження про те, що права людини становлять *моральний фундамент* кожного суспільства.



## ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ У МІЖНАРОДНИХ ПРАВОВИХ АКТАХ

*О. Грищук*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Людська гідність як багатоаспектна цінність людини, глибоко проникла у зміст права. Ознаки і якості, що характеризують та визначають людську гідність, складають онтологічну основу прав і свобод людини, її правового положення. В свою чергу, людська гідність через систему соціальних зв'язків є вихідною у взаємовідносинах між людьми і знаходить своє безпосереднє відображення у гідності кожної людини.

Особливе значення в цьому сенсі має Загальна декларація прав людини 1948 р., яка спричинила засадничий ідейний вплив на розвиток міжнародного захисту прав людини. Людська гідність стала однією з центральних категорій міжнародних правових актів власне через її закріплення у вказаному правовому акті. Так, Загальна декларація прав людини звертається до поняття людської гідності шість разів. Серед них можна виділити:

**Загальне** чи абстрактне звернення до людської гідності. Застосовується з метою виділення основних соціальних цінностей і засад функціонування суспільства.

Зокрема, у преамбулі Загальної декларації вказано, що визнання гідності, притаманної всім членам людської сім'ї та рівних і невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру в усьому світі. Підкреслено, що народи ООН підтвердили свою віру в основні права людини та в гідність і цінність людської особи.

**Нормативне.** Таке звернення до людської гідності визначає систему ідеальних або бажаних соціальних зв'язків, які лежать в основі взаємовідносин між людьми.

Так, ст.1 вказує, що всі люди народжуються вільними й рівними за своєю гідністю та правами. Вони наділені розумом і совістю та повинні діяти один стосовно одного в дусі братерства.

**Позанормативне,** або таке, що застосовується для реалізації чи закріплення конкретних прав людини.

Зокрема, ст.5 вказує, що ніхто не повинен зазнавати тортур або жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує людську гідність ставлення чи покарання. Ст.22 закріплює право кожної людини на соціальне забезпечення, а також на реалізацію необхідних для підтримки її гідності й вільного розвитку особистості прав у економічній, соціальній і культурній сферах. Ст.23 закріплює право кожного, хто працює, на справедливу й задовільну винагороду, яка забезпечує гідне людини існування.

Однак не лише Загальна декларація прав людини закріплює поняття "людська гідність". Багато інших міжнародних правових актів містять звернення до людської гідності. Так, серед проаналізованих мною 97 міжнародних правових актів, звернення до людської гідності містять 54 правових акти.

Серед масиву міжнародних правових актів особливе місце займають Міжнародні пакти 1966 р., зокрема Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права і Міжнародний пакт про громадянські та політичні права. У преамбулах вказаних актів міститься посилання на Загальну декларацію прав людини (загальне звернення до людської гідності). Однак визначальне місце у цих правових актах займає нормативне звернення до людської гідності: "всі права витікають з властивої людській особі гідності". З такого формулювання випливає кілька істотних висновків:

- людська гідність розглядається як джерело прав людини, тобто підноситься на рівень принципу права;
- людська гідність належить кожному, незалежно від законодавчого закріплення;
- право людини на гідність впливає з принципу людської гідності.

У інших міжнародних правових актах застосування поняття "людська гідність" відбувається у два способи:

- відсилочне застосування. Має місце у випадку посилання у преамбулах міжнародних правових актів на відповідні формулювання Загальної декларації прав людини.

- безпосереднє застосування поняття "людська гідність", здебільшого нормативне чи позанормативне.

Можна виділити такі основні випадки безпосереднього застосування поняття "людська гідність", що розглядається як:

- філософська основа, елемент антропологічної концепції. Так, Декларація про ліквідацію всіх форм расової дискримінації наголошує на необхідності забезпечення поваги гідності людської особистості;
- морально-правовий стандарт. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами визнає проституцію і торгівлю людьми "несумісні з гідністю і цінністю людської особи і загрожують благополуччю людини, сім'ї та суспільства". Декларація про ліквідацію дискримінації по відношенню до жінок визнає, що "дискримінація по відношенню до жінок несумісна з гідністю жінки як людини, благополуччям сім'ї та суспільства";
- елемент законодавчих дефініцій, що приймається для конкретних цілей відповідного міжнародного правового акту. Міжнародна конвенція про запобігання злочину апартеїду і покарання за нього визначає "злочин апартеїду" як посягання на свободу чи гідність;
- стандарт, з яким вступає в суперечність явище, що засуджене відповідним міжнародним правовим актом. Це може бути голод, неповага релігійна, дискримінація жінок, расова дискримінація, тортури, нелюдське, або таке, що принижує гідність поводження або покарання;
- об'єкт протиправних порушень, без одночасної вказівки таких протиправних порушень. Декларація про захист жінок та дітей в надзвичайних ситуаціях і в період збройних конфліктів зазначає, що гідність людської особи надалі зазнає серйозних порушень;
- об'єкт можливих протиправних порушень, з одночасною вказівкою таких порушень. Декларація про використання науково-технічного прогресу в інтересах миру і на благо людства відзначає, що науково-технічні досягнення можуть потягнути за собою небезпеку для громадянських і політичних прав окремої особи чи групи осіб і для людської гідності;
- об'єкт державно-правового захисту. Так, Декларація про використання науково-технічного прогресу в інтересах миру і на благо людства зазначає, що "всі держави приймають ефективні заходи, включаючи законодавчі, в цілях попередження і недопущення використання науково-технічних досягнень на шкоду правам людини і основним свободам і гідності людської особистості";
- ідеал, до якого має призвести процес, підтримуваний даним міжнародним правовим актом. Декларація про розповсюдження серед молоді ідеалів миру, взаємної поваги і взаєморозуміння між народами. Послання Тегеранської конференції 13.05.1968 р. підкреслюють, що головною ціллю ООН в галузі прав людини є досягнення кожною людиною максимуму свободи і гідності. Одночасно міститься настійний заклик до подвоєння зусиль в цілях забезпечення всім людям життя, що відповідає вимогам свободи і гідності.

Поряд з цим, жоден з міжнародних правових актів не містить загального визначення поняття "людська гідність". Це зумовлює неоднозначне розуміння вказаного поняття і може призвести до його невинувато зведеного тлумачення. Поряд з цим, чітке визначення поняття "людська гідність" могло б виступати формальною підставою для ширшого використання прав людини.

**ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПАКТУ  
ПРО ГРОМАДЯНСЬКІ ТА ПОЛІТИЧНІ ПРАВА В УКРАЇНІ:  
КРИЗЬ ПРИЗМУ КОМІТЕТУ ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ**

*М. Антонович*

*Національний університет "Києво-Могилянська академія"*

Як незалежна держава Україна подала вже дві доповіді про здійснені нею заходи для втілення у життя прав, закріплених у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (надалі – МПГПП), а саме, четверту періодичну доповідь від 13 липня 1994 р. та п'яту періодичну доповідь від 16 листопада 2000 р.

У четвертій доповіді уряду, зокрема, зазначається, що негативний вплив на захист, дотримання та гарантії громадянських прав і свобод в Україні мали такі чинники, як неповне забезпечення принципу поділу гілок влади, численні залишки старої політичної системи в державних механізмах, криза конституційного процесу, відсутність будь-яких кроків у проведенні адміністративної та територіальної реформи, незадовільний стан економічних реформ. Як зазначається в доповіді, реальна ситуація з дотриманням прав людини в Україні, як і в будь-якому іншому суспільстві, визначається рівнем освіти і культури населення та обізнаністю громадян з їхніми юридичними правами, їхньою інтелектуальною та психологічною готовністю вимагати дотримання цих прав, реалізовувати та захищати їх. Цей потенціал українського суспільства, як зазначається в доповіді, залишається невикористаним, в результаті чого дотримання багатьох норм, аж до міжнародних стандартів у сфері прав та свобод людини, не вимагається самими людьми.

Імплементация МПГПП в Україні, як можна судити з доповіді, здійснюється такими шляхами:

1) безпосередня реалізація прав, гарантованих Пактом, як наприклад, реалізація права українського народу на самовизначення (ст.1);

2) ратифікація інших міжнародно-правових актів, як от, Конвенції 1989 р. проти вербування, використання, фінансування та навчання найманців, як один із виявів імплементации права на життя;

3) відміна статей Конституції та інших законодавчих актів, які суперечать нормам Пакту. Так, ст.6 чинної на час подання четвертої доповіді Конституції УРСР 1978 р., яка встановлювала монополію Комуністичної партії, була відмінена у жовтні 1990 р.;

4) прийняття нового законодавства, як, наприклад, створення правової бази для реальної багатопартійної системи; регулювання надзвичайного стану, зайнятості населення тощо;

5) доповнення чинного законодавства новими нормами, які впроваджують стандарти Пакту, або новими редакціями статей, як, наприклад, статті 15 чинного на той час Кримінального кодексу, яка посилювала правові гарантії самооборони;

6) вдосконалення судової процедури захисту прав та свобод людини та звуження адміністративних повноважень у цій сфері тощо.

Аналізуючи четверту доповідь України з імплементации МПГПП, члени Комітету ООН з прав людини (надалі – Комітету) цікавились конституційними та правовими рамками, в яких імплементувався Пакт; правовим регулюванням надзвичайного стану; проблемами недискримінації та рівності статей; правами національних меншин; відміною смертної кари; умовами попереднього затримання; адміністративними заходами щодо імігрантів; питанням компенсації жертвам незаконних дій державних органів; навчанням працівників пенітенціарних органів. Інша група запитань торкалась свободи пересування; права на приватність; свободи думки, совісті та релігії; свободи висловлювання; заборони пропаганди війни та підбурювання до національної, расової чи релігійної нетерпимості; свободи асоціацій.

Зокрема, членів Комітету цікавило, яких заходів було вжито для поширення серед населення інформації щодо прав, визнаних у Пакті та Факультативному протоколі, та в якій мірі громадськість ознайомлена з результатами дослідження Комітетом четвертої періодичної доповіді України. Питання торкались того, чи були випадки застосування Пакту будь-якими державними органами, в тому числі судами; чи були посилення на Пакт в судових рішеннях; чи існує процедура застосування в Україні

рішень Комітету ООН з прав людини згідно з Факультативним протоколом. Якщо в доповіді України (п.43) лише констатується, що вперше було створено правову основу регулювання надзвичайного стану в Україні, то члени Комітету цікавляться детальною інформацією щодо Закону України "Про надзвичайний стан" 1992 р. та, зокрема, гарантіями та засобами захисту індивідів під час надзвичайного стану, а також засобами, які будуть вжиті для забезпечення відповідності зі ст.4, п.2 Пакту.

Іншим прикладом, який засвідчує, що члени Комітету в першу чергу цікавились конкретними заходами, які вживав уряд для реалізації прав за Пактом, а не просто констатацією труднощів у забезпеченні цих прав, була реакція членів Комітету на вияви дискримінації на етнічній, релігійній, мовній та інших основах. Якщо в доповіді уряду України в п.219 тільки констатується існування певних соціо-економічних, культурних та психологічних передумов для актів дискримінації на основі етнічної приналежності, власності, релігійних переконань, мови чи статі, то членів Комітету цікавили конкретні кроки, здійснені на подолання цих труднощів.

Що ж до відповідей членів української делегації, то вони не завжди були достатньо чіткими та повними. Так, зазначаючи, що четверта періодична доповідь, на відміну від попередніх доповідей, була опублікована в повному обсязі, не вказується джерело опублікування. Не було встановлено процедури застосування рішень Комітету відповідно до Факультативного протоколу. Не зазначалось, які були передбачені гарантії та засоби захисту індивідів під час надзвичайного стану, які конкретні заходи вживались для покращення становища жінок тощо.

В цілому, слабкою стороною імплементації в Україні Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, як можна судити з четвертої періодичної доповіді України, була відсутність практичних заходів забезпечення прав, та, зокрема, судового механізму захисту прав, гарантованих Пактом, а також відсутність процедури імплементації рішень Комітету ООН з прав людини. Більшість з цих зауважень залишаються в силі і до сьогодні.

## ПРАВО ЛЮДИНИ НА ЕФЕКТИВНИЙ ЗАХИСТ ДЕРЖАВОЮ ЇЇ ПРАВ І СВОБОД

*Т. Пашук*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. На сьогодні в Україні серйозною проблемою залишається забезпечення належної ефективності механізму юридичного захисту прав людини, перш за все, механізму судового захисту. Право людини на отримання ефективного юридичного захисту в органах правосуддя покликане задовольняти одну із фундаментальних її потреб, оскільки незабезпеченість суб'єктивного права цією можливістю ставить під сумнів реальність будь-якого права людини.

На думку відомого дореволюційного вченого-цивіліста Й.О. Покровського, "одна з перших і найістотніших вимог, що висуваються до права людською особистістю, котра розвивається, є вимога *визначеності* юридичних норм... Логічним є те, що це право є одним із *найбільш невід'ємних прав людської особистості*, яке тільки собі можна уявити; без нього, по суті, ні про жодне "право" не може бути й мови".

З такої постановки питання випливають певні висновки. Зокрема, С.С. Алексєєв вважає, що у такому випадку цілком виправданим буде конструювання особливого "права на право" – суб'єктивного права доволі високого юридичного статусу. Цей вчений вважає, що якщо феномен права має глибокі природні корені, то, очевидно, одним з його проявів в умовах цивілізації стає "право на право", яке реалізовується головним чином у відчутті права, у вимогах, у потребі правосудного рішення, в інших конституційних правах у сфері юстиції, правосуддя.

Найбільш яскравим проявом такої потреби є право людини на вирішення конфліктної ситуації, в якій опинилася людина, через процедури правосуддя: вирішення незалежним, компетентним судом, що володіє достатніми правомочностями, у чіткому процесуальному порядку, з дотриманням усіх законних гарантій для учасників процесу. *Така природна потреба людини якраз і задовольняється нічим іншим як її правом на ефективний захист державою її прав та свобод.*

Дане право людини відображає найважливіші сторони призначення права (правових норм) та держави (зокрема судової гілки її влади) в житті людей, властивості права як явища гуманного. Загалом таке право людини втілює її можливість утвердити свій статус у суспільстві, відстояти свою людську гідність, мати надійний притулок від будь-чийого свавілля.

Ідея зазначеного права людини знаходить своє підтвердження, зокрема, у доктрині належної правової процедури (due process of law), що отримала найбільший розвиток, як відомо, в англосаксонській правовій системі. Видатний англійський мислитель Дж. Локк у своєму творі "Два трактати про правління" зазначав, що люди створюють державу для охорони життя, свободи та власності, тому держава не може свавільно позбавити або обмежити ці права, а може зробити це тільки у судовому порядку та згідно з принципом справедливості. Отже, для того, аби в основі правопорядку лежала ідея справедливості, *необхідні незалежні та ефективні державні органи правосуддя.*

2. Різноманітні аспекти права на ефективний захист державою прав та свобод людини розроблені у вітчизняній юриспруденції достатньо широко в рамках проблематики права на захист у разі кримінального переслідування, а також права на позов у цивільному судочинстві.

Проте загальнотеоретична інтерпретація права на захист викликає суперечки в літературі. Відповідно до традиційної концепції, це право є складовим елементом власне суб'єктивного юридичного права поряд із такими його елементами як право на власні дії, а також право вимагати певної поведінки від зобов'язаних суб'єктів. На думку багатьох вчених, забезпеченість суб'єктивного юридичного права можливістю державного примусу – це його невід'ємна властивість, і така можливість існує не паралельно з іншими, закріпленими в суб'єктивному праві можливостями, а притаманна кожній з них, оскільки без цього вони не були б можливостями юридичними. У цьому сенсі *право на захист розглядається як обов'язковий елемент самого суб'єктивного юридичного права в цілому.*

Такому розумінню права на захист протистоїть інша думка, відповідно до якої воно являє собою окреме, *самостійне* суб'єктивне право. Дане право з'являється у суб'єкта регулятивних правовідносин в якості реальної юридичної можливості лише в момент порушення його "основного" права і реалізується в рамках так званих охоронних правовідносин, що виникають після такого порушення.

Розглядаючи право на захист як окреме суб'єктивне право чи як елемент будь-якого права, слід виходити передовсім з того, що коли в правовому просторі певної держави відбувається порушення суб'єктивного права, останнє має бути відновлене юридичними засобами. У суб'єкта, право якого порушено, виникає право на ефективний захист (відновлення) цього порушеного права (і як окреме право, і як властивість "первісного" порушеного права), якому кореспондує відповідний обов'язок держави – надати ефективний правовий захист.

Такий обов'язок (так само, як і кореспондоване йому право) матиме, на наш погляд, два аспекти: **змістовний** і **формальний**. Перший з них торкається необхідності *відновити порушене матеріальне право в його основному змісті* (скажімо, відновити можливість власника, можливості вибору віросповідання). Змістовний аспект права на ефективний захист прав та свобод є підґрунтям для тлумачення права на захист як обов'язкового елемента кожного суб'єктивного юридичного права.

Другий же аспект обов'язку держави надати правовий захист пов'язаний зі створенням умов у внутрішньодержавному правовому просторі (і на правотворчому, і на правозастосовчому рівнях) для ефективної дії процедурних засобів і можливостей відновлення порушеного права. Перш за все мова йде про захист права судом – інституції, яка з огляду на її повноваження (відправлення правосуддя) здійснює примусовий захист, відновлення порушеного права.

Формальний аспект цього права дозволяє говорити про право на захист як окреме самостійне суб'єктивне юридичне право (головним чином як право процесуальне), можливість реалізації якого, в принципі, не залежить від порушення будь-яких матеріальних прав.

Європейський стандарт права, що розглядається, втілено у статті 13 Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини (далі – Конвенція), яка проголошує право на ефективний засіб правового захисту і встановлює, що кожен, чії права і свободи, перелічені у цій Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правового захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи.

Однак міжнародно-правове зобов'язання держави за статтею 13 Конвенції буде порушене державою лише тоді, коли у внутрішньому правовому полі взагалі не існує ефективних процедурно-процесуальних засобів і можливостей для оскарження порушення прав людини і воно (це зобов'язання) не включає необхідність надавати "змістовний" захист певного матеріального права. Це підтверджується тим, що Європейський суд з прав людини при встановленні порушення матеріальних прав, паралельно може і не визнавати порушення права, передбаченого статтею 13 Конвенції. Отож, при встановленні порушення статті 13 Конвенції, Європейський Суд з прав людини кладе в основу порушення не змістовного (адже це вимагається іншими статтями Конвенції), а саме формального аспекту обов'язку держави надати правовий захист (скажімо, відсутність визначеної законодавством процедури розгляду певної категорії справ).

Таким чином, право людини на ефективний засіб державного правового захисту, визначене статтею 13 Конвенції, має процедурно-процесуальну природу, вимагає створення державою процедурних механізмів і засобів відновлення порушеного суб'єктивного юридичного права; воно наче-би абстраговане від конкретного змістовного насичення будь-яким фундаментальним матеріальним правом.

## АНТРОПОЛОГІЧНА ПРОБЛЕМАТИКА У ПРИРОДНО-ПРАВОВІЙ ДУМЦІ СУЧАСНОГО КАТОЛИЦИЗМУ

*С. Рабінович*

*Львівський інститут внутрішніх справ при НАВС України*

Широко відомо, що будь-який тип праворозуміння ґрунтується на відповідній концепції природи, або ж сутності людини. Зазначене положення є особливо характерним для природно-правової доктрини католицької церкви, яка у філософсько-методологічному відношенні спирається на специфічний різновид християнської антропології – католицьку антропологію.

У неотомістичній антропології, яка є найбільш поширеною в католицизмі, виділяють два основних напрямки: есенціалістський (від лат. *essentia* – сутність) і екзистенційний (від лат. *existentia* – існування). Есенціалістський напрямок (Ю. Бохенські) синтезує елементи томізму й платонізму. Його прихильники вивчають основні фактори, що визначають людину, безвідносно до тих чи інших моментів її існування (екзистенції). Інакше кажучи, в даному випадку властивості людини та її дії виводяться виключно із "природи" самої людини.

На думку ж представників екзистенційного напрямку (Ж. Марітен, Е. Жільсон, М. Кромпеч), статична есенціалістська концепція поглиблює конфлікт католицької церкви із сучасним розумінням людини як динамічно діючої істоти. Тому екзистенційний напрямок, який домінує у сучасному католицизмі, акцентує увагу на необхідності розгляду існування людини і супутніх йому факторів.

Предметом подальшого розгляду будуть антрополого-правові позиції сучасного католицизму, відображені в офіційних церковних документах, виданих нинішнім главою католицької церкви – Іваном Павлом II.

Антропологія Івана Павла II передовсім спирається на екзистенціальні підходи до проблеми людини. У понтифікальних документах особливо наголошується на методологічній значущості екзистенційного підходу в католицькій онтології. Розвиваючи образ людини, описаний Павлом VI у промові при закритті II Ватиканського собору, нинішній понтифік веде мову про "людину в її *конкретному* втіленні грішника і праведника". Вчення Івана Павла II про людину ставить проблему не абстрактної, а дійсної, конкретної та історичної людини, природи (сутність) якої проявляється у багатоманітті культурних умов і тому є "конкретно-історично зумовленою природою" (!). Водночас Іван Павло II вважає, що така культурно-історична зумовленість не має детермінуючого значення. Соціальні умови можуть лише полегшувати чи ускладнювати людині здійснення її трансцендентного покликання.

У працях К. Войтили (Івана Павла II) подано також і детальний філософсько-антропологічний аналіз категорії "суб'єктності" людини, яка розглядається як специфічна "екзистенційна" властивість людини бути суб'єктом взагалі. Так, у монографії К. Войтили "Особа і чин" (1969) суб'єктність аналізується в контексті детермінації людських вчинків. При цьому робиться наголос на активності особистості, яка виступає причиною екзистенційних змін. В есе "Суб'єктність і те, що не піддається редукції в людині" (1994) К. Войтила пропонує розглядати суб'єктність як синонім того, що не піддається редукції (*irreducible, the irreducible*) в людині, на протиположність предметності, пов'язаної із загальним уявленням про можливість зведення людини до світу матеріальних об'єктів, природи. Теолог стверджує суб'єктну концепцію людини як діючої самовизначальної моральної особи.

Філософсько-антропологічні погляди К. Войтили відображено й у найважливіших сучасних документах соціальної доктрини церкви. У "Centesimus annus" Іван Павло II виходить із того, що людина являє собою завдання для самої себе. Вона "правдиво стає сама собою лише через вільне розпорядження сама собою", а останнє стає можливим завдяки "істотній здатності до трансцендентності людської особистості".

Відтак людська суб'єктність ("особовість") у сучасній католицькій антропології розглядається у *негативному та позитивному* методологічних аспектах.

У першому випадку категорія суб'єктності наповнюється змістом в рамках дихотомії "суб'єкт-об'єкт", завдяки чому розкривається етична теза про недопустимість ставлення до будь-якої людини як до предмета вжитку та про необхідність морального пошанування людини саме як особи – суб'єкта



(принцип християнського персоналізму). Позитивно-правовим засобом такого пошанування постає юридичне закріплення і забезпечення прав людини. При цьому, згідно католицької соціальної доктрини, належне пошанування людини як суб'єкта потребує інтегральної, комплексної перебудови суспільного етичного порядку на засадах солідарності, субсидіарності та спільного блага.

У позитивному ж аспекті суб'єктність означає невід'ємну властивість людини бути особою, тобто свідомим суб'єктом вільного морального вибору, який реалізується в її внутрішніх рішеннях та зовнішніх вчинках, наділених трансцендентною моральною цінністю. Як бачимо, у даному випадку *людська суб'єктність та моральна правосуб'єктність людини, по суті, ототожнюються.*

Таким чином, у рамках екзистенційно-феноменологічного підходу понтифік аналізує особову суб'єктність і доходить висновку, що визначальною рисою людини є її здатність до трансцендування, тобто до виходу за межі себе самої, що здійснюється через дарування себе іншій особі, особам і, зрештою, Богові як єдиній особі, котра здатна повністю прийняти цей дар.

Відправним пунктом антропологічних міркувань папи Івана Павла II є теза про те, що головною рисою людини є її *теономічність*, яка, на його думку, проявляється у релігії, а потім і в моралі. Людина дана і "*задана*" (курсив наш – С.Р.) собі Богом; в силу такого "завдання" вона покликана до вищого порядку існування – трансцендентного буття.

Людина є особою, тобто істотою розумною і вільною, самовизначальним суб'єктом. Згідно концепції Івана Павла II, вільне самовизначення є актуалізацією *трансцендентної та комунітарної* природи людини.

*Комунітарність.* Бути особою означає бути "буттям в зв'язку" – зв'язку із іншими особами, в об'єднанні з якими й реалізується людська суб'єктність. Ця властивість людини проявляється також і як її здатність до виходу за межі себе самої – до трансцендування.

*Трансцендентність* наділяється тут двома вимірами: горизонтальним (інші особи, суспільство) і вертикальним (Бог). Ця характеристика людини актуалізується в її вільних вчинках, котрі мають об'єктивну етичну цінність. Найповнішою ж реалізації людина досягає в любові – "безкорисливому дарі з себе самої".

Іншою визначальною ознакою особи визнається її *творча активність*, здатність творити. Приймаючи вільні і відповідальні рішення, вчиняючи вчинки, особа *творить моральний (природно-правовий!) порядок.*

Відтак, сутнісними (природними) ознаками людини у католицизмі постають її *трансцендентність, теономічність* (Б. Губман), *моральність і творча активність.*

Таким чином, концепція людини в Івана Павла II відображає спробу поєднання есенціалістського та екзистенційного антропологічних підходів, що загалом видається позитивним моментом у праворозумінні сучасного католицизму. Отже, сучасна католицька антропологія пропонує "інтегральний", багатовимірний, "не редукований" образ людини як мети для себе самої, котрий "не зводиться до homo oeconomicus, homo laborans, homo sociologicus чи homo technicus" (Ф. Мазурек).

З огляду на викладене, відзначимо ті обставини, котрі в методологічно-правовому аспекті уявляються чи не найбільш важливими.

По-перше, це засаднича теоцентричність католицького бачення людини. Для суто раціоналістичного правового мислення ця обставина постає чи не найбільш проблематичним моментом релігійного праворозуміння. Справді, природно-правова думка в цілому є ненауковою, не відповідає раціоналістичному характеру сучасних уявлень про світ (Г. Мальцев). Недаремно Г. Кельзен, А. Фердрос, В. Туманов, Е. Цахер вважають, що внутрішня логіка доктрини природного права у кінцевому рахунку приводить до ідеї Бога. Як видається, позиція цих дослідників досить адекватно відображає, умовно кажучи, саму "природу природного права". Попри те, що в історії правових учень відомі спроби використання ідеї природного права "у світських цілях", саме "божественне" природне право є найбільш послідовним вираженням зазначеної ідеї. Щодо ж змісту теоцентричних антрополого-правових положень зазначимо, що антропологічне обґрунтування прав людини зовсім не обов'язково повинно ґрунтуватись на положеннях саме християнського об'явлення чи на інших партикулярних релігійних засадах. Необхідний антропологізм прав людини не є конче християнським антропологізмом. Релігійна, зокрема, християнська аргументація прав людини має свою внутрішню логічну межу, поза якою вона позбавляється раціональної обґрунтованості й апелює до окремих постулатів релігійної віри (існування особового Бога, божественного сотворення світу і людини тощо). Тому й плюралізму правових антропологій, очевидно, уникнути неможливо.

По-друге, принципове значення категорії природи людини, динамічна інтерпретація котрої становить підґрунтя праворозуміння сучасного католицизму. Визнання конкретно-історичної зумовленості природи людини дає можливість соціальній доктрині католицизму гнучко реагувати на змінювані реалії суспільного життя, пристосовуючи цю доктрину до сучасного світу. Зазначені новації створюють теоретичну основу для відображення змінюваності природно-правових концепцій католицької церкви, для переосмислення власної природно-правової доктрини, оновлення й уточнення каталогу невід'ємних прав людини, змін акцентів в інтерпретації цих прав.

По-третє, особливий наголос на творчій активності людини. Образ людини, яка власними рішеннями творить морально-правовий порядок, моральне (природне) право є виразним проявом посилення антропоцентричних тенденцій у сучасній природно-правовій доктрині католицизму.

## СИСТЕМА ЮРИДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА СВОБОД ГРОМАДЯН

*С. Гусарев*

*Національна академія внутрішніх справ України*

Згідно існуючих науково-теоретичних надбань, юридичну діяльність як різновид соціальної діяльності уявляється можливим розкрити через призму її внутрішньої побудови, тобто через сукупність складових компонентів, які висвітлюють порядок та умови здійснення юридичної діяльності, способи зовнішнього прояву та фіксації її результатів тощо. Таким чином, це такий системний аналіз даного правового явища, який проводиться з метою визначення різноманітних факторів здійснення юридичної діяльності, без наявності яких втрачається цілісність сприйняття явища, унеможливується розкриття окремих характеристик. Крім того, такий підхід дозволяє розглянути юридичну діяльність не тільки як процес, але й як єдність елементів статичного та динамічного походження.

Нами вже зазначалося, що юридична діяльність має ряд своїх власних характеристик, серед яких слід виділити здійснення її лише на професійній основі та наявність такої мети як впорядкування та узгодження суспільних відносин. Якщо говорити про сферу захисту та охорони законних прав та свобод громадян, то можна стверджувати, що їх реальність цілком пов'язується з якістю правового регулювання, приведенням суспільних відносин у відповідність до вимог права, що характеризує мету юридичної діяльності. Тому пошуки оптимальних моделей її здійснення, вдосконалення завжди будуть привертати до себе увагу дослідників тому, що в кінцевому разі це не лише питання професійної діяльності юристів, а в тому числі й стану реалізації права, рівня розвитку суспільних відносин.

З питань системи юридичної діяльності вже склалася певна методика дослідження, яка дозволяє виділити наступні складові елементи: суб'єкти, об'єкти, засоби, форми, методи, функції. Спостерігаючи за ними, аналізуючи їх взаємозалежності, функціональну роль у системі, ми можемо з певною вірогідністю на теоретичному рівні констатувати ті чи інші недоліки юридичної роботи, прогнозувати їх розвиток, причинний зв'язок, передбачати можливі варіанти усунення або подолання, виробляти на цій основі практичні рекомендації. Кожний із зазначених компонентів у системі займає свою нішу та має лише своє конкретне призначення, через розуміння якого стає зрозумілим та чи інша властивість всієї системи, її здатність впливати на ті чи інші явища правової дійсності.

*Суб'єкти юридичної діяльності* – це професійні юристи, їх об'єднання та установи державного та недержавного походження. В реальному житті – це спеціалісти певного профілю, які володіють відповідними знаннями, досвідом, наділені компетенцією приймати рішення або давати поради, мають певні навички та вміння юридичної роботи.

По відношенню до сфери захисту прав та свобод громадян в системі юридичної діяльності суб'єктна основа виступає чи не найважливішим компонентом. По суті – це люди та їх об'єднання, які на професійній основі здійснюють правозахист та охорону громадського порядку. Від їх якісного складу, рівня професійності, людських якостей залежатиме ступінь реалізації права. Однак, не тільки людський фактор та стан їхньої готовності до правозахисної роботи визначають стан правопорядку. Наявність або відсутність правозахисної інституції також свідчить про стан суб'єктів, що здійснюють захист прав та свобод.

Так, наприклад, лише з прийняттям Конституції України 1996 р. функціонують інститути Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, Конституційний Суд, Вища рада юстиції, з 1998 р. державна виконавча служба, що закладає організаційну основу юридичної діяльності, суб'єкти якої спрямовують свою роботу у русло реалізації права, забезпечення суб'єктивних прав громадян.

Проте, аналізуючи стан правозахисної роботи, не слід зупинятися лише на характеристиці суб'єктного складу. Справа в тому, що набір правозахисних інституцій може бути повним, але сфера захисту обмеженою, що свідчить про декларативність окремих правоположень, неадекватність засобів правового регулювання та предмету.

*Об'єкти юридичної діяльності* – це явища, процеси та предмети оточуючого світу, по відношенню до яких здійснюється правовий вплив. Серед об'єктів слід виділити загальний та безпосередній. До загального відносять відповідність нормам права існуючих суспільних відносин, а до безпосереднього – дії суб'єктів права, їх правовий статус, правові свідомість та культуру, правові документи, процеси, стани тощо.

Не може соціальна цінність вважатися під захистом права, бути об'єктом юридичної діяльності, якщо вона не потрапила до кола явищ, по відношенню до яких здійснюється правовий вплив. У зв'язку з цим відзначимо, що чітка конкретизація об'єктів впливу у конструкції правових норм є однією із умов надання якісної правової допомоги. Особливо це актуально для вивчення механізму захисту прав громадян у їхніх відносинах з владними структурами, для яких коло об'єктів впливу чітко визначено законом. У такому режимі правового регулювання під захистом права залишаються й ті об'єкти, про які в законі нічого не говориться, але обов'язок владного суб'єкта полягає в утриманні від впливу на все коло невизначених правом цінностей. Тому для юридичної діяльності в аспекті захисту прав громадян об'єктами впливу можуть виступати різні види прав та свобод, загроза для яких формується як в результаті функціональної неспроможності суб'єктів влади, так і в результаті перевищення повноважень.

*Засобами юридичної діяльності* являються перш за все норми права, правові категорії, юридична техніка та різного роду предмети матеріального світу, які допомагають у досягненні мети юридичної діяльності, забезпеченні високого рівня її ефективності. Ці предмети виступають в якості засобів збору та обробки інформації, засобів захисту, охорони та нападу (ПЕОМ, зброя, аудіо-відео техніка, речові докази). Серед всіх засобів юридичної практичної діяльності виділяють процедурні, пізнавальні, вербальні, регулятивні, інформаційно-технічні, організаційно-технічні, що більш повно відображає спектр їх багатофункціональності.

Навряд чи юрист у ході практичної діяльності замислюється над тим, який саме засіб він зараз використовує. В той же час, їх обмежений перелік значно збіднює професійну діяльність юриста, робить її примітивною, такою, що не досягає мети. В умовах інтенсифікації технічного прогресу, інформатизації суспільства, модернізації злочинного світу відставання лише у рівні технічної забезпеченості є не тільки проявом недбалості, а й фактором небезпечності.

*Форми здійснення юридичної діяльності* – освітня, наукова, практична; усна (вербальна), письмова, конклюдентна; виділяють також установчу, правотворчу, правоохоронну, правозастосовчу, профілактичну. Слід також зазначити, що юридична діяльність може відбиватися як у правових так і не правових формах – інформування, виховання, фінансування, організація співробітництва та взаємодії тощо.

Окрім засобів впливовим чинником слід назвати також форми та методи здійснення юридичної роботи, вибір яких здійснюється у відповідності до конкретних обставин та особливостей об'єкту правового захисту. Невідповідність форми до завдань, що мають вирішуватись у справі, може звести нанівець старання цілого колективу службовців. Наприклад, не можна співробітництво правоохоронних структур перевести із площини чіткої правової регламентації у форму диспозитивних (договірних) відносин, де кожна сторона буде відстоювати свій відомчий інтерес. Також, не можна замість стабільного фінансування органу, організації або проведення організаційних заходів сподіватися лише на виховні.

Окрім того, говорячи про стан правозахисної роботи в суспільстві, необхідно пам'ятати про використання потенційних можливостей таких форм як навчальна, наукова та практична, про їх гармонійне поєднання у вирішенні завдань надійного забезпечення правового статусу особи.

*Функції юридичної діяльності.* Традиційним є підхід поділу функцій на загально-соціальні та спеціально-юридичні з метою виявлення більш значущих, цілеспрямованих та відносно-значущих, побічних напрямів впливу. Нами вже було відзначено, що юридична діяльність має багатоаспектний характер тому, що здійснюється у різноманітних сферах людської діяльності, відносно до регулятивних можливостей права, а у зв'язку з цим залишає певні "сліди свого перебування". Це і буде загальний вплив на економічні, політичні, культурні, ідеологічні, організаційно-управлінські відносини, на підставі чого, ми можемо говорити про широкі можливості юридичної професії відносно правового захисту найрізноманітніших видів суспільних відносин. Але є такі напрями впливу на суспільні відносини, в яких розкривається основний зміст юридичної діяльності та відбувається досягнення наміченого правового результату. Тому дані напрями впливу називаються спеціально-юридичними функціями, серед яких відповідно виділяємо регулятивну та охоронну. На більш конкретному рівні, виходячи з завдань, що вирішуються у процесі юридичної практики,

спеціально-юридичні функції можуть бути поділені на підфункції або функціональні компоненти, які тісно пов'язані з регулятивною та охоронною функціями, співвідносяться з ними, як частка і ціле. Серед таких підфункцій можна виділити уповноважуючу, превентивну, виховну, дослідницьку, розслідувальну, судову, захисну, правовідновлюючу, пошукову, індивідуально-організаційну, реєстраційно-засвідчувальну. Кожна з них є лише напрямом функціонування та наповнюється змістом лише під час конкретної юридичної роботи, але всі вони разом свідчать про комплексність правового регулювання, про широту завдань правозахисної роботи та про функціональний зв'язок представників різних юридичних професій у сфері захисту прав та свобод громадян.

**ІНСТИТУТ ОМБУДСМАНА – СКЛАДОВА НАЦІОНАЛЬНИХ ЗАСОБІВ  
ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ*****Н. Наулік****Юридичний інститут Тернопільської академії народного господарства*

Конституція України (ст.55) та чинне законодавство гарантує кожному право звертатися за захистом своїх прав.

У більшості демократичних держав основними механізмами захисту прав людини є суд (США, Канада), конституційна скарга (ФРН, Австрія, Іспанія), омбудсман (Швеція, Норвегія, Фінляндія) тощо.

В Україні існує чітко визначена система органів та посадових осіб різних рівнів, які повинні захищати права і свободи людини і громадянина. Це: Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, місцеві державні адміністрації, підсистема судів загальної юрисдикції та спеціалізованих судів, Конституційний Суд України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокуратура, адвокатура, інші правоохоронні органи України

Серед низки вищезазначених інститутів особливої уваги заслуговує наймолодший в Україні інститут омбудсмана, який давно став невід'ємною частиною механізму захисту порушених прав людини в розвинутих державах.

На сьогоднішній день більш ніж у 40 країнах існує понад 150 різних органів і структур, які виконують функції омбудсмана.

Залежно від обсягу повноважень, сфери компетенції та інших факторів умовно можна виділити такі моделі омбудсмана: "сильна" (Швеція, Польща) і "слабка" (Великобританія, Франція).

Українським законодавством передбачено створення "сильної" моделі омбудсмана, якій притаманний високий конституційний статус, незалежність від будь-якого органу держави або місцевого самоврядування, їх посадових осіб, широка юрисдикція, значні повноваження щодо проведення перевірок та проваджень, право ініціювати обов'язкові для розгляду подання, можливість безпосереднього звернення до омбудсмана, тощо.

Діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини є однією із форм парламентського контролю в Україні.

Уповноважений призначається на посаду і звільняється з неї Верховною Радою України таємним голосуванням шляхом подання бюлетенів. До кандидата на дану посаду ставляться певні вимоги, а саме: громадянство України, віковий ценз передбачає 40 років, володіння державною мовою, наділений високими моральними якостями, досвід правозахисної діяльності та ценз осілості 5 років проживання на території України. Термін повноважень Уповноваженого – 5 років, який починається з дня прийняття ним присяги на сесії Верховної Ради України. В законі міститься заборона обіймати будь-які інші посади в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності, крім посад, пов'язаних із здійсненням викладацької, наукової або іншої творчої діяльності.

Після дотримання, передбаченої в Законі, процедури дострокового звільнення з посади Уповноваженого, він може бути звільнений, якщо за це проголосувала більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України. До підстав дострокового припинення повноважень Уповноваженого відносять: відмова від подальшого виконання обов'язків шляхом подання заяви про складення повноважень, набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо нього, набрання законної сили рішенням суду про визнання особи, яка обіймає посаду Уповноваженого, безвісно відсутнім або оголошення її померлим, смерть особи, порушення присяги, порушення вимог щодо несумісності діяльності, припинення громадянства України тощо.

Для більш ефективної роботи Омбудсмана, законодавством України передбачено створення секретаріату та право Уповноваженого призначати представників у межах виділених коштів.

Сфера компетенції українського омбудсмена є досить широкою. До числа адресатів подань Уповноваженого належать практично всі органи державної влади, органи місцевого самоврядування, об'єднання громадян, підприємства, установи, організації незалежно від форм власності та їх посадові і службові особи. До юрисдикції Уповноваженого належить і контроль за діяльністю суддів, який стосується не суті рішення суду, а порушення термінів розгляду справи судом, недотримання процесуальних норм тощо.

Підставою проведення провадження Уповноваженим є:

- звернення громадян України, іноземців, осіб без громадянства чи їх представників;
- звернення народних депутатів України;
- власна ініціатива.

Законом передбачено заборону втручання у діяльність Уповноваженого з боку органів державної влади та місцевого самоврядування та їх посадових осіб, заборону вимагати від Уповноваженого пояснень по суті справ, які закінчені або перебувають у його провадженні, що є гарантіями діяльності українського омбудсмена.

Уповноважений наділений правом:

- невідкладного прийому вищими посадовими особами, серед яких Президент, Прем'єр-Міністр, Голова Верховної Ради України, Генеральний прокурор і інші;
- правом безперешкодного відвідування органів державної влади, місцевого самоврядування і ін., та ознайомлення із документами, в тому числі таємними, в органах державної влади, місцевого самоврядування, органах прокуратури і суду;
- правом відвідувати у будь-який час місця тримання затриманих, попереднього ув'язнення, установи відбування покарання;
- правом бути присутнім на засіданнях судів усіх інстанцій;
- правом звернення до суду із заявою про захист прав і свобод людини і громадянина;
- правом перевірки стану додержання встановлених прав і свобод людини і громадянина відповідними державними органами тощо.

Оскільки Уповноважений має право направляти у відповідні органи акти реагування, то Законом визначено, що актом реагування є конституційне подання Уповноваженого та подання до органів державної влади.

Конституційне подання Уповноваженого – це акт реагування до Конституційного Суду щодо вирішення питання про відповідність Конституції України (конституційності) закону України чи іншого правового акта Верховної Ради України, акта Президента України та Кабінету Міністрів України, правового акта Автономної Республіки Крим; офіційного тлумачення Конституції України та законів України.

Подання Уповноваженого – акт, який вноситься Уповноваженим до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності та їх посадових і службових осіб для вжиття відповідних заходів у місячний строк щодо усунення виявлених порушень прав і свобод людини і громадянина.

Особливим є подання Уповноваженого до Вищої Ради юстиції про звільнення судді з посади або про відкриття дисциплінарного провадження щодо суддів Верховного Суду України та спеціалізованих судів.

Аналізуючи правовий статус Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, сферу його компетенції, можливості здійснення захисту порушених прав людини і громадянина, які закріплені у чинному законодавстві, можна зробити висновок, що український омбудсман має особливий статус, але існує необхідність удосконалення законодавчої бази, а саме:

- Конституцію України доповнити розділом, в якому окреслити основи правового статусу Уповноваженого;
- доповнити Закон "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини" нормами, які б надавали можливість омбудсманові запобігати порушенням прав людини;
- посилити відповідальність винних осіб за чинення перешкод діяльності Уповноваженого;
- в окремому розділі адміністративно-процесуального кодексу відобразити діяльність Уповноваженого, сферу його компетенції і санкції за перешкоди у його діяльності.



**ПРАВА ЛЮДИНИ У НАВЧАЛЬНИХ ТЕХНОЛОГІЯХ З ПРАВОЗНАВСТВА*****І. Панкевич****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Права людини – це вельми актуальна та перспективна політико-правова, філософська доктрина, спрямована на задоволення духовних та матеріальних інтересів людини. Права людини належать до так званих вічних тем, над якими працювали мислителі різних епох, починаючи від мислителів античного світу аж до наших сучасників. Що стосується проблематики викладання курсу "Права людини", то слід зазначити, що серед науковців-юристів досі немає з цього приводу єдиної думки. У першу чергу це стосується доцільності чи необхідності викладання прав людини, обсягу та змісту курсу, підходів щодо побудови навчального курсу, диференціації підходу викладання курсу прав людини в залежності від специфіки навчального закладу, проблем підготовки спеціалістів відповідного профілю, ролі державних та громадських організацій у цьому складному неоднозначному процесі. Така ситуація загалом навряд чи позитивно впливає на практику державного будівництва в цілому, та на юридичну практику зокрема. Враховуючи зазначені фактори, видається доцільним дослідити проблеми викладання прав людини у вищих навчальних закладах та запропонувати шляхи подолання виявлених труднощів.

У контексті світових та європейських глобалізаційних процесів Україна, хоча і з певними труднощами, йде шляхом визнання та забезпечення загальноцивілізаційних цінностей сучасної світової спільноти, серед яких права людини посідають одне з пріоритетних місць. Адже система, заснована на ідеології марксизму-ленінізму, виявила свою повну нежиттєздатність та неспроможність, а проголошені цією доктриною цінності виявилися декларованими: права людини було відкинута як продукт буржуазного суспільства, категорію, що не відповідає сутності людини як соціальної істоти. Наслідком такої "деіндивідуалізації" стало перетворення людини у своєрідний знеособлений гвинтик величезної державної машини. Сьогодні Україна, як незалежна держава, декларує у своїй Конституції та іншому законодавстві прагнення забезпечити захист прав людини. Проте одна справа задекларувати права людини, а інша – їх забезпечити. І, як свідчить міжнародний досвід, держави готові радше формально заявити про свою готовність дотримуватися прав людини, оскільки це безпосередньо пов'язано з міжнародним іміджем країни у світі, однак з меншим ентузіазмом ці норми реалізують на практиці. Для того, щоб особа, у випадку порушення прав, могла їх захистити, необхідно з ними ознайомитись і одним із шляхів ефективізації їх реалізації є викладання прав людини у навчальних закладах.

Поза всяким сумнівом, проблема викладання прав людини в Україні набула надзвичайної вагомості, оскільки українське суспільство є ще недостатньо поінформованим у галузі прав людини. Основна маса інтелігенції, не кажучи про інші соціальні верстви суспільства, не знає сутності прав людини, основних документів ООН, що торкаються прав людини, історії та досвіду боротьби за права людини, міжнародних механізмів, спрямованих на реалізацію цих прав. Викладання прав людини необхідне і з позицій посилення гуманізації системи освіти, підвищення правової культури.

Сьогоднішній стан викладання прав людини на нашу думку, не є належним. З вищих навчальних закладів третього-четвертого рівня акредитації права людини як окрему навчальну дисципліну викладають у Національній академії внутрішніх справ, Києво-Могилянській академії, Одеській національній юридичній академії та Донецькому національному університеті. З вузів першого-другого рівня акредитації права людини викладають для студентів юридичного факультету Коледжу "Західноукраїнський колегіум". Щодо Львівського національного університету імені Івана Франка, то тут права людини як окрема навчальна дисципліна, на жаль, не викладаються. Щоправда на юридичному факультеті університету окремі блоки тем, які висвітлюють проблематику прав людини, читаються для студентів першого курсу у межах навчальної дисципліни "Теорія права та держави" та для магістрів у межах навчальної дисципліни "Філософія права". Висвітлюється проблематика прав людини і у процесі читання лекцій з навчальних дисциплін "Основи права України" та "Основи конституційного права України" для студентів неюридичних спеціальностей університету. А проте кількість годин, яка відводиться згаданій проблемі, не може сприяти повному та ґрунтовному висвітленню "праволюдності" тематики.

На нашу думку, на сьогодні наріла потреба запровадження прав людини як обов'язкової навчальної дисципліни на всіх спеціальностях у вищих навчальних закладах України. Як посттоталітарна держава Україна повинна інформувати своїх громадян про можливості захисту їхніх порушених прав. Вивчення прав людини у вузах має бути завершальним етапом своєрідної "праволюднної драбини", оскільки починати вивчення прав людини слід ще зі шкільної лави, де дітей ознайомлюватимуть з їхніми правами. По-друге, розробляючи навчальні плани та програми, необхідно брати до уваги специфіку не лише того чи іншого навчального закладу, але й особливості вікового складу аудиторії, спрямування професійного навчання тієї чи іншої спеціальності. Серед можливих проблем при викладанні прав людини у юридичних закладах як окремої навчальної дисципліни слід зазначити можливість дублювання деяких тем загального курсу прав людини та тем галузевих дисциплін. У першу чергу це стосується конституційного права, одним з блоків якого виступають інститут правового статусу людини і громадянина. Тобто це вимагатиме особливої методології побудови курсу прав людини.

**ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ  
В СФЕРІ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ (ДОСВІД РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ)***С. Стеценко**Російський новий університет (Москва)*

На сьогоднішньому етапі розвитку правового забезпечення медичної діяльності в Росії особливої актуальності набувають питання захисту прав людини при наданні їй медичної допомоги. Це пов'язано з багатьма причинами, найважливіші з яких наступні:

1. Кардинальні зміни в нормативно-правовому забезпеченні медичної діяльності, котрі характеризуються появою цілого ряду законів, в котрих поміщені норми щодо забезпечення та захисту прав пацієнтів. Серед них необхідно виділити закони про психіатричну допомогу, попередження виникнення СНІДу та туберкульозу, про імунопрофілактику інфекційних захворювань та інші.

2. Потенційно агресивний вплив деяких нових медичних технологій. Передусім річ йде про трансплантацію органів та тканин людини, маніпуляції з генетичним матеріалом, нові хірургічні методи лікування хвороб. Ці та деякі інші напрямки медицини сприймаються не тільки як користь, але і як фактор можливої шкоди здоров'ю людини.

3. Розвиток та поширення впливу правозахисних організацій в області медичної діяльності. На території Росії сьогодні діють декілька десятків подібного роду структур, котрі займаються проблемами захисту прав пацієнтів.

Основою для захисту прав пацієнта є виникнення юридичного конфлікту. Враховуючи сучасний стан справ з розвитком медичного права, під юридичним конфліктом в сфері медичної діяльності необхідно розуміти відкрите протистояння суб'єктів медичних правовідносин, пов'язане з реалізацією ними інтересів взаємовиключного характеру. В цілому виділяють три групи суб'єктів медичних правовідносин:

- ті, що надають медичну допомогу (лікар, медична сестра);
- ті, що отримують медичну допомогу (пацієнт);
- ті, що сприяють наданню медичної допомоги (фінансові, кадрові, юридичні та інші служби лікарні).

У переважній більшості випадків конфлікти виникають між суб'єктами, які надають та отримують медичну допомогу, що пов'язано з різними цільовими установками. Для медичного персоналу ціль пов'язана з необхідністю надання медичної послуги, тоді як для пацієнта основна ціль – покращення здоров'я.

Потрібно виділити два способи захисту прав пацієнта:

1. Досудовий. 2. Судовий.

Серед основних варіантів досудового способу на сьогодні можна відзначити:

- звернення до керівника лікувальної установи;
- звернення до керівника органу управління охороною здоров'я;
- втручання етичного комітету, функціонуючого в медичному закладі;
- допомога незалежних громадських об'єднань;
- звернення в професійні медичні асоціації;
- діяльність страхових медичних компаній та територіальних фондів обов'язкового медичного страхування (ОМС).

Враховуючи розвиток у Російській Федерації з 1993 року обов'язкового медичного страхування, особливої ваги набули територіальні фонди ОМС. Статистичні дані свідчать, що рік від року зростає кількість звернень громадян саме в територіальні фонди.

В свою чергу, судовий спосіб захисту прав людини в сфері медичної діяльності є найбільш цивілізованим. Він реалізується за рахунок звернення пацієнтів самостійно чи через представника до судових органів. Статистика свідчить про зростання кількості т.зв. "лікарських справ". Водночас це сприяє розвитку свого роду "медичної адвокатури", котра спеціалізується на таких справах.

Таким чином, необхідно відзначити, що на сьогоднішній день у Росії створена та діє система захисту прав людини в сфері медичної діяльності. Проте існуючі труднощі потребують пошуків нових шляхів щодо, гідного забезпечення прав пацієнтів при наданні медичної допомоги.

## О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ОСВЕЩЕНИЯ ТЕОЛОГИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ СУЩНОСТИ ПРАВА

*С. Калинин*

*Белорусский государственный университет*

В советской атеистической теории права при характеристике данной теории обычно указывалось на ее разработку в интересах Церкви духовными феодалами (Фома Аквинский), на то, что при создании государства и права Бог не указывает на непосредственных лиц, формы и методы властвования. Это подавалось в контексте утверждения о реакционности данной теории, ее ненаучности, недоказуемости. Современные учебники, к сожалению, мало чего добавили к ранее написанному. Указывается, что любая светская власть производна от власти Церкви, народ же должен беспрекословно подчиняться государственной власти как продолжению власти Божественной; государство существует вечно в силу Божественной воли и т.д.

Особенностью теологической теории является ее зависимость от вида и типа религии. Это позволяет выделять древнегреческую, древнеиндийскую, древнекитайскую, шумерскую мифологии, древнеиудейскую, христианскую (православную, католическую, протестанскую) и исламскую теологии. Отметим некорректность в именовании христианских богословов (св. Иоанн Златоуст, блаженный Августин, Фома Аквинский) создателями данной теории, что является их характеристикой с позиции нерелигиозной философии, в которой выразивший мысль является ее автором. В Христианстве в историческом процессе происходит раскрытие, в том числе, философских терминах Евангельского учения. Таким образом, богослов, воззрения которого были приняты Церковью, нередко только раскрывает на научном уровне Священное Предание.

Изучение теологической теории требует изменения традиционной методологии исследования, обычно базирующейся на выделении и противопоставлении идеализма и материализма, которые появились в рамках протестантской и зачастую антирелигиозной науки. Фактически, материализм выступил противопоставлением католическому вероучению и Церкви, которые вмешивались во внецерковные и нерелигиозные отношения. В данном случае более правильным будет рассмотрение указанных методов в качестве взаимодополняющих, тем более что любая теория сущности государства и права всегда базируется на определенном воспринимаемом на веру утверждении. Так, религия и право в Древнем Мире не разделяются, а рассматриваются в качестве взаимодополняющих частей одного целого. Следовательно, выделять право из системы социальных регуляторов некорректно из-за достаточной условности границ между правом и религией, так как нормы, регулирующие отношения, которые сейчас включаются в предмет правового регулирования, вытекали из сущности религии (Синайский Завет, законы Ману).

Единым для всех теологических теорий является утверждение о справедливости как о неотъемлемом качестве права и об обязанности государства (власти) поддерживать данную справедливость (Поучение Птахотепа и т.п.). Однако содержание такой справедливости и, соответственно, вытекающие из нее нормы социального поведения зависят от доктринальных (догматических) положений религии. Такая особенность обуславливает целесообразность изучения только православных и католических теологических воззрений как оказавших наибольшее влияние на развитие Республики Беларусь. Официальная позиция Русской Православной церкви изложена в Основах социальной концепции Русской Православной церкви, изданных в 2000 г., позиция Римской Католической церкви содержится в документах II Ватиканского Собора и Катехизисе (РКК).

Христианство в отличие от иных мировоззрений не является политико-правовой доктриной, имея своей целью исцеление падшей человеческой природы, избавление человека от греха, смерти и обеспечение вечной жизни с Богом, не связывая себя с достижением политических целей ("Царство мое не от мира сего" (Ин.18.36). Формой объединения верующих служит Церковь, как двусоставный Богочеловеческий организм, Тело Христово (1 Кор. 12. 12, Еф. 1. 22-23), где Христос есть глава, верующие – члены.

В Христианстве Бог-Творец как бестелесный, невидимый, всемогущий, вездесущий дух сознательно и постепенно творит весь духовный и материальный мир по своему благому Промыслу для жизни в любви. Человек создается как двусоставное духовно-материальное существо (Быт. 2. 7) по

образу и подобию Бога (Быт. 1. 29) в целях владычествования над всем материальным миром (Быт. 1. 28) и вечной жизни. По первоначальному замыслу в мире не было зла. Человеку же для духовного возрастания и послушания была дана заповедь (предписание) о необходимости возделывания и хранения материального мира (Быт. 2. 15) и о запрете вкушения плода с дерева познания добра и зла (Быт. 2. 16). В силу своего статуса подобия Бога человек наделяется абсолютной свободой любить или отвергнуть Бога, соблюдать его заповеди или нет. Именно через нарушение заповеди (грехопадение) в мире появляется зло, грех и смерть, что в результате изменяет всю человеческую природу, а через нее и материальный мир. Однако в момент изгнания людей из Рая Бог обещает послать Спасителя (Мессию), который спасет людей от смерти и греха и примирит их с Богом. Таким образом, во время от сотворения мира до прихода Мессии (Ветхий Завет) Бог готовит людей к принятию Христа. Новый Завет представляет собой исполнение обещания, так как Бог, придя на землю в облике человека, своею смертью и Воскресением победил грех и смерть, заключив с людьми новый договор (завет), согласно которому люди могут получить утраченную вечную жизнь в Боге.

Основой христианского учения является указание на то, что мир лежит во зле (Ин. 8. 44, 1 Ин. 5. 19) и поврежденная человеческая природа тяготеет к совершению злых поступков. В ветхозаветной истории это выражалось в постоянном отказе людей от Бога, который и образует для себя народ, хранящий его заповеди и из которого по плоти придет Мессия. Бог предложил Аврааму, семидесятипятилетнему бездетному старцу, заключить с ним союз. Если Авраам будет следовать заповедям Бога, то Бог сделает потомков Авраама своим избранным народом и возьмет их под свое покровительство (Быт. 12. 1-3).

На горе Синай через Моисея Бог дает иудеям заповеди, объединенные единой целью дать людям жизнь и добро (Втор. 30. 15-18), которые в настоящее время относятся к различным социальным регуляторам. Таким образом, право выступает проявлением религии в социально-политической сфере, однако право, создаваемое в ходе истории людьми, в силу поврежденности их природы, является несовершенным. Право, в первую очередь за счет принуждения, призвано охранять определенный миропорядок, чтобы не допустить превращения мира в ад. Таким образом, если право противоречит религиозным предписаниям, оно является беззаконием. Государство является необходимым элементом социального регулирования в мире, испорченном грехом, создаваемым для ограждения общества и индивида от наиболее опасных проявлений греха. Создание государства не предусматривалось Богом для регулирования жизни людей в Раю, но вызвано именно последствиями грехопадения для совершения действий, ограничивающих грех. При этом государство может превратиться в тоталитарное самодовлеющее образование, что и свойственно нехристианским государствам.

Христианство, указав на высшую ценность человека для Бога и на разделение Божественной и светской сфер, ограничило власть государства только внешними поступками человека, который одновременно также является как гражданином государства, так и членом Церкви, что позволяет индивиду обладать определенной автономией от государства. Обычно Церковь по ряду причин рассматривается как объединение верующих, приравняемое к любой иной публичной корпорации, входящей в состав государства. Однако Церковь, имея двойственную Богочеловеческую природу, выступает Божественным учреждением, в котором Святой Дух дает людям благодатные силы для духовного возрождения, спасения и обожения. Церковь выступает как Царством "не от мира сего", так и Царством, выраженном и существующем в мире. Следовательно, Церковь и государство не могут быть разделены, однако полномочия и сферы действия их могут и должны быть разграничены, то есть государство не должно строить рай на земле. Церковь же не должна присваивать функции, принадлежащие государственной власти (Основы III. 3).

Фактическое существование Церкви на определенной территории как определенной публичной корпорации обуславливает ее контакт с государством. Священное Писание указывает на две формы правления: теократию и монархию. В период теократии израильский народ управлялся Судьями, поставленными на свое служение и ответственными только перед Богом. Иудейская идея монархии, рассматриваемой в формах теократии и деспотии, значительно отличалась от языческой, что было обусловлено свободным и непосредственным контактом человека с Богом. Языческий монарх имел божественное происхождение и олицетворял в себе государство и религию, выступая центральной фигурой религиозного культа, что в последующем позволило Аристотелю назвать формы правления государств Древнего Востока "восточными деспотиями". Так языческое тоталитарное римское государство осуществляло гонения на Церковь в первую очередь за отказ от поклонения императору

(как олицетворению государства) как богу. Однако постепенное воцерковление империи через принятие Христианства в дальнейшем обусловило проблему взаимоотношения государства и Церкви. На Востоке влияние Церкви на языческий принцип государства выразилось в VI новелле Юстиниана о симфонии между Священством и Царством, которые исходят из одного источника, возникающей при беспорочности и верности Богу первого и правильности и порядочности строя второго. На Западе Церковь, отбравшая у Империи политическую власть, стимулировала критическое отношение к светской власти и власти вообще, так как законной властью (см.: Рим. 13, 1) считалась лишь соответствующая своему предназначению. Свержение иной власти приветствовалось и оправдывалось, судьей в таком споре был Папа.

История знает следующие формы взаимодействия государства и церкви:

1. Симфония (государство и Церковь существуют равнозначно для выполнения различных функций);
2. Папацезаризм (любая власть производна от власти Римского первосвященника);
3. Цезаропапизм (государство стремится к подчинению Церкви, при дальнейшей эволюции в абсолютную монархию);
4. Государственная церковность (принцип симфонии за счет ограничения свободы вероисповедания, государство берет на себя некоторые функции Церкви, включенной в государственный механизм).

Христианство указывает на равенство всех людей во Христе вне зависимости от пола, расы, социального статуса (Гал 3. 28) и прямо предписывает любить врагов (Мф 5. 44), так как основным законом Христианства является любовь к Богу и ближнему (Ин 15. 17). При этом Христианство не стремится к достижению всеобщего фактического равенства, каждый человек сам волен распоряжаться своим имуществом (Деян 5. 2-4) указывая на то, кому больше дано с того и больше спросится (Лк 19. 12-26). Таким образом, целью Христианства является спасение людей через нравственное очищение и покаяние. По отношению к **любому** государству христиане должны подчиняться не на страх, а на совесть, так как всякая власть (в том числе и богоборческая) как таковая имеет Божественную сущность, установлена для наказания злых и поощрения добрых и дается для исправления людей. Христиане должны отказаться от подчинения государству в тех случаях, когда государство принуждает к нарушению заповедей, однако неподчинение должно быть в мирных и законных рамках (Деян 4. 19).

Формы и методы правления в теологической теории во многом определяются нравственным и духовным состоянием общества, поэтому Православная церковь, в частности, не связывает себя с какой-либо конкретной формой правления. Православная церковь в отношении с государством использует принцип пентархии и автокефалии, согласно которому границы поместных церквей определяются административно-территориальным делением. Православные обязаны соблюдать лояльность к своему государству, кроме фактов принуждения к вероотступничеству, в таком случае он призывается к исповедничеству (Основы III. 5).

Для Римского католицизма в настоящее время также не играет роли форма современного государства при условии содействия такой формы достижению блага общества в пределах морального порядка и гарантированности условий пользования свободой. Основой Римо-католической доктрины является учение об апостоле Петре как о видимом основании Церкви. Епископ Римской Церкви, преемник св. Петра, есть "глава Коллегии (Собора) Епископов, наместник Христов и пастырь всей Церкви на всей земле" (СІС кан. 331, РКК 936). Папа "обладает верховной, полной, непосредственной, вселенской властью попечения о душах" (CD 2, РКК 937), имеет право участия в непогрешимости Христа (РКК 889, 891), которая "простирается на все элементы вероучения, в том числе и морального характера, без которых нельзя сохранять, излагать и соблюдать спасительные истины веры" (РКК 2051). Теократические претензии на власть достигли своего апогея в булле Бонифация VIII "Unam Sanctum" (1302), которая гласила, что "всякому человеческому созданию совершенно необходимо повиноваться Римскому первосвященнику", что, по сути, привело к дуализму властей. Православная доктрина, считая, что апостол Петр имел первенство в любви, отрицает какую-либо юридическую власть Римских епископов как над церковью, так и над государством.

В настоящее время официальная позиция Римской Католической церкви склоняется к теории правового государства, считая себя на основе доктрины "двух мечей" источником любой государственной власти. Епископы Римской католической церкви должны пользоваться полной и совершенной свободой и независимостью от любой гражданской власти", призывают повиноваться справедливому закону и питать уважение к законно установленным властям" (CD 19).

Особенностью христианской теологии является учение о конце света (эсхатология), когда современный материальный мир будет уничтожен за грехи, произойдет всеобщее Воскресение, Страшный Суд. В результате праведники получают вечное блаженство и вечную жизнь в новом безгрешном мире, грешники же будут осуждены на вечные страдания. Концу Света будет предшествовать постоянное умаление любви, увеличение беззаконий, отказ от Христа и, как следствие, Царство Антихриста.

Таким образом, в отличие от рассмотрения истории как линейного прогресса, обосновывавшегося стремлением буржуазии изжить "устаревшие" формы правления, Христианство имеет противоположную линейность. Мировая история понимается как регресс, вызываемый умножением беззаконий, что влечет охлаждение любви (Мф 24:12) и отказ человечества от Христа (Лк 14:15-24). Это прямо указывает на историческое поражение Христианства, что позволяет возникновение иных, в том числе, антихристианских доктрин.

При практическом применении теологической теории следует учитывать, что цели Промысла Божьего и цели человеческих сообществ могут не совпадать. В силу греховности человеческой природы и умаления любви государство может стремиться к оправданию своих действий авторитетом Церкви. Церковь также может использовать для достижения своих целей государственное принуждение. Однако у человека всегда и при любых обстоятельствах остается шанс к вечному спасению (Ин 3. 16-18, Ин 6. 40).



## СИСТЕМА ПРАВА УКРАЇНИ: ДО МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ ЇЇ СТРУКТУРИ

*Р. Сивий*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Трансформаційні перетворення методології вітчизняного праводержавознавства (термін П. Рабіновича), яке за останні роки поповнилось новими, невідомими соціалістичному законодавству інститутами, потребують переосмислення ряду поглядів, що стосуються основ права. Такі засадничі ідеї становлять аксіоматичне підґрунтя для спеціальногалузевих досліджень, а їх фундаментальність дозволяє інтегрувати юридичні знання в єдину систему. Однією з них є адекватне сучасним філософським уявленням про право осмислення його структури.

За період незалежності нашої держави з'явилося багато наукових праць, в яких висвітлюються новітні проблеми права приватної власності, корпорацій, акціонерних товариств, довірчого управління майном, договірної регулювання ринкових відносин тощо. Разом з тим, поза увагою правознавців залишається проблема формування сучасного, позбавленого ідеологічного тиску розуміння системи права, її поділу на окремі структурні елементи. А дискусія щодо поділу права на приватне та публічне, якій останнім часом присвячено достатню кількість публікацій, засвідчила: вчені не знають (або не хочуть знати, оскільки в протилежному випадку доведеться відмовитися від своїх попередніх поглядів), під яким кутом зору та з яких позицій досліджувати цю проблему. Викликають подив спроби переважної більшості науковців "увігнати" такий поділ права в рамки переданого у спадок радянського розуміння структури права, не задумуючись, що остання була "обґрунтована" для спрощення традиційної, однак неприйнятної в умовах соціалізму дихотомії права.

І виходить так, що ми намагаємося побудувати новий будинок на старому фундаменті, обмежуючись при цьому лише косметичним ремонтом. В літературі такий безлад наукознавчих прийомів отримав назву "методологічної аномалії". Причиною цього є так звана "термінологічна мімікрія", суть якої полягає у тому, що у дослідницьких процесах застосовуються ідеї та методи, назви яких, хоч і звучать "модерно", однак їх використання є застарілим (або ж взагалі непридатним) у нових умовах.

Аксіологічну цінність правильного розуміння системи права важко переоцінити, адже через нього проходить гностичний шлях до пізнання онтологічної сутності самого права. А. Вишинський писав, що "система права – це ключ до пізнання самої природи, самих принципів і особливостей даного права в цілому і кожного з його юридичних інститутів зокрема". Саме тому, формуючи соціалістичне право, радянські ідеологи почали обґрунтовувати його нову структуру, в якій не було місця для приватного права.

На нашу думку, настав час переосмислити те, що за довгі роки "в'їлося" у наше сприйняття права, – його полігалузовість. Слід переглянути "зацьковані" радянською юриспруденцією теорії поділу права на приватне та публічне і виробити науково-обґрунтовану концепцію структури системи права, яка би відповідала сучасному праворозумінню.

2. Проблемі поділу права на приватне та публічне пощастило на кількість присвяченої їй літератури. Однак, це не завжди відбивається на якості наукових позицій. Нерідко вчені, аналізуючи цей поділ, обмежуються оглядом лише найбільш популярних теорій і, не з'ясувавши основних категорій, якими вони оперують, висувають "нову" концепцію, яка була обґрунтована набагато раніше.

Досить часто ця проблема вирішується поряд із розглядом іншого питання, яким названа тема певного дослідження. При цьому вона (проблема поділу права) аналізується поверхнево, незважаючи на свій фундаментальний характер. А оскільки, предмет дослідження все-таки інший, то найчастіше висновки дослідників є недостатньо обґрунтованими, або ж взагалі голосливими.

"Неодноразово спірні положення наводяться як певні постулати. Пояснюється це тим, що інколи автори не завантажують себе аналізом літератури і, відповідно, не знають про існування іншої думки. В інших випадках автор вважає, що він (і тільки він) володіє істиною в останній інстанції і, відповідно, все, що було до нього не заслуговує на увагу".

Усі наукові теорії, які стосуються дихотомії права, можна поділити на ті, що визнають або заперечують (А. Гойхбарг, М. Карева, А. Годес та інші) його наукове значення. Вчених, які визнають цей поділ також можна поділити на дві групи: одна з них вважає такий поділ права основним і розглядає приватне право і публічне право як галузі права (В. Хвостов, Ю. Гамбаров, М. Сибільов, В. Попондопуло); друга група вчених (Ч. Азімов, С. Алексєєв, С. Поленіна, Ю. Тихомиров), поділяючи систему права на більшу ніж дві кількість галузей, досліджує приватне право і публічне право як збірні поняття, функціонально-структурні підсистеми права, сфери, зони права, сукупності однорідних галузей права, наукові абстракції тощо.

Крім того, за критерієм, який ставиться в основу розглядуваного поділу, наукові теорії можна поділити на:

**матеріальні** теорії, які використовують категорії користі, мети, інтересу, суспільних відносин, юридичних відносин для розмежування приватного права і публічного права;

**формальні** теорії, які розглядають ці галузі права з позицій суб'єктного складу відносин, становища суб'єктів (свобода волевиявлення і наказ, автономія і влада, централізація і децентралізація), форми захисту, наслідків порушеного права;

**змішані** теорії, які є своєрідним синтезом перших двох, і використовують як матеріальні, так і формальні критерії.

3. Через вразливість теорій, які використовували матеріальний критерій, в кінці XIX ст. початку XX ст. було висунуто ідею, що в основу поділу системи права на дві частини – приватне та публічне – повинен ставитись формальний критерій. Для диференціації системи права представники цього напрямку використовують засоби правового регулювання.

У радянській науковій літературі такий підхід з відомих причин неодноразово критикувався. Пояснювалося це непридатністю дуалістичного поділу права, оскільки за своєю природою усе тогочасне право було публічним. А. Годес стверджував, що поєднання суспільних і особистих інтересів в соціалістичному суспільстві виключає можливість говорити про наявність у ньому поділу права на публічне і приватне. Тому цивільне право не слід розглядати як приватне право, як право виключно приватної особи. Це положення змушувало радянських ідеологів шукати інших (відмінних від тих, які пропонувалися представниками науки буржуазного права) критеріїв для визначення предмета цивільного права і його меж. І одним з таких критеріїв було запропоновано вважати... *різні сторони діяльності держави*.

Разом з тим, серед правознавців були спроби обґрунтувати (хоч і дещо завуальовано) цей поділ в рамках науки соціалістичного права. При цьому в основу відмежування цивільного права від інших галузей права – державного, адміністративного, кримінального – пропонувалося ставити "наявність свободи, самостійності та ініціативи", яка би в рівній мірі визнавалась за усіма учасниками цивільних правовідносин.

У сучасній юриспруденції дана теорія теж піддається критиці. Деякі дослідники вважають її непридатною для проведення чіткого розмежування між приватним та публічним правом, оскільки можна простежити взаємопроникнення основних начал однієї галузі в іншу. Як правило, серед аргументів "проти" наводять наявність у приватному праві інституту публічного договору, договору про приєднання; норм про недійсність угод щодо зміни строків позовної давності, щодо відмови довірителя від права скасувати довіреність; а у публічному – адміністративного договору тощо.

Можна погодитися з тезою про те, що існують "елементи "вкраплення" публічного права в приватне", однак, це не заважає провести більш-менш чітку межу між розглядуваними галузями. Як стверджував Я. Миколенко, аналізуючи особливості цивільних відносин, закон може приписувати ті чи інші елементи правовідносин в окремих випадках як обов'язкові для його учасників, він може приписувати учасникам цивільних правовідносин виражати свою волю при певних обставинах в певній формі чи у певному напрямку, але, поряд з цим, цивільний закон надає їм в тій чи іншій мірі *рівну свободу волевиявлення* (курсив наш – Р.С.), без якої, як правило, немає цивільних правовідносин. Наприклад, інститут публічного договору. Наявність певних обмежень свободи договору (відсутність права вільно обирати контрагента, відмовитись від укладення договору, обов'язок встановлювати однакові для усіх споживачів умови договору без надання переваг одній особі перед іншою) не заперечує основного: у однієї із сторін даної угоди, яка є суб'єктом підприємництва, залишається право вільно та самостійно вирішувати питання про доцільність здійснення певних видів діяльності, а відповідно вступати чи не вступати у зобов'язальні правовідносини. Крім того, сторони розглядуваного договору завжди рівні. Тому цей інститут слід відносити до сфери приватного права.

4. Загалом же резюмуємо, що таке розмаїття теоретичних міркувань щодо поділу права на приватне та публічне свідчить про багатоаспектність цієї проблеми та необхідність її комплексного монографічного дослідження, яке б враховувало "параметри" як матеріальні, так і формальні. При цьому потрібно буде уточнити й конкретизувати зміст таких понять, як інтерес в праві, предмет правового регулювання, метод правового регулювання, галузь права, з'ясувати співвідношення між приватним правом та цивільним правом, аби зрозуміти діалектичну взаємообумовленість критеріїв, які використовуються саме для дуалістичного поділу системи права.

**ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ПРАВА***Н. Левицька**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Реформування сучасної правової системи України потребує вдосконалення, насамперед, національної системи права. Таке вдосконалення має базуватися на аналізі поняття та структури системи права, її елементів. Серед елементів в системі права значну роль відіграє інститут права.

У юридичній літературі проблеми інституту права висвітлюються у працях Алексєєва С.С., Кермова Д.А., Марченка Н.Н., Полєніної С.С., Піголкіна А.С.

Проте ряд питань залишилися малодослідженими, зокрема, щодо ознак, принципів інститутів права. Термін інститут права в юридичній літературі є одним із найбільш вживаних. Інститут права розуміється як щось середнє між нормою і галуззю права. Так, Л.І. Дембо ще в 1958 р. відзначив, що допускається зловживання цим, а також широке його застосування до будь-яких правових явищ. Існують різні точки зору щодо поняття "інституту права", зокрема, під ним розуміють групу норм, яка об'єднана загальногалузевим методом, що регулює певний вид суспільних відносин (Йоффе О.С.); угруповання норм права певної галузі чи підгалузі, що регулює конкретний вид чи сторону однорідних суспільних відносин (Копейчиков В.В.); систему взаємопов'язаних норм, які регулюють відносно самостійну сукупність суспільних відносин, або будь-які їхні компоненти, властивості (Піголкін А.С.); систему юридичних норм, які регулюють певну групу однорідних суспільних відносин (Рабінович П.М.); підрозділи (групи) юридичних норм всередині галузей (Алексєєв С.С.); інститут права є підсистемою системи галузі права (Керімов Д.А.); об'єктивно відокремлена всередині однієї галузі або кількох галузей права сукупність взаємопов'язаних юридичних норм, які регулюють невелику групу видових споріднених відносин (Марченко Н.Н.).

Інститут права формується об'єктивно та в межах відповідного виду відносин. Він має забезпечити викінчене регулювання. Це зумовлює включення відповідних норм до складу інституту. Водночас він є складовою частиною галузі та системи права. За певних умов інститут права може сформуватися у підгалузів або галузів права. Для визначення місця інституту права в системі права має значення характеристика його внутрішньої організації, структури. Для структури інституту права характерна наявність комплексу юридичних норм, між якими існують стійкі, закономірні зв'язки, які відображаються в юридичній конструкції. На формування інститутів права та їх диференціацію і інтеграцію впливає ряд системоутворюючих факторів.

Класифікація інститутів права є багатоманітна та неоднорідною за своїм значенням. У науковій юридичній літературі існують точки зору щодо цього питання. Зокрема, В.Лучин, відповідно до структурно-функціональних критеріїв розрізняє генеральні інститути, основні інститути, субінститути та одноелементні інститути. С. Полєніна вирізняє особливу групу інститутів, так званих міжгалузевих функціональних і міжгалузевих "прикордонних" інститутів, до того ж інститути утворюють підгалузі права (конституційне право утворює більш складні елементи системи конституційного права – виборче право – підгалузі права, парламентське право, генеральні інститути – інститут основ конституційного ладу України), основні інститути – інститут громадянства, субінститути – інститут депутатського запиту, одноелементні інститути – інститут Державного Гімну України, а також комплексні міжгалузеві інститути – інститут передвиборчої агітації. Так, Алексєєв С.С. поділяє інститути за галузями права на регулятивні та правоохоронні, предметні і функціональні, загальні, комплексні, галузеві комплексні інститути. За складом інститут права може поділятися на складні і прості. Простий інститут не містить в собі ніяких структурних підрозділів. На противагу простому, складний інститут має у своєму складі дрібні самостійні утворення.

Інститути поділяються за галузями права – на цивільне, кримінальне, трудове, адміністративне і т.п. За змістом вони розмежовуються на матеріальні і процесуальні. Процесуальне і матеріальне право співвідносні за формою і змістом. Процесуальні правові норми є формою реалізації і виявлення норм матеріального права. Головною особливістю процесуальних норм є їх суб'єктивність, тоді як норми матеріальні об'єктивні. Процесуальне право зобов'язане своїм виникненням матеріальному праву

(цивільному, кримінальному, адміністративному). Крім того, особливості процесуального права визначаються вимогами процесу реалізації норм матеріального права. Предмет правового регулювання процесуальних норм включає в себе суспільні відносини, які виникли в процесі реалізації норм всіх галузей права.

Галузевий інститут складається з норм однієї конкретної галузі права, а міжгалузевий (змішаний) – із норм двох або більше галузей права. Найчисельнішим є галузеві інститути права: інститути громадянства, оподаткування, права на спадщину, тощо. Кожний з них має власний предмет, метод регулювання, правовий режим. Міжгалузеві інститути права ширші за обсягом: до їх складу входять норми різних галузей права. Вони виникають на стику суміжних галузей права. Так, інститут юридичної відповідальності за хуліганство включає норми адміністративного та кримінального права. Формування міжгалузевих інститутів спричинене тісним контактуванням на певній ділянці предметів регулювання суміжних однорідних галузей права, їх проникненням, яке обумовлене існуванням "прикордонних" суспільних відносин. В результаті на межі вказаних галузей утворюються зони, які регламентують єдині по суті суспільні відношення, володіючи своїми відтінками, модифікаціями, обумовленими специфікою тієї чи іншої галузі. Сформований "прикордонний" інститут може розвиватись в декількох напрямках. Можливий зворотній розвиток "прикордонного" інституту, тобто варіант, коли він буде розвиватись здебільшого як інститут "материнської" галузі права. В даному випадку принесені риси іншої суміжної однорідної галузі права будуть займати все меншу питому вагу в регламентації даних відносин і, таким чином, інститут поступово втратить свій комплексний характер. Можливий і інше варіант, коли в міру подальшого розвитку "прикордонного" відношення, число "запозичених" рис буде неухильно збільшуватись, а сам інститут почне "спеціалізуватись" в якості інституту суміжної галузі. В кінцевому результаті такий процес також приведе до того, що даний інститут втратить свій комплексний характер і перейде із системи "материнської" галузі права в систему суміжної однорідної галузі. Але в процесі "спеціалізації" "прикордонних" інститутів нерідко настає момент, коли число "материнських" і "запозичених" рис так би мовити урівнюється, стає майже рівновеликим. Тут відношення "прикордонного" інституту до тої або іншої галузі права носить по суті умовний характер. Якщо стан подібної "рівноваги" продовжується досить довго, то можлива "мутація" взаємодіючих в рамках даного комплексного інституту і рис суміжних однорідних галузей права. Спочатку вона може виявитись у вигляді лише в незначній модифікації предмету, методу, а також механізму правового регулювання, не характерних раніше даним галузям права. Але, зберігаючись довгий час, така "мутація" може прийняти стійкий характер, поступово поглиблюючись і розширюючись, надаючи "прикордонному" інституту нові якості і властивості. Цей варіант розвитку "прикордонного" інституту приводить частіше всього до подальшої появи галузі права.

Від змішаних –міжгалузевих інститутів потрібно відрізнити комплексні інститути. До комплексних інститутів права входять менші обсягом частини, тобто підрозділи комплексних галузей права. Так, комплексний інститут права власності, наприклад складається з державної, приватної та комунальної власності.

В літературі висловлюються думки про існування поряд з міжгалузевими також підгалузеві інститути, в рамках яких проходить так би мовити вторинне перегрупування норм даної галузі права, охоплюючи різними галузевими інститутами. Підгалузь – це складне угруповання інститутів і їх об'єднань (наприклад, авторське право, спадкове право, зобов'язальне право у цивільному праві). Для них характерна висока ступінь спеціалізації, диференціації та інтеграції правових норм, які входять до її складу. В підгалузі є деякі загальні норми

Між інститутами в середині галузі може існувати субординація, підпорядкування. Дрібні частинки інституту нерідко утворюють самостійні підрозділи, які називаються тубінститутами (О.С.Йоффе). Такі утворення всередині інститутів являють собою асоціації норм, які розрослись. Так, наприклад субінститути фінансової дисципліни, дисципліни праці, майнової відповідальності.

В тих випадках, коли спостерігається нашарування – "багатоповерховість" завжди існує завершеність. Інститут, який об'єднує групу інститутів називається генеральним інститутом. Наприклад, інститут дисципліни праці, інститут злочинів проти власності.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що інститут права є однією з основних складових частин системи права. Як правило, під інститутом права у юридичній літературі розуміють

систему юридичних норм, що регламентують певний вид чи групу однорідних суспільних відносин. Інститут характеризується такими юридичними ознаками: має об'єктивний характер, так, як відображає об'єктивно існуючі суспільні відносини; складовою частиною галузі та системи права в цілому; складається з юридичних норм, які і утворюють певний комплекс; регламентують групу чи вид однорідних суспільних відносин; юридична єдність правових норм.

Класифікувати інститути права можна за різними критеріями. До основних видів можна віднести: за складом (прості і складні); за функціями у правовому регулюванні (регулятивні, охоронні); за змістом норм (матеріальні і процесуальні); за обсягом (галузеві і міжгалузеві); за предметом (інститут конституційного права, інститут цивільного права, інститут адміністративного права).

## ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ТА ЇЇ ЕЛЕМЕНТИ ЯК ВЛАСТИВОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРАВА

*Т. Санжарук*

*Одеська національна юридична академія*

В суспільному житті всі суб'єкти права виконують багато різноманітних функцій. Їх особливості залежать від положення суб'єктів права в системі суспільних відношень. Різні життєві ситуації потребують виконання певних соціальних ролей, якщо такі обставини повторюються, то вони нормативно закріплюються, тобто відбувається впорядкування і врегулювання суспільних відносин. Основним інструментарієм, що наділяє всіх суб'єктів права здатністю бути носієм суб'єктивних прав і юридичних обов'язків при виникненні певних соціальних ролей, є право. Наділення людей суб'єктивними правами і юридичними обов'язками передбачає досягнення певної мети, яка в державі виражається у задоволенні потреб та інтересів як самих носіїв прав і обов'язків, так і потреб усього суспільства в цілому. Вступивши у правовідносини їх учасники, а ними можуть бути не лише окремі індивіди (фізичні особи), але й інші суб'єкти, переважно юридичні особи (наприклад, підприємства, установи, організації), які відповідно до законодавства є носіями прав та обов'язків і тому також визнаються суб'єктами права, повинні бути наділені законом певними властивостями, сукупність яких утворює поняття правосуб'єктності. Реалізація суб'єктами права своїх суб'єктивних прав і юридичних обов'язків відбувається при наявності такої складної юридичної властивості як правосуб'єктності та її елементів, які є можливістю і здатністю особи бути суб'єктом правовідносин з усіма правовими наслідками.

*Правосуб'єктність* – це передбачена нормами права здатність виступати учасником правовідносин.

Традиційно правосуб'єктність складається з таких елементів як правоздатність, дієздатність і деліктоздатність. Ця категорія має об'єднуючий характер і відображає ситуації, коли правоздатність і дієздатність є невід'ємними одна від одної за часом (наприклад, у колективних суб'єктів права правоздатність і дієздатність завжди збігаються за часом виникнення і дії).

В останні роки в юридичній літературі такі правові категорії як правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, деліктоздатність є предметом дослідження, як вчених-теоретиків, так і правознавців галузевих наук, таких як: С.С. Алексєєв, В.В. Копейчиков, В.О. Котюк, А.В. Міцкевич, А.В. Малько, Ю.С. Мацулевич, Є.Є. Мачульський, П.М. Рабінович, І.М. Сирота, Є.О. Харитонов, М.В. Цвік та багатьох інших. Наслідком таких досліджень є роботи в області теорії права, конституційного права, адміністративного права, цивільного права і т.п. У сферах досліджень цих категорій між науковцями виникла дискусія. По різному визначаються не тільки їх поняття, а й властивості.

Метою даної статті є аналіз робіт вітчизняних і зарубіжних вчених-юристів з урахуванням їх позицій щодо поставленого питання, які виступають найважливішою передумовою для подальшого розгляду цих категорій у сучасному правознавстві.

В теорії права правосуб'єктність визначається як здатність особи бути суб'єктом права, мати права і обов'язки, брати участь у правовідносинах. Слід зазначити, що категорія правосуб'єктності протягом довгого часу ототожнювалась з правоздатністю і дієздатністю.

В юридичній літературі висловлюються різні погляди на визначення змісту правосуб'єктності. Більшість з авторів не надають відповідній правової категорії самостійного значення і розглядають не як окремих правовий засіб, а як узагальнююче поняття, яке відображає наявність в учасника правовідносин певних юридичних властивостей (правоздатність і дієздатність) в їх нерозривній єдності. Так, наприклад, "під правосуб'єктністю фізичних і юридичних осіб розуміється наявність у них властивостей правоздатності та дієздатності".

*Правоздатність* – це визнана державою можливість суб'єкта мати передбачені законом юридичні права і обов'язки, здатність бути їх носієм. Правоздатність громадянина виникає в момент його народження і припиняється із смертю, також правоздатність може виникнути і до народження дитини (з питань спадщини). Згідно з діючим законодавством ніякий громадянин не може бути

позбавлений правоздатності. Правоздатність це така правова властивість, яка не може бути передана іншим особам.

В юридичній літературі з теорії права деякі автори правоздатність поділяють на загальну, спеціальну та специфічну.

Загальна правоздатність – це здатність бути суб'єктом права взагалі, володіти будь-якими з передбачених діючим законодавством правами і обов'язками.

Спеціальна правоздатність пов'язана із спроможністю суб'єкта виступати у правовідносинах певної галузі, здатністю, що пов'язана з певними особливостям. Вона потребує спеціальних знань (наприклад, правоздатність лікаря, мільйонера, інваліда, дитини тощо). Правоздатність юридичних осіб є завжди спеціальною. Вона виникає з моменту їх державної реєстрації, а в окремих випадках згідно з діючим законодавством про підприємницьку діяльність – з моменту отримання ними ліцензій на спеціально визначені види діяльності. Саме з моменту їх офіційної реєстрації вони мають право своїми діями набувати юридичних прав і обов'язків і нести юридичну відповідальність. Правоздатність юридичних осіб припиняється разом з їх ліквідацією і обмежена тими завданнями і правомочностями, які зафіксовані в статутах і положеннях цих юридичних осіб.

На думку Ю.С. Мацулевича, О. Мачульської та Ж. Горбачової у змісті правоздатності можна виділити дві групи юридичних можливостей: постійні та змінні. Зміст постійної частини створює сукупність юридичних можливостей бути носієм прав і обов'язків на всі без винятку види забезпечення. На відміну від першої, зміст змінної частини (непостійної) завжди персоніфіковано, і він є конкретним. Та чи інша сукупність таких можливостей правоволодіння складає зміст змінної частини правоздатності конкретного громадянина і залежить від стану здоров'я, віку тощо. Обсяг змісту другої частини правоздатності протягом життя громадянина змінюється. Настання постійної і змінної частини галузевої правоздатності не збігаються за часом. Перша виникає з дня народження, а друга – після досягнення певного віку.

Галузеві норми, які регламентують різні види соціального забезпечення, встановлюють додаткові умови, від яких залежить правоздатність. Серед них є і правомірні дії без наміру породити певні наслідки – вчинки (трудоий стаж, материнство), і події (факт перебування на утриманні, у родинних стосунках тощо). Для того, щоб бути суб'єктом соціально забезпечувальних відносин необхідна наявність також дієздатності.

*Дієздатність* – це передбачена нормами права здатність індивіда самостійно, своїми усвідомленими діями здійснювати (використовувати і виконувати) суб'єктивні юридичні права, обов'язки і нести відповідальність. При цьому обсяг дієздатності залежить від віку, фізичного стану особи, а також інших особистих якостей людини, які з'являються у неї по мірі розумового, фізичного, соціального розвитку.

Наприклад, у праві соціального забезпечення однозначного підходу до визначення дієздатності не існує (визначають "загальну", "суб'єктивну" і "спеціальну" дієздатність). Одні автори вважають, що дієздатність виникає одночасно з правоздатністю. Так, наприклад, І.М. Сирота вказує, що громадяни стають дієздатними у названому праві одночасно з правоздатністю до вступу в соціальне забезпечувальні правовідносини. На думку інших авторів дієздатність може бути відокремлена від правоздатності. Дієздатність у праві соціального забезпечення у різних верств населення виникає у неоднаковий час і у межах одного типу правовідносин. У окремих уповноважених осіб обсяг змісту дієздатності може бути різним. Вона поділяється на загальну дієздатність (набувати своїми діями права на окремі види забезпечення, здійснювати права і обов'язки у соціальному забезпеченні, нести відповідальність за неправомірну поведінку) і суб'єктивну (сукупність можливих юридичних дій з реалізації прав конкретної особи). Б. Сташків відзначає, що у праві соціального забезпечення достатньо двох видів: повної і часткової дієздатності, що передбачається у окремих випадках.

В цивільному та деяких інших галузях права розрізняють правоздатність і дієздатність. Цивільна правоздатність – це здатність мати цивільні права та обов'язки (ч.1 ст.25 ЦК України). Вона виникає у момент народження та припиняється у момент смерті громадянина. У деяких випадках момент настання правоздатності може встановлюватися законом залежно від досягнення особою відповідного віку (ч.3 ст.25 ЦК України). Обсяг цивільної правоздатності є однаковим для всіх фізичних осіб (ст.25 ЦК України) і юридичних осіб (ст.68 ЦК України). Дієздатність – це здатність своїми діями набувати для себе цивільні права і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. У Цивільному кодексі України виділяються такі види цивільної дієздатності:



повна, часткова, неповна і обмежена. Обсяг дієздатності фізичної особи залежить від рівня інтелектуальної та вольової зрілості особи. Повна цивільна дієздатність настає, за загальним правилом, у віці 18 років. Дієздатність об'єднує поняття *деліктоздатності*, тобто здатності нести самостійну юридичну відповідальність за наслідки своїх дій.

Проте деякі автори до правосуб'єктності крім правоздатності і дієздатності, останню поділяють не тільки на деліктоздатність, але й на *угодоздатність*, тобто здатність особи укладати угоди.

На думку інших авторів, які також виходять за межі звичного двоскладового визначення змісту правосуб'єктності юридичної особи, зараховують до елементів цього змісту, поряд з правоздатністю і дієздатністю, деліктоздатність, *тестаментоздатність* і *трансдієздатність*. Тестаментоздатність – це здатність особи залишати заповіт і бути спадкоємцем. Трансдієздатність – це здатність особи своїми діями створювати для інших суб'єктів права суб'єктивні права і юридичні обов'язки, і його здатність приймати на себе права і обов'язки, що виникають у результаті дій інших осіб.

З погляду ефективності запропонованих підходів до розкриття суті правосуб'єктності становлять, що "гарантовані законом можливості бути носієм прав і обов'язків, набувати їх, користуватися ними і виконувати їх". З наведеною тезою перегукується та конкретизує її інша теза "узагальнюючим виявом можливостей суб'єкта права", який дозволяє з'ясувати механізм участі юридичної особи у цивільному обороті. З урахуванням двох наведених визначень та "перенесення" їх у царину відповідальності можемо дійти, зокрема, того висновку, що правосуб'єктність особи має передбачати як саму можливість несення нею обов'язків певної галузевої відповідальності (йдеться про юридичну властивість), так і необхідність урахування певних особливостей, притаманних правовій конструкції юридичної особи при регламентації порядку застосування і реалізації майнової відповідальності юридичних осіб.

Таким чином, правосуб'єктність обумовлюється здатністю суб'єкта права бути учасником правовідносин (суб'єктом правовідносин, визначених певною галуззю права) і характеризується наявністю правоздатності і дієздатності як складових частин правосуб'єктності. Перший елемент зазначеного вияву суті правосуб'єктності зумовлює закріплення за особами (фізичними і юридичними) у сфері, наприклад, цивільних, правоохоронних відносин повного обсягу цивільної правоздатності, тоді як другий передбачає необхідність:

1) визначення специфіки реалізації дієздатності фізичних і юридичних осіб при вчиненні правопорушень; 2) закріплення в законі диспозитивного правила про самостійну відповідальність особи і всім належним їй майном, щодо юридичної особи – наявності особливих застережень щодо розмежування відповідальності юридичних осіб та їх засновників (учасників); 3) встановлення особливого порядку реалізації відповідальності осіб певних організаційно-правових форм, щодо юридичних осіб конкретизації підстав для несення відповідальності за дії третіх осіб.

Серед науковців вважається, що правосуб'єктність охоплює правоздатність, дієздатність і правовий статус. Таке трактування вони обумовлюють тим, що кожний суб'єкт права внаслідок самої дії закону, тобто незалежно від участі в тих чи інших правовідносинах, наділений певним комплексом прав і обов'язків, які створюють його правовий статус, а правовий статус має особливе, визначальне значення для правового регулювання поведінки осіб і служить передумовою конкретних взаємовідносин між ними, зумовлює зміст поведінки особи в різних життєвих ситуаціях.

"Сутність правосуб'єктності полягає в тому, що вона визначає ті юридично значущі характеристики, які перетворюють реальну (персональну індивідуалізовану) особу на носія того чи іншого статусу".

Таким чином, правосуб'єктність визначає те, якими саме властивостями повинні володіти суб'єкти права для набуття суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Щодо категорій "деліктоздатність", "тестаментоздатність" і "трансдієздатність", то в повній мірі можна говорити як про елементи дієздатності, а відносно "угодоздатності", за деякими винятками, вона може вважатися складовою дієздатності. Необхідно зазначити, що подальші теоретичні розробки вище зазначених категорій мають велике значення у подоланні практичних проблем і законодавчих прогалин, а також сприяють удосконалюванню законодавства і реалізації суб'єктами права своїх суб'єктивних прав і юридичних обов'язків у правовідношеннях.

## ДИСКУСІЙНІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ПРАВОЗАСТОСУВАЛЬНОГО РОЗСУДУ

*М. Рісний*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Передусім варто зазначити, що цей виступ має на меті не лише сформулювати основні дискусійні проблеми правозастосувального розсуду, але й окреслити у загальних рисах можливі варіанти їх вирішення.

Мабуть, зайвим є згадувати про те, що однією з найбільш актуальних проблем сучасного правозастосування є проблема розсуду суб'єктів, які уповноважені впроваджувати у життя юридичні норми. Особливу увагу привертає питання визначення сфери існування правозастосувального розсуду, з тим аби чітко окреслити ситуації правозастосування, в яких правозастосувальний суб'єкт не володіє розсудом.

Вказана проблема є комплексною за характером, а тому при її розгляді умовно можна виділити декілька аспектів:

1. Останні тенденції розвитку чинного законодавства України та міжнародно-правових актів свідчать про збільшення кількості правових положень із відносно визначеним змістом. Все це обумовлює розширення переліку ситуацій, в яких правозастосувальні суб'єкти користуються розсудом. У зв'язку з цим важливо визначити ті напрямки (галузі) правового регулювання, де розширення кількості випадків надання правозастосувального розсуду сприятиме підвищенню якості та ефективності правового регулювання, а також вказати на суспільні відносини, щодо яких делегування правозастосувального розсуду є небажаним.
2. Винятково важливим є й окреслення переліку тих ситуацій, за яких правозастосувальний суб'єкт не володіє розсудом з огляду на наявність лише одного визначеного законом варіанта правового рішення того чи іншого питання. Окреслення такого переліку можливе шляхом чіткого дефініювання підстав розсуду, а також аналізу тих факторів ситуації правозастосування, котрі призводять до виникнення у правозастосувального суб'єкта помилкового переконання про наявність у нього розсуду у конкретній ситуації правозастосування.

Делегування суб'єкту розсуду при правозастосуванні залежить від наявності низки об'єктивних факторів – підстав розсуду. Відсутність останніх означає існування лише одного варіанта законного рішення правового питання, а отже, розсуд як право вибору між двома і більше можливими варіантами виключається. Твердження про право суб'єкта правозастосування на розсуд в усіх ситуаціях виправдовувало б абсолютну нестабільність правової системи, оскільки у такій ситуації будь-яка правова проблема мала би більш ніж одне законне вирішення. За таких умов кількість позовів про захист "порушених" прав чи інтересів зростає у десятки разів, адже будь-яка сторона у правовідношенні отримала б невеликий, але все ж таки шанс на перемогу. Однак більшість правових норм не породжує жодних проблем щодо розуміння їх змісту і практичного застосування.

Хоча проблема підстав розсуду і досліджується у правовій літературі з огляду на необхідність визначити сферу існування цього явища, тобто вказати на ситуації, в яких розсуду взагалі не існує, однак досі не вироблено більш-менш уніфікованого підходу до визначення поняття підстав розсуду. Більшість вчених навіть не намагається цього робити, обмежуючись перерахунком і аналізом окремих з них.

Беззаперечним є те, що підстави розсуду є об'єктивними категоріями, а отже, їх наявність чи відсутність не залежить від суб'єктивної волі правозастосувального органу. У той же час саме на нього покладається обов'язок з'ясувати питання про їх існування, оскільки від цього залежатиме делегування розсуду при вирішенні конкретної справи.

Враховуючи вищенаведене, підстави розсуду можна визначити як об'єктивно існуючі елементи правової системи, які безпосередньо зумовлюють необхідність вибору суб'єктом правозастосування одного з дозволених правом варіантів правозастосувального рішення.

Ухвалення будь-якого правозастосувального рішення є складним інтелектуальним процесом, який включає обов'язкове врахування компетентним суб'єктом численних факторів і обставин – детермінант, що тією чи іншою мірою впливають на зміст такого рішення. У випадку такого правозастосування, яке характеризується делегуванням правозастосувальному суб'єкту можливості певного розсуду, значення згаданих детермінант є, безсумніву, особливо важливим, оскільки саме вони "спонукають" правозастосувального суб'єкта до вибору конкретного варіанта рішення із кількох, котрі припустимі за законом. Саме тому проблема визначення більш-менш чіткого переліку детермінант правозастосувального розсуду, їх характеристика та вплив на правозастосувального суб'єкта є винятково важливими.

На нашу думку, детермінантами правозастосувального розсуду є а) правові норми, б) обставини конкретної справи, в) свідомість правозастосувального суб'єкта та г) інші соціальні фактори, що ними характеризується ситуація правозастосування. Тому, враховуючи наведене, *детермінанти правозастосувального розсуду можна визначити як правові та неправові явища соціальної дійсності, котрі тією чи іншою мірою впливають на процес вибору правозастосувальним суб'єктом одного із дозволених правом варіантів рішення.* Зовнішньою формою виразу впливу таких детермінант на правозастосувальне рішення є його мотивація (обґрунтування), в якій компетентний суб'єкт викладає свої міркування щодо причин і мотивів, котрі спонукали його до прийняття саме такого, а не іншого рішення.

Питання класифікації детермінант правозастосувального розсуду, а так само з'ясування їхнього змісту вирішується у юридичній літературі неоднозначно.

Деякі вчені вважають, що правові норми впливають на правозастосувальний розсуд лише шляхом закріплення у своєму змісті меж такого розсуду. Межі розсуду визначаються ними як будь-які (правові чи неправові) правила, принципи, що їх зобов'язаний дотримуватися орган, котрий здійснює правозастосування.

Інші ж науковці розрізняють поняття меж розсуду та його критеріїв. Межі розсуду визначаються ними як правові положення, котрі лімітують можливість вибору правозастосувального суб'єкта, а критерії – як ті вимоги чи засади, котрі змістовно обумовлюють вибір конкретного правозастосувального рішення.

Наведені позиції не є достатньо чіткими, формалізованими. Окрім того, на нашу думку, небеззаперечним є підхід, який передбачає об'єднання у категорії меж і критеріїв розсуду явищ як правового, так і не правового характеру, оскільки "неправові" явища, з огляду на їхню природу, не є формально обов'язковими до врахування, а отже, можуть і не "обмежувати" обсяг розсуду за відсутності у правозастосувального суб'єкта зацікавлення зважати на них.

З огляду на вищенаведені міркування, пропонуємо наступну класифікацію детермінант правозастосувального розсуду.

Ті детермінанти, котрі закріплені правом, є формально обов'язковими для правозастосувального суб'єкта і визначають обсяг його розсуду, можна вважати межами останнього. Іншими словами, межі розсуду є, зазвичай, чіткими, жорстко встановленими рамками вибору, вийти поза які правозастосувальний суб'єкт не має права.

Ті ж детермінанти розсуду, які передбачені нормами права, є формально обов'язковими і підлягають врахуванню суб'єктом правозастосування при здійсненні ним вибору оптимального рішення у рамках обсягу розсуду, слід вважати його критеріями. Таким чином, критерії розсуду "спонукають" правозастосувального суб'єкта до ухвалення одного з варіантів рішення, окреслених межами розсуду.

Детермінанти розсуду, котрі не закріплені у правових нормах, а отже, не є обов'язковими, однак впливають на процес ухвалення "углядового" рішення, можна вважати факторами розсуду. Хоча такі фактори й не є формально обов'язковими до врахування суб'єктом правозастосування, однак їх належне врахування є, зазвичай, певною гарантією нескасування наглядовими інстанціями такого рішення.

Окремою детермінантою розсуду, яка не входить до жодного із наведених вище видів, є правосвідомість суб'єкта правозастосування. Її значення у процесі формування переконання суб'єкта правозастосування, а отже, і вплив на вибір одного із дозволених варіантів правозастосувального рішення є беззаперечним. Адже правосвідомість виступає тим середовищем, в якому

правозастосувальний суб'єкт здійснює багатаспектну оцінку порівняльного значення кожного із критеріїв чи факторів розсуду.

Окремим видом детермінант правозастосувального розсуду є, як відзначалось, фактичні обставини справи, в якій ухвалюється рішення. У більшості випадків реалізації розсуду конкретні обставини справи враховуються правозастосувальним суб'єктом з огляду на вказівку правової норми про обов'язковість такого врахування. У такій ситуації вказані обставини детермінують розсуд опосередковано, через "дію" його критеріїв. Подібним є характер впливу обставин справи на зміст ухвалюваного рішення за умови існування узагальнень судової та іншої правової практики, оскільки вони, конкретизуючи зміст правових приписів містять, зазвичай, перелік тих обставин справи, на які варто звернути увагу при ухваленні рішення.

Вирішення питання про методологію та методи дослідження правозастосувального розсуду є, безперечно, необхідною й важливою передумовою проведення глибокого, комплексного та детального з'ясування питання про природу, причини, детермінанти, складові елементи і правила реалізації розсуду у процесі правозастосування. Вирішення вказаної проблеми тісно пов'язане із науковим завданням щодо проведення загальнотеоретичного аналізу проблем, які виникають у процесі реалізації правозастосувального розсуду як національними, так і міжнародними суб'єктами.

Розгляд питання про методологію дослідження правозастосувального розсуду повинен ґрунтуватися на загальноприйнятому підході до визначення методології права взагалі та методології теорії права зокрема. З огляду на це, *методологію дослідження правозастосувального розсуду можна розглядати як систему підходів і методів, способів і засобів пізнання цього розсуду (закономірностей його виникнення, побудови та впливу на інші правові явища).*

На особливості дослідження правозастосувального розсуду впливають: а) об'єкт дослідження, яким виступає правозастосувальна діяльність як національних, так і міжнародних органів, у процесі котрої ці органи реалізують належний їм розсуд; б) предмет дослідження, тобто закономірності такої діяльності; в) не з'ясований однозначно стан об'єкту дослідження, що передбачає наявність альтернативних варіантів вирішення існуючих проблем (так, у правовій науці ще немає єдності думок щодо визначення загального поняття правозастосувального розсуду, його місця і соціальних наслідків у процесі правозастосування тощо); г) необхідність забезпечення обґрунтованості результатів дослідження; д) можливість використання результатів останнього у правозастосовній практиці. Саме ці чинники змістовно обумовлюють "набір" тих методів, котрі використовуються при дослідженні правозастосувального розсуду.

Таким чином, метод дослідження правозастосувального розсуду – це складна система засобів і прийомів, які використовуються для пізнання закономірностей правозастосувальної діяльності як національних, так і міжнародних органів, що характеризується реалізацією останніми належного їм розсуду.

До ознак методу дослідження правозастосувального розсуду можна віднести:

1. Він є частиною методології правозастосувального методу і разом з останньою (як її структурний елемент) входить до складу методології загальної теорії права;
2. Вказаний метод включає у себе прийоми і засоби, які використовуються як для дослідження правових, так й інших соціальних явищ, з'ясування характеру яких має значення для вирішення питання про природу правозастосувального розсуду;
3. Вказаний метод є системно-структурованим поняттям, оскільки усі його складові елементи (прийоми і засоби дослідження) формують певну централізовану та чітко ієрархізовану систему.

Серед методологічних проблем, які постають у процесі загальнотеоретичного дослідження правозастосувального розсуду, можна виділити проблему "різногалузевості" дискреційних правових норм, які аналізуються з метою виявлення істотних рис розсуду, що ними делегується. Так, у кримінальному, кримінально-процесуальному, фінансовому та інших галузях публічного права правозастосувальний розсуд, зазвичай, є вузьким; він обмежений більшою кількістю факторів, аніж у галузях права приватного. Це, у свою чергу, ускладнює процес формулювання загальнотеоретичного висновку щодо обсягу правозастосувального розсуду та його детермінант.

Важливою методологічною проблемою, яка постає у процесі дослідження правозастосувального розсуду, є оптимізація такого розсуду (йдеться, зокрема, про надання або позбавлення, доцільність (недоцільність) розширення чи звуження, розсуду при вирішенні конкретних

правових питань). Вказана проблема пов'язана із інтерпретацією поняття істинності. Як відзначається у літературі: "...коли поняття істинності інтерпретувати як відповідність суспільнознавчих положень об'єктивним інтересам (потребам) окремих людей або окремих частин соціально неоднорідного суспільства, тоді доведеться визнавати плюралізм істини..." (Рабінович П.М. Основи загальної теорії держави та права. – К. – 2001. – С.170 – 171.). З огляду на це, скажімо, істинність висновку про доцільність розширення дискреційних повноважень судів щодо нагляду за проведенням досудового слідства у кримінальних справах буде беззаперечною для представників судової гілки влади, однак, безперечно, ставитиметься під сумнів працівниками слідчих органів.

Безсумніву, наведений у даному виступі перелік дискусійних проблем теорії правозастосувального розсуду не є вичерпним. Поряд з тим, зростаюча актуальність проблематики правового розсуду обумовлюють об'єктивну необхідність проведення подальшого ґрунтовного аналізу проблем теорії правозастосувального розсуду.

## ПРАВОСВІДОМІСТЬ МОЛОДІ: ЗАГАЛЬНІ, ГРУПОВІ, СПЕЦИФІЧНІ РИСИ

*І. Омельчук*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Правосвідомість молоді являє собою відносно самостійне духовне утворення, що займає особливе місце в структурі суспільної правосвідомості. Особливість правосвідомості молоді пояснюється рядом факторів. Так, А.М. Чікішев пояснює відносну самостійність правосвідомості молоді такими факторами: а) вік, б) гострота сприйняття зовнішнього світу і особливість реакції на соціальні умови, в) недостатній життєвий досвід і соціальна практика, г) незавершеність професіоналізації, г) гостра суперечливість між бажаннями (особливо, меркантильними) і ступенем їх задоволення. Інший дослідник правосвідомості молоді Г.Р. Ішкільдіна всі фактори, які впливають на специфічність правосвідомості молоді, згрупувала на такі три групи: 1) коло врегульованих нормами права (чи таких, що потребують врегулювання) суспільних відносин, в які включена молодь; 2) об'єм характерного для молоді загальносоціального і соціально-правового досвіду; 3) психофізичні та соціально-психологічні особливості молодих людей. Всі вищеперераховані особливості не вичерпують специфіки правосвідомості молоді і для того щоб зрозуміти її сутність потрібно комплексно розглянути загальні, групові та специфічні риси, які притаманні молодіжній правосвідомості.

Загальні риси – це риси, які притаманні правосвідомості взагалі. До загальних рис правосвідомості відносяться наступні: 1) основним об'єктом відображення є правові явища суспільного життя; 2) наявність духовного начала; 3) зв'язок з іншими видами свідомості (моральною, політичною, релігійною, філософською); 4) підпорядкування загальним для всіх видів правосвідомості закономірностям формування і функціонування; 5) наявність власного категоріально-понятійного апарату; 6) нормативність; 7) наявність психологічної сторони тощо.

Оскільки правосвідомість молоді є різновидом групової правосвідомості, тому вона наділена ознаками останньої. Нагадаємо, що групова правосвідомість-це колективні уявлення та почуття про право та інші правові явища, які виражають ставлення і оцінки правових явищ з боку соціальних груп, колективів, тимчасових соціальних утворень. До характерних ознак групової правосвідомості належать наступні:

1. Наявність типових рис-рис, які відрізняють правосвідомість однієї соціальної групи від правосвідомості інших соціальних груп. Загальногрупові риси проявляються в діях людини, які пов'язані з інтересами групи (це спільна праця, дії, направлені на досягнення однієї мети, захист своїх інтересів). Проведені соціологічні дослідження наочно довели, що соціальні групи (наприклад, сформовані за видами діяльності, освітою, віком тощо) характеризуються різними рівнями правових знань та диференційованим ставленням до права і правових явищ, відрізняються різним виконанням правових приписів. В суспільстві більшість малих соціальних груп позитивно налаштовані до правової системи, до суспільства в цілому, але є групи антисоціального характеру (це тоталітарні секти, терористичні радикальні групи, злочинні групи).

В індивідуальних діях людини, що не пов'язані з інтересами соціальної групи (наприклад, у побуті), загальні риси правосвідомості проявляються менше. Але можливі випадки, коли конкретна особа має відмінну від групи правосвідомість і поведінку.

2. Відмінність групової правосвідомості та правосвідомості конкретних представників цієї соціальної групи. Це означає, що правосвідомість представників групи не може бути тотожною для всіх і у всьому. В одних представників соціальної групи рівень правосвідомості може бути глибоким і змістовним, таким, що базується на теоретичних знаннях основ права, в інших-обмежений. Крім того, кожна людина наділена як загальногруповими рисами правосвідомості, так і індивідуальними. А це означає, що найбільш типовому представнику соціальної групи притаманні більша різноманітність та більше особливостей правосвідомості, ніж соціальній групі в цілому.

3. Тісний зв'язок групової правосвідомості з суспільною та індивідуальною правосвідомістю. Як ми знаємо, суспільна правосвідомість являє собою духовну, психологічну систему уявлень, ідей,

почуттів, емоцій, настроїв, переживань, реакцій, які мають масовидно-типовий характер для даного суспільства конкретної історичної епохи. Індивідуальна правосвідомість – це знання, погляди, почуття, переживання, які виражають ставлення конкретної особи до правових явищ суспільного життя.

4. Наявність внутрішньої структури побудови групової правосвідомості. Вивчення матеріалів наукових досліджень показує, що структура правосвідомості складається з таких трьох компонентів як знання права, ставлення до права, поведінковий компонент.

5. Вплив на формування групової правосвідомості двох видів факторів-зовнішні і внутрішні. Під внутрішніми факторами ми розуміємо вплив на формування правосвідомості молодої людини її психологічних особливостей. Кожна молода людина за своїми особистими даними відрізняється від інших, тому багато характеристик правосвідомості безпосередньо пов'язані з особливостями особистості.

Зовнішні фактори поділяються на макроумови (або їх ще називають макросередовище) і мікроумови (або їх ще називають мікросередовище). Макросередовище включає в себе соціально-економічні та культурні умови життя суспільства, які опосередковано впливають на розвиток правосвідомості молодих людей. Мікросередовище – це сукупність матеріальних, духовних і соціально-психологічних факторів, з якими безпосередньо пов'язане життя молодої людини, тобто її близьке оточення. Близьким оточенням є: в побуті-сім'я, сусіди, знайомі, однолітки; за місцем навчання-клас, студентська група; за місцем роботи-колектив відділу, дільниці, бригади тощо; в суспільному житті-громадська організація, профспілка, партія.

Ми розглянули загальні та групові риси правосвідомості молоді, але найбільший інтерес для нас становлять специфічні риси, тобто риси, які притаманні лише правосвідомості молоді та які дозволяють розглядати її в якості самостійного утворення, що займає особливе місце в структурі суспільної правосвідомості. До специфічних рис правосвідомості молоді належать наступні.

1. Амбівалентна (двоїста) природа правосвідомості молоді, тобто наявність в ній рис дитячої та дорослої правосвідомості. Різні риси дитячої і дорослої правосвідомості не просто механічно співіснують, але і взаємодіють та взаємовпливають, в результаті чого виникає якісно нове явище – правосвідомість молоді.

2. Тісний зв'язок і взаємозалежність правосвідомості молодих людей від правосвідомості їх батьків та однолітків.

3. Несформований характер правосвідомості молоді. У молодих людей два компоненти правосвідомості-знання права і оціночний компонент є більш розвинутими (хоча і перебувають в процесі інтенсивного формування), ніж поведінковий компонент.

4. Обмеженість в суспільній діяльності, яка стимулює формування правосвідомості. Ця вікова особливість зберігається від попередніх етапів розвитку і пов'язана з тим, що молодь відносно довго займає в суспільстві статус учнів, пов'язаний переважно із споживанням інформації, і не займається суспільною діяльністю.

5. Неоднорідність правосвідомості молоді. Це залежить від багатьох чинників, найважливішими з яких є вік (у межах молодіжного періоду) та соціальний досвід.

Таким чином, концентрація уваги саме на правосвідомості молоді дозволяє виділити її з загальної системи правосвідомості та розглянути як самостійне соціально-правове явище.

## СОЦІАЛЬНО-ОРГАНІЗОВАНЕ СУСПІЛЬСТВО І ФОРМУВАННЯ ПОЛІТИЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

*В. Чушенко*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Конституція України виходить з положення, що державна влада будується на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Сприйняття цієї концепції впливає на форму правління держави, що складається в Україні.

Оцінюючи Конституцію України в цілому відзначимо, що в ній кожна із гілок влади наділена функціями і повноваженнями, які свідчать про їх самостійність у державному механізмі. Водночас вона містить положення про співпрацю окремих підрозділів влади, їх взаємодію, моменти можливого взаємного впливу.

І в той же час формулювання в Основному Законі правового статусу Верховної Ради України і Президента України не завжди, на нашу думку, є оптимально чіткими, чим створюється небажана ситуація, якщо можна так висловитися, "перетягування каната" між владами, що й спостерігається у дійсності. Замість плідної співпраці по вирішенню нагальних політичних і соціально-економічних проблем "влади" борються за, так звану, "першість". Щоб уникнути цього важливо уточнити конституційні положення про їх правовий статус.

У теперішній час, вирішуючи питання про формулювання повноважень кожної із гілок влади, а отже, про форму правління в державі не можна не враховувати суспільно-політичну ситуацію в країні. Свого часу вчені – конституціоналісти зазначали, що в парламенті мають сконцентруватися зрозумілі народові головні політичні напрями, в силу чого вони набирають значення і для держави. Чи можемо ми сьогодні говорити, що в суспільстві є сталі, з чітко визначеними програмами, політичні формування, які б підтримувались переважною більшістю електорату. Такі партії, асоціації, об'єднання могли б стати ядром формування соціально-політичних платформ як необхідної умови комплектування сталого за своїм складом професійного парламенту, що є передумовою впровадження парламентарної чи парламентсько-президентської моделі управління, про що зараз ведуться дискусії в Україні.

Звертаючись до зарубіжного досвіду пригадаємо, що на початку ХХ століття в країнах Європи, які переживали період багатопартійної роздробленості, обиралися строкаті за складом парламенти, що заважало утворити гомогенну парламентарну більшість, котра була б спроможна сформувати сильний уряд і як наслідок цього – криза демократії і парламентаризму.

Аналогічне становище, на жаль, складається нині в Україні, і вимога часу зробити все належне, щоб не повторити гіркий зарубіжний досвід.

Отже, у нинішній період побудови української держави першорядного значення набувають проблеми формування організованого суспільства. Адже держава і суспільство – хоч і самостійні, але взаємопов'язані, взаємозалежні явища. Щоправда в літературі в більшості випадків говориться про становлення громадянського суспільства. Не вдаючись глибоко в дискусію з цього питання, зазначимо, що словосполучення "громадянське суспільство" не є обґрунтованим. Енциклопедичні джерела розуміють суспільство в широкому розумінні як сукупність форм сумісної діяльності людей, що склалися історично. Тобто визначальною категорією поняття суспільства виступає людина. Поняття ж "громадянин", а отже "громадянське" пов'язані з феноменом "держава".

Звідси випливає, що вислів "громадянське суспільство" означає поєднання до певної міри неоднорідних за змістом характеристик. У зарубіжній літературі, у зв'язку з цим, для визначення окремої від держави форми самодіяльності людей нерідко живлять поняття "солідарне суспільство", "соціально-організоване суспільство".

Основою суспільства є людина. Власне людина визначає поняття "суспільство", оскільки без людей суспільство не може існувати. Разом з входженням у суспільство людина вносить і свою соціально-природну якість. Тому зародження та розвиток суспільства є по суті перетворення соціально-природничих начал особи в елементи суспільної дійсності. Отже, людина в силу народження має певні права, тобто природничі права. Для вираження, реалізації, захисту своїх прав



люди, їх окремі групи об'єднуються. Суспільство виникає і розвивається на основі необхідності співпраці. Об'єднувальним моментом тут виступає інтерес (моральний, матеріальний, політичний, професійний, віковий тощо).

Організуючий аспект життєдіяльності людей, таким чином, зароджується на рівні суспільства.

Звідси, як ми вважаємо, соціально-організоване суспільство – це сфера дії приватних (особистих) інтересів, система суспільних інституцій (об'єднання людей, у тому числі партії, суспільні організації, асоціації, рухи, товариства, спілки тощо), за посередництвом яких задовольняються різноманітні, обумовлені історичним етапом розвитку суспільства, інтереси індивідів та їх груп. Соціально-організоване суспільство, таким чином, ґрунтується на засадах самоорганізації людей. Власне наявність такого суспільства є підґрунтям створення цивілізованої держави як основної форми організації суспільства. І додамо, що вже на офіційному рівні в Україні стверджується, що наявність громадянського суспільства є умовою ствердження самої держави. Адже, в нинішніх умовах суспільство відсторонено від вироблення, а тим більше від здійснення політики. Як наслідок, поглиблення прірви між людьми і державою. Оптимально організована в суспільстві система є одночасно передумовою утворення цивілізованого державного механізму, отже між ними існує певна взаємозалежність. Впливаючи на громадськість, держава в свою чергу піддається її впливу як у процесі формування державних органів, так і їхньої повсякденної діяльності. Оскільки діяльність громадських об'єднань є важливим напрямом розвитку демократії, держава не може без них успішно функціонувати і розвиватися. Їхній вплив на державу виявляється в процесі формування представницьких органів державної влади і місцевого самоврядування (через право висування кандидатів у депутати), контролю за їхньою роботою (участь в організації і заслуховуванні інформації депутатів перед виборцями) тощо.

Держава виступає однією з форм організації суспільства. Організаційними формами об'єднання народу є об'єднання громадян, політичні партії, органи самоорганізації населення. Їх розгалужена система посилює спрямовуючий вплив на суспільство. В результаті взаємодії з громадськими об'єднаннями зміцнюються організаційні зв'язки держави з народом, який є джерелом влади. Цим досягається гармонійне поєднання особистих та групових інтересів, представлених об'єднаннями громадян, з загальнолюдськими інтересами, трансформація їх у загальнонародні сподівання. Іншими словами, через своїх представників громадські об'єднання беруть участь у формуванні, формулюванні волі народу в правових актах, які ухвалюються органами держави, самоврядування, що є виявом публічного інтересу.

При формуванні волі народу, в процесі загальної взаємодії людей узгоджуються різноманітні ідеї та інтереси, сприяючи створенню політичної єдності. Тим самим долається відмінність держави і суспільства, відбувається їх взаємопроникнення. Держава виступає як вища форма організації суспільства. Тому її визначають основною формою організації суспільства. Якщо організоване суспільство базується на началах самоорганізації, то держава виступає як політико-правова організація суспільства. Політико-правова організація є якісно новим етапом розвитку суспільства, характерною ознакою існування держави.

Держава здійснює правове регулювання (у тому числі й через Конституцію) тих аспектів діяльності громадських об'єднань, які пов'язані з їхньою участю в реалізації народовладдя. Так, положення Основного Закону, в яких проголошуються права на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації (ст.36, 37), є складовою правового поля функціонування громадськості. Однак, правове регулювання громадських організацій не є безмежним. Воно стосується передусім зовнішніх стосунків добровільних об'єднань, без вторгнення в їхнє внутрішнє життя.

Охоплюючи своїм впливом більшість сторін суспільного життя, держава не може створювати ситуацію, коли людина поглинається громадянином, оскільки держава за Конституцією відповідає перед людиною за свою діяльність.

Панування закону є необхідним для забезпечення свободи, проте для її повного торжества необхідним є також існування сфери, де людина діє за своєю власною ініціативою, не будучи ні спрямованою, ні скерованою розпорядженнями державної влади. Тому слід визнати цілком слушним положення, сформоване у зазначеному виступі Голови Верховної Ради України Володимира Литвина: "Держава має бути позбавлена регулятивних і наглядових функцій у сферах, де суспільство здатне на самоврядування".

Підсумовуючи зазначимо, що народне волевиявлення повинно бути основою державного волеутворення. Тільки народне волеутворення є підтримкою суспільством держави. У формуванні, підтримці державної влади народом проявляється легітимуюча функція суспільства.

В організованому суспільстві домінуюча роль в народному волеутворенні відводиться об'єднанням громадян. Власне демократична держава повинна прагнути до співпраці з цими об'єднаннями, сприяючи свободі суспільної діяльності. Дякуючи цьому державна влада отримує можливість враховувати у своїй діяльності всю багатоманітність думок і поглядів суспільства. Однак політична, економічна та ідеологічна багатоманітність суспільного життя, яка гарантується Конституцією України (ст.15), повинна бути спрямована на забезпечення свободи особи. Плюралістично побудоване суспільство повинно забезпечувати індивідуальну свободу всіх людей, а не спотворювати її. В сучасних умовах українського державотворення і формування суспільства важливо не дійти до створення соціальних структур, в тому числі олігархічних, котрі прагнуть до заволодіння політичної влади в державі і перекреслювання процесів волеутворення народу на користь своїх користолюбних егоїстичних інтересів.

Отже, формування соціально-організованого суспільства буде важливою гарантією втілення в життя конституційного положення згідно з яким носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ.

## ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ СТАНОВЛЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ В ТРАНСФОРМАЦІЙНИЙ ПЕРІОД

*О. Данильян*

*Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого*

Становлення державності в трансформаційний період розвитку суспільства є однією із складніших теоретичних і практичних проблем, що стоять перед політичною елітою, вченими-правознавцями і юристами-практиками України, інших пострадянських країн і тому вимагає глибокого теоретико-методологічного аналізу. У даному контексті під теоретико-методологічним аналізом мається на увазі наукове пізнання закономірностей становлення державності в трансформаційний період, що ґрунтується на логічному узагальненні досвіду країн, які вже здійснили побудову правової держави, а також система принципів, прийомів і засобів організації практичної діяльності суб'єктів суспільства по створенню демократичних політико-правових інститутів, що співвідноситься з даними закономірностями. Причому, теоретичними основами аналізу проблем становлення української державності в трансформаційний період повинні виступати світові та вітчизняні філософсько-правові, соціально-філософські, правові, політологічні тощо доктрини, концепції і вчення, сучасні досягнення і надбання світового гуманітарного процесу.

Методологічними основами вивчення питань становлення української державності в трансформаційний період виступає розгляд процесів розвитку перехідного суспільства як закономірного процесу; визнання діалектичної єдності буття українського суспільства і суспільної свідомості; аналіз перехідного суспільства як системи органічно взаємопов'язаних сфер життєдіяльності людей; визнання критерієм розвитку суспільства його можливості створити умови для всебічного та гармонійного розвитку людини, реалізації її сутнісних сил та духовних потенцій, а також структурно-функціональний аналіз, кількісний і якісний підхід, історичний і логічний підхід, аналіз і синтез, індукція і дедукція, змістовний і формальний підхід та ін. Таким чином, теоретико-методологічний аналіз припускає розгляд процесу становлення української державності системно, багатоаспектно, у всій сукупності його взаємозв'язків з іншими складними проблемами державної організації і керування, правового регулювання суспільних відносин, правотворчості і правозастосування в переходом суспільстві. Таке складне завдання вимагає для свого рішення використання евристичного потенціалу цілого ряду суспільних наук и зусиль багатьох дослідників. У цій статті основний упор у дослідженні проблеми становлення української державності в трансформаційний період буде здійснюватися, насамперед, з позиції філософсько-правового і соціально-філософського аналізу, адже не випадково Гегель писав, що філософія особливо потрібна в ті періоди, коли відбувається переворот у політичному житті суспільства, тому що думка завжди передує діяльності і перетворить її.

Що ж являє собою державність і процес її становлення з позиції сучасної філософсько-правової думки? Один з найбільш обґрунтованих підходів до цієї проблеми розроблений В. Селивановим. Ґрунтуючись на його поглядах, можна зробити висновок, що державність є однією з найважливіших властивостей суспільства, що забезпечує його життєздатність шляхом політичної структуризації і легітимації. Поняття "державність" характеризує якісний стан суспільства на будь-якому конкретно-історичному етапі його розвитку, однак найбільшою мірою його пізнавальний потенціал розкривається при аналізі транзитних, перехідних суспільств, тому що це поняття розширює можливості розуміння і пояснення різних проблем трансформації тоталітарної системи в соціальну систему з демократичною організацією громадянського суспільства і правовою державою. У зв'язку з цим, поняття "державність" необхідно розкривати не тільки з погляду його сутності, історичного змісту, етапів формування, але і з позиції прогностичного аспекту. Прогностичний аспект буде сприяти визначенню можливих альтернатив розвитку державності в трансформаційний період, а також моделюванню оптимальної стратегії і тактики становлення і розвитку тієї чи іншої держави як держави демократичної, соціальної, правової.

В основі поняття "становлення державності" лежать ідеї безперервності і довжини розвитку соціальної системи в часі й у просторі, що у принципі можуть і повинні бути виражені в кількісному відношенні. Іншою важливою ідеєю, що розкриває поняття "становлення державності", є ідея

наступності. Дійсно, історичний досвід доводить, що кожен новий етап розвитку соціальної системи не може бути результатом тотальної деструкції старого суспільства. У суспільній свідомості не тільки на Заході, але і на Сході усе більш укореняється ідея про необхідність органічного проростання нових цінностей, ідеалів, політико-правових інститутів зі сформованих у надрах суспільства передумов.

Важливим питанням для розуміння сутності поняття "становлення державності" є аналіз співвідношення понять "державна" і "становлення державності". Відомо, що формуванню суверенної держави завжди передують еволюційне зародження, функціонування і розвиток елементів державності. Причому, становлення якісно нової держави, як правило, здійснюється через процес перетворення існуючої державності з урахуванням історичних умов, у яких відбувається дане становлення. Однією з найважливіших задач становлення державності в трансформаційний період є формування складної і динамічної системи внутрішніх зв'язків, відносин і інститутів публічної влади. Розвиток даної системи обумовлено не тільки загальнолюдськими потребами і цілями безпеки, виживання і розвитку, але і відповідними особливостями соціально-економічних, політичних і духовно-моральних факторів життєдіяльності конкретно узятого народу чи співтовариства народів на визначеному історичному етапі їхнього розвитку.

Таким чином, держава як політична організація публічної влади є структурно-владним завершенням формування державності, а становлення державності може бути визначене як спрямованість розвитку будь-якого суспільства, метою якого є становлення і зміцнення державного суверенітету, його економічної, політичної, науково-технічної і духовно-культурної сфер. У сучасних посттоталітарних країнах, у тому числі й Україні, становлення незалежної державності – одна із складових завдань демократичної трансформації. Головною запорукою успіху в цьому процесі повинні бути не стільки ефективність окремих реформ, перетворень, проведених державою, скільки їхня цілісність, системність, обумовленість об'єктивними і суб'єктивними факторами, а, отже, їхня наукова обґрунтованість.

Для того, щоб більш обґрунтовано розглянути проблеми становлення державності в трансформаційний період розвитку українського суспільства, необхідно насамперед розглянути особливості соціальної системи, в якій здійснюється становлення нової державності. Другими словами, потрібно зрозуміти: що ж являє собою трансформаційний чи транзитний, перехідний період, у якому знаходяться так звані посттоталітарні країни, у тому числі й Україна. Це є необхідним через те, що всі проблеми і протиріччя становлення державності, тобто політико-правових інститутів у посттоталітарних країнах, іманентні цьому періоду, виникають з його природи.

Проблемам трансформаційного або перехідного періоду від тоталітарної держави до нової системи суспільно-політичного буття в теоретичному дискурсі сучасності приділяється значна увага, однак підходи різних дослідників до цього феномену далеко не однозначні. Так, наприклад, Р. Дарендорф визначає посттоталітарні держави як країни, що рухаються "дорогою свободи", застерігаючи тих, хто йде, що цей "перехід не означає і не повинен означати заміни однієї системи на іншу. Немає ніякого сенсу у переході від соціалізму до капіталізму. Дорога до свободи – це перехід від закритого суспільства до суспільства відкритого". Цим підкреслюється, що у відкритому суспільстві економічні й політичні структури не визначені, а встановлюються шляхом проб і помилок.

Методологічний підхід Н. Смелзера до соціальних змін дозволяє характеризувати посттоталітарні країни як суспільства, що знаходяться на етапі соціального зрушення, у фазі соціальних і культурних змін. Тут соціальним зрушенням він називає "зміну способу організації суспільства", яка "є всезагальним явищем, хоча... відбувається різними темпами".

Важливе значення має характеристика становлення української державності періоду "посткомунізму" українського філософа Є. Бистрицького, який визначає об'єкт свого дослідження як "загальну ситуацію (і поняття) переходу від однієї епохи політичної організації суспільного життя до іншої, посткомуністичної, немодерної епохи в розумінні суспільства і його політичної практики".

Однак не всі дослідники вкладають у поняття трансформаційності посттоталітарних держав раціональний зміст, відмовляючи йому в самостійному позитивному значенні. Деякі автори вважають, що ця категорія є простим позначенням переходу від одного стабільного стану держави до іншого, розуміючи цей перехід як невизначений, "темний" стан, позбавлений своїх закономірностей і характерних особливостей. Інші сприймають посттоталітарні держави як явище "випадкової мутації" комуністичного суспільства, невдалий, тобто незакінчений досвід руйнування хоча і недосконалої, але в ідеалі життєздатної соціально-економічної системи.

З таким підходом, очевидно, не можна погодитись. Логічніше припустити, що кожний історично відомий тип соціально-політичної організації має свої конкретно-історичні обґрунтування і причини. І тоталітаризм, а за ним і посттоталітаризм приходять не тому, що хтось припустився помилки, а тому, що за якихось конкретних історичних умов такий тип соціально-політичного устрою найбільшою мірою відповідає потребам виживання, самозбереження суспільства як особливого організму, що функціонує за своїми певними закономірностями, які необхідно вивчати.

Трансформаційність або перехідність, на думку автора, є найважливішою, ключовою характеристикою посттоталітарних країн. При цьому, поняття перехідності треба розуміти не як просту номінацію етапу трансформації держави, соціуму в цілому, а як особливий стан політичної, правової, економічної та інших систем суспільства, що має самодостатнє значення. З позиції соціально-філософського аналізу перехідним ми можемо назвати такий стан соціальної системи, при якому, внаслідок раптових (різких) змін на макросоціальному рівні при досить малих змінах на мікрорівні, відбувається порушення її рівноважного стану, що викликає потребу в перетворенні головних сфер суспільства для досягнення нової просторово-часової упорядкованості. До найважливіших конституціональних перетворень, що забезпечують відновлення рівноваги соціальної системи, можна віднести зміни у сферах політики, права, економіки, духовного життя, які в самоорганізованих соціальних системах, відбуваються таким чином, щоб забезпечити найбільш ефективне функціонування різних ланок цих підсистем (політичної, правової, економічної тощо) і соціальної системи в цілому.

Перехідність у становленні посттоталітарних держав, соціумів у цілому, їхня гранична динамічність і багатоваріантність передбачає і перехідність, невизначеність, динамічність їхніх якісних характеристик. Тому досить складно дати чіткі, визначені характеристики за всіма головними критеріями, які відповідали б можливим варіантам трансформації конкретних посттоталітарних держав та їх політико-правових інститутів. Як правило, всі основні характеристики цих держав виступають комбінацією сутнісних рис як тоталітаризму, так і демократії. Так, авторитаризм у посттоталітарних державах співіснує з елементами анархії; тенденції конструювання з тенденціями саморозвитку; принципи монізму з принципами плюралізму, нові правові норми зі старими нормами тощо. Наприклад, в Україні нові правові норми діючої Конституції 1996 року прийшли в зіткнення зі старими нормами законів, прийнятих ще до утворення незалежної України. Це позбавляє Основний Закон України механізму реалізації, що створюють закони так званого другого рівня.

До того ж елементи, структури, принципи організації старої політико-правової системи, яка руйнується, тобто тоталітаризму і нової політико-правової системи, яка постає, тобто демократії, не просто співіснують, а знаходяться, як правило, у стані жорсткого зіткнення, конфлікту. На початковому етапі трансформації посттоталітарних держав у їхній характеристиці переважають риси тоталітаризму; на певному етапі, десь у "середині шляху" риси тоталітаризму і демократії врівноважують одна одну (але зіткнення протилежних тенденцій може не послаблюватись, а, навпаки, посилитися, досягти апогею); у подальшому, якщо трансформація внаслідок поразки демократичних тенденцій не набуде ознак реверсу, елементи демократії можуть переважати і перехід набере незворотного характеру. Важливо розуміти, що урахування даної закономірності є однієї з найважливіших задач теоретико-методологічного моніторингу тенденцій і проблем становлення посттоталітарної державності в трансформаційний період розвитку суспільства.

Складність і суперечливість становлення української державності в трансформаційний період мають у своїй підставі ще цілий ряд факторів, які у свою чергу також ґрунтуються на перехідності посттоталітарних суспільств. Одним з найважливіших з них є стан невизначеності, нестабільності процесу переходу політико-правових інститутів країни, що трансформується, від інтеграції та диференціації одного типу до інтеграції та диференціації іншого типу, який багато дослідників називають станом дезорганізації, хаосу. Так, наприклад, М. Маколі справедливо наголошує, що перехід від тоталітарних режимів з великою ймовірністю веде не до демократичної держави, а до того стану, який він визначає як "державу в хаосі". Подібного погляду дотримується і Р. Анжер, який для характеристики ситуації, коли "перед обличчям центрального уряду опиняється суспільство, що втратило створені ним самим стійкі колективні засоби організації", використовує термін "дезорганізоване суспільство".

До подібних висновків приходять і дослідники з посткомуністичних країн. Так, наприклад, український політолог Д. Видрін у своїх працях робить висновок, що стан "посттоталітарного хаосу" є зовсім не відхиленням від норми, а скоріше закономірністю.

Можна погодитись із наведеними судженнями, що посттоталітарні соціуми втрачають традиційні інститути статусно-рольової соціальної ідентифікації, потрапляють у стан "хаосу", "дезорганізації" або, за висловом М. Мамардашвілі, у стан "після кінця", "життя після смерті". Адже те, що відбувалося і відбувається у посткомуністичних країнах, дійсно є хаотичним розпадом традиційних суспільств, розкладом їх на множину автономно існуючих світів, які взаємно не перехрещуються. У цих дезорганізованих посттоталітарних "світах" соціальні цінності, норми, зразки поведінки починають орієнтуватися на принципово іншу систему відліку, ніж у традиційному суспільстві. За таких умов частина суб'єктів суспільства виявляється здатною пристосуватися до нових соціальних цінностей і норм, отримуючи новий соціальний статус і місце в економічній та політичній структурі, яка формується. Інша, як правило, більша частина, не в змозі або не бажає сприймати нові соціальні цінності, правові норми, зразки поведінки та поповнює верстви маргіналів. Таким чином, в умовах швидкої, навальної трансформації соціуму одні верстви та групи народжуються або одержують пріоритетний розвиток, інші ж втрачають свою колишню роль. Тому не дивно, що посттоталітарний соціум постає як втілення анархії, хаосу, складається із множини самостійних соціальних верств, позбавлений будь-якої постійної структури, організуючої основи, стабільності. Повною мірою ця характеристика стосується й посттоталітарної України.

Значний вплив на становлення української державності в трансформаційний період має так звана амбівалентність свідомості населення України. Причини її полягають в інертності свідомості людини, її неспроможності визволитися від застарілої системи політико-правових настанов тоталітаризму, яка може декларативно відкидатися особистістю, але продовжує існувати на рівні підсвідомості, визначаючи світорозуміння людини, її цінності, інтереси, вчинки.

Однією з перших досліджувала феномен амбівалентності свідомості в трансформаційний період розвитку посттоталітарних суспільств (на прикладі Східної Німеччини) німецький фахівець в галузі суспільної думки Е. Ноель-Нойман. Вона зробила висновок, що, незважаючи на підвищення матеріального рівня життя більшої частини східнонімецького населення немає підстав стверджувати, що воно у своїй більшості сприйняло західні настанови і цінності, а протилежне твердження, навпаки, буде справедливим.

Такий самий феномен двоїстості свідомості в трансформаційний період становлення української державності відзначають у своєму дослідженні й українські соціологи Є. Головаха і Н. Паніна. "Маючи такий тип свідомості, – зазначають вони, –... людина одночасно може відстоювати ринкову економіку і стабільні ціни, свободу переміщення і збереження режиму прописки, що дозволяє прописування, повну незалежність України і її невихід із Союзу". Така амбівалентність свідомості людей, присутність у ній двох (або декількох) ціннісно-нормативних систем неминує призводити до серйозних ускладнень у процесі легітимації політико-правових інститутів перехідного суспільства.

На становлення української державності в трансформаційний період розвитку суспільства, безсумнівно, роблять впливи й інші фактори. Серед них: відсутність на першому, початковому етапі реформування основ ринкової економіки, а точніше антиринковий характер економіки соціалізму. Так, в Україні практично повністю була відсутня приватна власність на засоби виробництва, товарно-грошові відносини носили формальний характер, економіка була деформована тотальним некваліфікованим втручанням "партії-держави" і наскрізь мілітаризована.

Зрівнялівка в оплаті праці, придушення поодинокі ініціативи, екстремальні умови існування населення (революції, війни, репресії, перебудови тощо.), ідеологічне обдурювання і пропаганда аскетичного способу життя сформували особливий "антиринковий" тип людей, які у своїй більшості ані професійно, ані морально, ані фізично вже не в стані пристосуватися до нових умов їхнього соціально-економічного буття, вже не можуть відмовитися від стереотипного для них, звичного образу існування, який можна визначити як "гарантоване зубожіння".

Наступним фактором, який визначає особливості становлення державності в трансформаційний період розвитку посттоталітарних країн, є те, що в більшості з цих країн тоталітарний механізм у процесі народно-демократичних революцій був зламаний, частково демонтований, але не знищений. Про це свідчить, наприклад, той факт, що в багатьох посттоталітарних країнах цього періоду за винятком, тільки що, Румунії, Болгарії, НДР, тоталітарні режими не були засуджені, а їхні лідери, багато з яких вчинили злочинні дії або бездіяльність, не понесли навіть символічного покарання.

Також у більшості з цих країн, на відміну від післявоєнних Німеччини та Італії, не були розпущені або заборонені тоталітарні партії, що модифікувалися в нові політичні рухи "лівоподібного типу" і користуються високою популярністю. Ця стійкість тоталітаризму пояснюється багатозаровістю тоталітарної системи в цих країнах, її глибокою суспільною укоріненістю, що в свою

чергу можна пояснити відсутністю глибоких демократичних традицій у докомуністичну епоху в більшості з цих країн, деякими особливостями менталітету їхніх народів і, головне, значним падінням життєвого рівня населення, зумовленим невідповідними реформами.

Важкий шлях сучасних транзитивних суспільств до створення демократичних і правових держав збільшений і ускладнений також, на думку В. Нерсесянца, цілою низкою негативних факторів, успадкованих від минулого. У числі таких факторів – багатівкові традиції деспотизму і кріпосництва, усесилля влади і безправ'я населення, стійкий і широко розповсюджений правовий нігілізм, відсутність скільки-небудь значимого досвіду волі, права і самоврядування, демократії, конституціоналізму, політичної і правової культури, підлегле положення суспільства в його відносинах з нічим не обмеженою і безконтрольною владою і т.д.

До цих негативних факторів можна додати і ряд інших. Серед них: зростання частки тіньової економіки в сукупності економічної діяльності, зростання злочинності, криміналізація посттоталітарного суспільства, відсутність діючого механізму реалізації нових правових норм, необхідної кількості підготовлених правознавців для здійснення правової реформи, перевага в ряді випадків у ході її здійснення вузьковідомчих, кланових чи навіть кримінальних інтересів і ряд інших.

У Конституції України проголошується метою формування демократичної, соціальної, правової держави. Іншими словами, передбачається сформувати державу, для якої характерні: політичний плюралізм, розподіл влади, визнання вищою цінністю людини, її прав і свобод. Разом з тим, необхідно визнати, що на шляху її формування лежить безліч проблем. Сформовані несприятливі економічні і соціальні умови в Україні, посилення бюрократизму і корупція в управлінському апараті в значній мірі утруднюють і сповільнюють цей процес. Успішне становлення правової держави в Україні неможливо без створення реальних умов для даного процесу. До таких умов відносяться: правильний вибір ідеологічних орієнтирів такого будівництва; вирішення проблем підвищення ефективності діяльності органів виконавчої влади, у тому числі й органів місцевого самоврядування; проведення на ділі адміністративної реформи; здійснення подальшої реформи органів судової влади; досягнення високого рівня політичної і правової свідомості людей; гуманізація людських відносин; створення і розвиток альтернативних стосовно держави суспільних структур (культурних, наукових, релігійних і т.д.) з метою розширення сфери прямої демократії; уведення "діалогових процедур" для вироблення погоджених рішень; обмеження втручання держави в сферу економіки; проведення правової реформи з метою створення єдиного, внутрішньо несуперечливого законодавства і ряд інших.

Важливою умовою для розв'язання проблеми становлення української державності є, у свою чергу, формування громадянського суспільства, основними якісними характеристиками якого є: відкритість, плюралістичність, пластичність, високий ступінь організованості, визначений рівень надмірності, можливість вертикальної і горизонтальної мобільності, наявність оптимальної композиції зворотних зв'язків і ряд інших. Саме досягнення визначеного значення цих якісних характеристик і означає завершення трансформації, тобто перехід від тоталітаризму до демократії.

Той етап, на якому зараз знаходяться Україна, Росія, більшість інших посткомуністичних держав, дозволяє говорити про наявність у їхній структурі тільки окремих елементів, паростків цих якісних характеристик демократичної держави, рух до якої займе, мабуть, ще чимало часу і зажадає колосальних зусиль.

**ОХОРОНА ЗДОРОВ'Я НАСЕЛЕННЯ – ПРІОРИТЕТНИЙ НАПРЯМОК  
СОЦІАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ**

*Т. Андрієвська*

*Тернопільська державна медична академія імені І.Я. Горбачевського*

Найціннішим скарбом для будь-якого суспільства є фізичне та моральне здоров'я його індивідів. Наша держава довела це, закріпивши у Конституції України (ст.3) положення про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Особливе значення здоров'я пояснюється тим, що при його втраті або погіршенні всі інші цінності не мають суттєвого значення. Здоров'я надає можливість особі повноцінно проявити свої фізичні, психічні та соціальні якості і тому абсолютно необхідне для формування вільної, різнобічно розвинутої особистості та створює реальні передумови для задоволення індивідуальних, колективних і громадських, матеріальних і духовних потреб і, перш за все, потреби повноцінно працювати. Таким чином, визначення здоров'я не можна зводити лише до відсутності захворювання: здоров'я, як сказано у преамбулі Статуту Всесвітньої організації охорони здоров'я, це "стан повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, яке дозволяє людям вести соціальне і економічне продуктивне життя".

Всесвітня організація охорони здоров'я в генеральній концепції для національних служб охорони здоров'я "Здоров'я для всіх у двадцять першому столітті" визначила, що воно базується на трьох фундаментальних цінностях:

- здоров'я як визначальне право людини;
- справедливість у відношенні здоров'я та солідарності в діях як між країнами, так і всього суспільства в кожній країні;
- відповідальність окремих осіб, груп населення та організацій за подальший розвиток охорони здоров'я, а також участь у цьому процесі.

Відображаючи міжнародно-правові здобутки людської цивілізації, Конституція України у ст.49 закріпила право громадян на охорону здоров'я, і цим самим відтворила відповідні загальнолюдські засади, закріплені у ст.12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.)

Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (1966 р.) зобов'язує держави, які беруть в ньому участь визнавати право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного та психічного здоров'я і для гарантування цього права здійснювати такі заходи:

- а) забезпечення зменшення мертвонароджуваності, дитячої смертності та здорового розвитку дитини;
- б) поліпшення всіх аспектів гігієни зовнішнього середовища та гігієни праці в промисловості;
- в) запобігання епідемічним, ендемічним, професійним та іншим хворобам, їх лікування і боротьба з ними;
- г) створення умов, які б забезпечували всім медичну допомогу і медичний догляд у разі хвороби.

Отже, зміст охорони здоров'я становить система заходів, спрямованих на забезпечення, збереження і розвиток фізіологічних та психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя. Звідси випливають основні стратегічні завдання діяльності системи охорони здоров'я: вивчення впливу умов і чинників, які призводять до позитивних і негативних відхилень у стані здоров'я окремих груп населення; збереження та зміцнення оптимального рівня здоров'я населення та продовження його активного довголіття.

Виконання вищезазначених завдань можливе тільки за умови комплексу дій органів державної влади і місцевого самоврядування, громадських та інших організацій, які є гарантом виконання державних, галузевих і регіональних програм охорони здоров'я. Україна визнала, що суспільство і держава відповідальні перед сучасним і майбутніми поколіннями за збереження здоров'я нації і мають



забезпечити пріоритетність охорони здоров'я в діяльності держави. Отже, охорона здоров'я населення є основою соціальної політики держави, однією з найважливіших галузей сфери життя суспільства.

Оскільки громадське здоров'я є об'єктом соціальної політики, то його слід розглядати як результат свого роду громадського договору між суспільством, яке зобов'язане охороняти і зміцнювати здоров'я своїх членів і цими останніми, зобов'язаними турбуватися про своє здоров'я і здоров'я інших. Обов'язок охорони здоров'я є загальним обов'язком суспільства і держави. Це закріплює ст.5 Основ законодавства України про охорону здоров'я. В даний обов'язок входить те, "що державні, громадські або інші органи, підприємства, установи, організації, посадові особи та громадяни зобов'язані забезпечити пріоритетність охорони здоров'я у власній діяльності, не завдавати шкоди здоров'ю населення і окремих осіб, у межах своєї компетенції подавати допомогу хворим, інвалідам та потерпілим від нещасних випадків, сприяти працівникам органів і закладів охорони здоров'я в їх діяльності".

Враховуючи соціально-політичну значимість і економічну вартість індивідуального та суспільного здоров'я, охорону здоров'я громадян можна вважати однією з найважливіших внутрішніх функцій сучасної держави. Це пояснюється тим, що саме кількісними і якісними показниками тривалості життя та здоров'я населення, іншими показниками соціальної політики відрізняються одна від одної багаті і розвинуті держави світу від бідних і слаборозвинутих. Адже чим розвинутіші й багатші суспільство та держава, тим більше коштів вони вкладають в охорону здоров'я своїх громадян, у їх медико-санітарне обслуговування, в розвиток медичної, біологічної та фармацевтичної науки, практики й новітніх оздоровчих і лікувальних технологій. Проблема поліпшення здоров'я може вирішитись зміною цінності здоров'я як у системі цінностей всього суспільства, так і в системі цінностей окремої особи. Перетворення здоров'я із засобу в мету створює необхідні передумови для розробки, прийняття та практичної реалізації політики з охорони здоров'я населення.

Новий підхід до визначення політики охорони здоров'я у даний час знайшов своє втілення у формі міжнародної стратегії "Здоров'я для всіх", що прийнята більш як у 150 країнах світу, в тому числі і у 1984 р. представниками 32 держав – членів Європейського регіону ВООЗ. Метою політики та діяльності системи охорони здоров'я держав – членів ВООЗ є досягнення "позитивного стану здоров'я", а не тільки зниження захворюваності, інвалідності та смертності. У стратегії передбачалось підвищити пріоритетність питань зміцнення здоров'я і профілактики захворювань, активно залучати в цю діяльність ті частини суспільства, діяльність яких безпосередньо чи опосередковано впливає на здоров'я населення, та приділяти більше уваги підвищенню у цій діяльності ролі окремих осіб і груп населення. Україна приєдналася до програми "Здоров'я для всіх", взявши на себе зобов'язання з розроблення та реалізації національної стратегії, оскільки для нашої країни актуальними є всі завдання з досягнення здоров'я для всіх, що були сформульовані ВООЗ як універсальні орієнтири.

На сучасному етапі розвитку країни нова стратегія охорони здоров'я потребує кардинально іншого підходу до законотворчості. Таким підходом є відмова від політики загальної рівності в галузі охорони здоров'я та здійснення політики справедливості задля того, щоб права та обов'язки громадян протилежних соціальних полюсів у галузі охорони здоров'я і одержання медичної допомоги відповідали можливостям громадян та держави.

Отже, охорона та зміцнення здоров'я людей є головними компонентами державної соціальної політики. Приймавши Конституцію та Основи законодавства про охорону здоров'я, Україна засвідчила бажання йти шляхом творення демократичної, правової, соціальної держави, яка визнає і захищає права своїх громадян і бажає прилучитися до глобальної політики світового співтовариства в галузі охорони здоров'я людей.

**МІСЦЕ ТА РОЛЬ ФІЛОСОФСЬКИХ ДИСЦИПЛІН  
У СИСТЕМІ ФАХОВОЇ ПІДГОТОВКИ ЮРИСТІВ***Д. Гудима**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Освіта – процес, який передбачає вплив на особистість з метою набуття останньою знань, формування у неї певних якостей, підвищення загального рівня культури (у тому числі й правової). Підняти даний процес на належний (такий, що відповідає запитам сьогодення) рівень неможливо без відповідної теоретичної підготовки молодих фахівців, котра би забезпечувала розуміння ними сутності досліджуваних явищ, основних проблем сучасності та шляхів їх вирішення, бо, як стверджує Т.Гонор (Honore), "пошук правильного (чи найкращого) вирішення проблеми, котра виникла, вимагає знань, мудрості й обмеження. Знань – тому що рішення має бути узгоджене з історією, традиціями суспільства та його законами. Мудрості – бо рішення повинно відповідати фактам справи й інтересам сторін, які сперечаються. Обмеження – тому, що закон має ґрунтуватися на тім, що вже є. Він має взяти до уваги погляди людей на те, що є справедливим, і відповідати їхнім інтересам. Він не може занадто випереджати суспільну думку".

Тому, оскільки право є сферою спільних інтересів юриспруденції та філософії, одним з важливих методологічних аспектів розвитку національного правознавства та правової освіти є застосування філософських узагальнень закономірностей суспільного розвитку для всієї системи юридичних знань і виокремлення у даній системі особливої світоглядної частини знань про право, його сутність та роль, призначення – філософії права. На цій основі повинен розвиватися конкретний теоретичний зміст галузевих наук правознавства [В.Селіванов]. Власне, *філософські положення повинні бути, у першу чергу, відправним пунктом загальної теорії права*, що формує методологічні й світоглядні орієнтири, забезпечує розуміння загальних юридичних категорій та конструкцій, якими оперують галузеві правові науки. *Тому тільки єдність висновків філософського вчення про право як соціальний феномен з "чинними" теоретичними напрацюваннями юриспруденції дозволяє створити міцну методологічну основу для розвитку правознавства та юридичної практики, позбавити науку догматизму й коментування норм законодавства, а правозастосовчу сферу – окремих недоліків її функціонування.* Без урахування висновків філософії, зазначає М.Цвік, постає небезпека створення уявлення про теорію держави та права як науки і навчальну дисципліну, що виникає у результаті винесення за дужки того спільного, що є в різних правових науках. Реальність такої загрози підтверджується поширеним серед студентів поглядом на теорію, як на "зайвий", "відірваний" від практики предмет, який подає дефініції та класифікації тих понять, явищ, що в подальшому знову вивчаються під час викладання навчальних курсів з галузевих юридичних наук. Однак потрібно врахувати те, що теорія права та держави відіграє особливо важливу роль у "нарощуванні" нових знань як у юриспруденції, так і в інших науках, виконуючи методологічну функцію. Водночас, необхідно зауважити, що реалізація останньої залежить від конкретних методологічних підходів, які лягають в основу загальної теорії, а ті, у свою чергу, визначаються потребами соціальної практики, обумовленими ними модифікаціями об'єкта і предмета загальнотеоретичного праводержавознавства, розвитком як цієї галузі суспільствознавства, так й інших наук, чий здобутки можуть використовуватися нею для вдосконалення власного методологічного арсеналу. І, як стверджує П.Рабінович, найактуальнішим запитом сучасної практики для загальнотеоретичної юридичної науки стало вироблення (чи обрання) тих філософсько-правових підходів, котрі найкраще відповідають потребі українського соціуму у гуманізації, олюдненні всіх сфер суспільного життя. Цим обумовлюється стрімке зростання уваги вітчизняних дослідників до філософії права, положення та висновки якої становлять світоглядно-концептуальну складову методології науки, що розглядається.

На жаль, курс загальної філософії, який читається студентам юридичних вузів (факультетів) у перші роки навчання, побудовано без дотримання принципу оптимального співвідношення конкретно-наукового та філософського знання, слухачам не показується значення філософської теорії для інтерпретації і вирішення більш близьких для них соціально-наукових проблем. Л.Байрачна вказує на дві крайності, що зустрічаються у практиці викладання філософії: 1) повну відсутність на заняттях матеріалу зі спеціальних наук (результат – студенти залишаються байдужими до філософії, яка сприймається як теорія, що не стосується майбутньої професії); 2) перенасиченість занять конкретно-

науковим матеріалом (результат – залишення мало місця для самої філософії, що підштовхує слухачів до помилкового розуміння тієї чи іншої теоретичної проблеми профілюючої дисципліни як справжньої філософії).

У зв'язку з цим згаданий автор наголошує на тому, що принцип оптимального співвідношення вимагає від викладання філософії, по-перше, акцентування уваги не на спеціально-науковому, а на філософському аспекті матеріалу і, по-друге, використання матеріалу не тільки профілюючих, але й інших суспільних наук. За таких умов розкривається специфіка філософії як теорії загального, знаходить вияв універсальність філософського бачення світу.

Отже, навчальний курс загальної філософії має, у першу чергу, показати студентам методологічну роль даної науки в осмисленні явищ соціальної дійсності, у тому числі права, зокрема, розкривши сутність різних методологічних дослідницьких підходів та можливості їх застосування у відповідних науках. У такий спосіб якнайкраще відобразитиметься зв'язок філософської системи знань з фундаментальними теоретичними основами конкретно-наукового знання.

У когось може постати запитання: "А яка ж тоді роль філософії права?" Говорячи про фахову підготовку юристів, необхідно брати до уваги те, що навчальний курс загальної філософії не розкриває закономірностей виникнення, структури, функціонування та розвитку права, які є предметом філософії права. Слухач отримуватиме базові знання, що певним чином "оформлюють" його світогляд і спрямовують навчально-пізнавальну та науково-дослідницьку діяльність. У процесі вивчення історії політичних і правових вчень та деяких інших теоретико-історичних дисциплін у світогляді студента відбувається кореляція тих ціннісних орієнтацій, які пов'язані з правом. А філософія права покликана, насамперед, зорієнтувати професійно-практичну діяльність майбутніх юристів й утвердити наміри деяких студентів щодо майбутньої науково-дослідницької праці, навчивши знаходити в об'єктивному суб'єктивне (і навпаки), розпізнавати за формою зміст, розуміючи зміст, виводити історично зумовлений смисл, бачачи явище, вникати у сутність тощо.

Інша особливість цієї галузі філософського знання виявляється у її співвідношенні із загальною теорією держави та права. Ж.-Л. Бержель справедливо зазначає, що у загальнотеоретичній юридичній науці спроба зрозуміти сутність, засади і цілі права здійснюється, "переважно відштовхуючись від права та з метою оволодіння правилами його застосування. Тоді як філософія права проявляє себе часто як філософія про право, відштовхуючись від філософії з метою сублімації юридичного в метафізичному". Таким чином, завдяки філософії права загальна теорія збагачує свій понятійний апарат, а разом ці галузі знань формують відносно струнку систему понять, впливаючи на характер і зміст галузевих юридичних наук.

Проте існує проблема, яку С. Алексєєв влучно назвав "ситуацією розриву", що полягає у відсутності єдиної науки права: "На одному полюсі – юридичний позитивізм – дисципліна, яка з позиції багатьох має невисокий наукознавчий рівень... А на іншому полюсі – філософія права, що реалізує на правовому матеріалі філософські та соціологічні цінності і дані". Така "ситуація" не дозволяє своєчасно усувати недоліки у теорії права, не сприяє вона і виправленню зроблених помилок, багато з яких вже лягло в основу нових наукових досліджень. Це, звичайно, зумовлює не розвиток юридичної науки, а її застій або ж навіть регрес. Тому зближення "полюсів" позитивізму та філософії права – нагальна вимога. На користь цього свідчить те, що у методології сучасної правової науки визнано "науковість" філософських висновків. Д. Керімов, критикуючи позицію Р. Лукича, який розрізняв науку як сферу емпіричного пізнання та філософію як узагальнений рівень освоєння дійсності, пише, що філософія, правильно відображаючи об'єктивну реальність в узагальненому вигляді і всезагальні закономірності її розвитку, виробляє методологічні основи пізнання цієї реальності, є справжньою наукою. "Не можна лише емпіричне знання визнавати наукою та відмовляти в науковості філософським узагальненням цих самих знань, оскільки емпіричний (так само, як і чуттєвий) рівень вивчення об'єктів невідворотно призводить до раціонально-наукового їх пізнання". І далі: "Та обставина, що філософські узагальнення частенько є "опосередкованими" у тому сенсі, що виражають найбільш суттєве у вже пізаному іншими науками, зовсім не виключає їх науковість, тим більше також і тому, що вони самостійно розробляють методологічні основи дослідження будь-якого об'єкта". Виходячи з останнього, доходимо висновку, що *філософія права повинна поряд з розкриттям тих закономірностей, які стосуються виникнення, структури, функціонування та розвитку феномена права, розкрити сутність методологічних дослідницьких підходів, що використовуються у сучасній юриспруденції, й у першу чергу – антропологічного підходу, оскільки цього сьогодні вимагає побудова "людиноцентричної" ("гуманістичної") системи правових знань, на якій базується новітнє праворозуміння.*

**ОСОБЛИВОСТІ МЕТОДИКИ ВИКЛАДАННЯ  
ДИСЦИПЛІНИ "ПРАВознавство" ДЛЯ СЛУХАЧІВ ФАКУЛЬТЕТУ  
ДОУНІВЕРСИТЕТСЬКОЇ ПІДГОТОВКИ ЛНУ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА**

*А. Макаренко*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

У відповідності до Закону України "Про освіту" та Програми правової освіти населення України, правові знання вважаються необхідним елементом загальної культури людини, а "Правознавство" – обов'язковою дисципліною навчальних закладів всіх типів і рівнів.

Для слухачів факультету доуніверситетської підготовки ЛНУ імені Івана Франка вказана дисципліна не тільки обов'язкова, а є однією з передумов успішної здачі вступних іспитів і зарахування на I курс юридичного факультету денної / заочної форми навчання ЛНУ імені Івана Франка.

Педагогічне навантаження на 2003/2004 навчальний рік з дисципліни "Правознавство" на факультеті доуніверситетської підготовки в ЛНУ імені Івана Франка становить 454 години з яких: лекції – 180 год., практичні – 240 год., заліки – 4 год., контрольні роботи – 5 год., консультації – 25 год.

Таке співвідношення окремих видів робіт видається оптимальним у сенсі розподілу навчального часу між творчою і репродуктивною, теоретичною і практичною діяльністю у межах як однієї теми, так і всього курсу. Важливим є забезпечення методологічної послідовності лекцій та семінарів, висвітлення всіх передбачених тем з позицій науковості, історизму, зв'язку теорії з практикою.

Курс "Правознавства" доцільно починати з вступного заняття, завданням якого є ознайомлення слухачів із суттю предмета, завданням, структурою і змістом даної дисципліни та вимогами, які ставляться до підготовки практичних занять, рефератів, контрольних робіт, заліково-екзаменаційної сесії.

Одним з основних завдань викладача є визначення ступеню важкості матеріалу для засвоєння: що слухачі можуть опрацювати самостійно, користуючись рекомендованою навчально-методичною літературою, нормативно-правовими актами, підручниками, посібниками та юридичною періодикою, а що обов'язково необхідно роз'яснити на лекції. При цьому потрібно ставити виховну, освітню і розвиваючу мету навчання і послідовно їх здійснювати, чому часто заважає перевантаження заняття другорядним матеріалом.

Технологічна схема учбового процесу включає: пошук джерел інформації і їх опрацювання з тієї чи іншої теми у відповідності з навчальною програмою курсу; прослуховування лекцій з тієї ж теми із врахуванням можливості задавати лектору запитання, у тому числі за матеріалами, проаналізованими з даної теми до лекції; підготовка до практичних занять з використанням конспектів лекцій, рекомендованої літератури; практичні заняття за окремими темами; залік; вступний іспит.

У процесі викладання варто залучати фактичний матеріал, різноманітний за характером: приклади із життя і діяльності людей, підприємств, установ, організацій України та зарубіжних країн, судову практику, статистичні дані, історичні факти та інше. Одночасно, посилювати педагогічно обдуманий відбір прикладів з врахуванням їх закріплюючої функції теоретичної бази.

Вільне оперування фактичним матеріалом передбачає систематичне його накопичення, оновлення, використання періодики, науково-популярної та художньої літератури, інтернету.

Для підвищення міцності засвоєння знань необхідно застосовувати наочні засоби: таблиці, плакати, навчальні кінофільми та інше.

Зокрема, правильне розуміння форми держави та її елементів потребує роботи із відповідними схемами. При опрацюванні нового матеріалу розбір схем відбувається поступово.

Виховно-освітній рівень заняття з "Правознавства" значно підвищиться, якщо, наприклад, при викладенні теми "Порядок вирішення індивідуальних трудових спорів" буде використано "місцевий матеріал", тобто матеріал судової практики, акти прокурорського реагування та інше.

Для ознайомлення з практичною роботою органів держави поряд з різноманітною роботою в аудиторії доцільно проводити екскурсії на підприємства, в установи, організації, зустрічі із представниками місцевих органів влади, судьями, прокурорами, адвокатами.

Навчання і виховання слухачів може бути успішним тільки у тому разі, коли аудиторна робота безпосередньо поєднана із самоосвітньою. Викладачам необхідно спрямовувати свої зусилля на забезпечення проблемності навчального процесу, вироблення навиків у слухачів до самостійного творчого мислення, нагромадження знань і постійного їх вдосконалення.

Слухачі залучаються до пошуку доказового розв'язання проблем і проблемних завдань, вчаться самостійно здобувати знання, застосовувати раніше засвоєні і оволодівати досвідом творчої діяльності. Розрізняють три рівні проблемності: перший – викладач ставить і формує проблему, а слухачі з його допомогою розв'язують її; другий – викладач ставить проблему, а слухачі розв'язують її самостійно; третій (найвищий) – коли ті, що навчаються, і ставлять навчальну проблему і розв'язують її. Зважаючи на те, що переважна більшість слухачів – це вчорашні школярі, видається доцільним звернути особливу увагу на перших два рівні проблемності. Проблемне навчання завжди орієнтоване на розширення обсягу і глибини знань тих, хто навчається.

При підготовці до практичного заняття, кільком слухачам слід доручити підготовку повідомлень з вузлових питань (реферати). Бажано щоб всі інші на кожне з повідомлень підготували усну або письмову рецензію. Це надасть виступу характеру своєрідного захисту наукової праці.

Спочатку заслуховуються повідомлення і виступи опонентів. Після чого свої думки висловлює решта слухачів і дає порівняльний аналіз їх відповідей на питання. На закінчення викладач дає оцінку повідомленням і виступам і підводить підсумки дискусії.

Лекційний курс і практичні заняття з тієї чи іншої теми обов'язково повинні завершуватись тестуванням на базі типових завдань для вступного іспиту з основ правознавства (Когутич І.І., Косович В.М., Заверуха І.Б. Основи правознавства: Типові завдання для вступного іспиту (тести, формули, задачі) / За ред. А.М. Бойка. – Львів, 2003).

Порівняльний аналіз відповідей слухачів (результатів тестування) дозволить виявити типові помилки, закріпити опрацьований матеріал і посилити увагу підлітків до питань, які розглядаються.

## СЕКЦІЯ ІСТОРІКО-ПРАВОВИХ НАУК

### ОСОБЛИВОСТІ СТАНОВЛЕННЯ ПРАВА ТА ДЕРЖАВИ НА РІЗНИХ ЕТАПАХ РОЗВИТКУ СУСПІЛЬСТВА

*А. Кольбенко*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Не зважаючи на те, що держава і право вже кілька тисячоліть обслуговують інтереси суспільства, на різних етапах його розвитку вони були наділені певними специфічними особливостями та мали особливе призначення.

В залежності від обрання конкретного підходу до класифікації держав: формального чи цивілізаційного, можна прослідкувати ту роль, яку відігравали держава і право на різних етапах розвитку суспільства. Оскільки основою для формаційного підходу є спосіб матеріального виробництва і соціальна структура суспільства, а для цивілізаційного – духовні і культурні відносини, які втілюються в типі культури, мови, історії, релігії, традицій, побутового укладу та ін., то для повного і об'єктивного аналізу найкраще поєднувати ці підходи.

Необхідність такого поєднання зумовлені, насамперед, тим, що суспільство є не тільки системою матеріальних відносин, але в тому числі і системою соціальних, культурних, духовних, мовних та інших зв'язків.

Крім того, для формування держави і права ці зв'язки повинні бути тривалими, сталими і солідаризованими. В такому суспільстві для формування волювої поведінки людей повинні виробитися моральні, духовні, етичні, правові та інші установки, оскільки самі поняття держава і право – це продукти не так матеріальної, як інтелектуальної, державної, волювої діяльності людини.

До державних первинних цивілізацій можна віднести країни Стародавнього Сходу і античні держави. Саме на прикладі цих країн можна яскраво помітити різницю цивілізацій, не зважаючи на те, що вони входять до єдиної рабовласницької суспільно-економічної формації. Ці відмінності сформувалися внаслідок різного хронологічного існування, географічних та економічних умов, різних традицій типологічних особливостей людей і т.д.

А тому, відображаючи подібну соціально-економічну сутність, ці держави мали досить суттєві відмінності. Зокрема, в країнах Стародавнього Сходу:

- в праві та державній структурі досить тривалий час зберігалися значні пережитки первісно-общинного ладу;
- тут, у значно більшій мірі ніж в античних державах існувало первісне домашнє рабство, коли раби входили до великої патріархальної сім'ї рабовласника як додаткова робоча сила. Вони використовувалися для виробництва матеріальних благ і володіли деякими обмеженими правами;
- колективна власність на землю і рабів значно переважала приватну, котра тільки починала формуватися;
- тривалий час зберігалася сільська община, яка носила територіальний характер;
- основною і типовою формою державного правління була східна деспотія;
- сформувалася специфічна етико-філософська та правова система, які склали основу для розвитку азіатських держав.

У той же час для античних держав притаманними були:

- класичне, надзвичайно жорстоке рабоволодіння, де раби були основними виробниками матеріальних благ;
- основою була приватна власність на землю і рабів;
- переважною формою правління була республіка;
- формування такої правової і етно-філософської системи, які склали основу для розвитку європейських держав.

Держави середньовіччя, який виникли у V, VI та наступних століттях розвинули європейську цивілізацію і за формаційним підходом належали до феодальних держав.

Основним засобом виробництва при феодалізмі хоча і залишалася земля, але соціальні, етичні, правові та інші відносини були вже якісно іншими. Основними виробниками матеріальних благ стали залежні селяни. Вони не були юридичними власниками землі, але вони володіли власним будинком, знаряддям праці та ін. Усе це створювало зацікавленість селян результатами своєї праці, бо все, що створювалося ними, крім відрахувань на користь феодала, вважалося їхньою власністю. Селянин, на відміну від раба, став суб'єктом правовідносин. Типовою формою державного правління для феодальної держави переважно стає монархія.

Однак, не зважаючи на багато спільних і подібних рис, кожна феодальна держава у залежності від багатьох умов мала свою специфіку. Тим більше, що існування феодалізму, на думку багатьох західних вчених є прерогативою, насамперед, європейських народів.

Основою політичних відносин, які пізніше вплинули і на формування соціальних відносин, стали особливі феодальні зв'язки, які сформувалися внаслідок воєнної служби та особистих відносин колишніх воїнів-дружинників до свого вождя. Ці зв'язки утворили особливу ієрархію сюзеренітету – васалітету, котра базувалася на принципах патронату.

Саме в період феодальних відносин етнічні групи створили територіальну основу держави та визначили її характер. Об'єднання і змішування окремих племен в межах окремих державних формувань сприяли їхній згуртованості та солідаризованості. Важливу роль в цьому процесі відігравали етнічні та мовні кордони.

Однією із характерних рис феодальної держави був її тісний зв'язок з церквою. Довгий час в окремих народів державна організація була тісно пов'язана і навіть зливалася з церковною. Завдяки розвитку звичаїв, церковного права та правових актів окремих феодалів поступово сформувалося і право, яке вже суттєво і на якісно новому рівні відрізнялося від рабовласницького.

Це право:

- визнавало залежних селян суб'єктами права;
- враховувало етнічні та мовні особливості окремих народів;
- закріплювало відносини сюзеренітету-васалітету між окремими соціальними групами;
- важливий вплив на його формування мало церковне право та ін.

Початок нового періоду розвитку суспільства поклали дві буржуазні революції: англійська у другій половині XVIII ст. і Велика французька революція в кінці XVIII ст.

Процес становлення буржуазної держави і права в залежності від конкретно-історичних особливостей окремих країн проходив різними шляхами і неоднаковими темпами.

Вони були логічним і прямим продовженням попередніх державно-правових систем. Відштовхуючись від ідей конституціоналізму і народного суверенітету, радикально настроєні діячі буржуазії добилися встановлення республіканського ладу або заміни абсолютних монархій на конституційні. Буржуазні ідеологи розробили прогресивні теорії "суспільного договору", "природного права", "розподілу влади" та інші, які втілювалися у державно-правовому будівництві. Одним із найважливіших принципів буржуазного права став принцип юридичної рівності всіх учасників суспільних відносин. Буржуазія проголосила комплекс невід'ємних прав людини: право на життя, свободу, щастя, приватну власність та інші. Проголошувався також суверенітет народу і його право на опір насильству. Для буржуазного суспільства характерним є поділ на державу, як формалізовану організацію загального інтересу і громадянське суспільство, в якому загальний інтерес забезпечується, насамперед товарним способом виробництва.

Сучасні держава і право характеризуються соціальною спрямованістю, демократичним режимом утворення державних органів і здійснення державної влади, правовою формою державної діяльності.

Для сучасної держави характерними є наступні ознаки:

- вона є універсальною організацією суспільства;
- публічною організацією влади;
- правовою організацією влади;
- суверенною організацією влади;
- виступає у суспільній системі як організована соціальна сила;
- забезпечує соціальну злагоду в суспільстві;
- має соціальну направленість своєї діяльності та ін.

## ПУТИ РЕКОНСТРУКЦИИ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКОГО ОБОГАЩЕНИЯ ИСТОРИЧЕСКОГО ПОЗНАНИЯ ПРАВА

*М. Дамирли*

*Международный гуманитарный университет*

Несмотря на то, что перемены, произошедшие в общественной жизни на постсоветском пространстве, привели к возрождению истории как науки, остался практически неизменным образ историко-правовой науки как сугубо описательной, фактографической, "коллекционирующей" положения законодательных актов. Очевидно, что при сохранении нынешнего статуса историческое познание права не в состоянии осуществить свое главное назначение – воплощать интенцию человека осознать себя как "юридическое существо", понять настоящее права через его прошлое и увидеть перспективы его будущего. Таким образом, возникает вопрос о новом эпистемологическом статусе исторического познания права. Данную проблему усугубляет сложившаяся ситуация, в результате которой в современной методологии исторического познания права образовался своеобразный вакуум: старая методология выявила свою односторонность, ограниченность, а разработка, овладение новой оказалось делом далеко не простым. Своеобразную остроту этому придавало пришествие постмодерна. В связи с указанными обстоятельствами на первый план выдвигается задача повышения теоретико-методологического уровня исторического познания права, чтобы сделать данную отрасль знания более зрелой в концептуальном отношении. При этом конкретными путями реконструкции, расширения предметной сферы и методологического обогащения историко-правового познания, содержательного наполнения знаний в данной сфере представляются следующие.

**1. Восстановление прерванной преемственности в развитии историко-правовой науки и учет собственных исторических традиций в их применении к анализу актуальных эпистемологических проблем.** Концептуальный анализ эволюции историко-правового познания показывает, что каждая культурно-историческая эпоха внесла свой вклад в его развитие, и многие традиции прошлого (по меньшей мере, последних двух столетий) включены в современные представления о его теоретико-методологических проблемах. В трудах ученых прошлого представлена богатая гамма трактовок многих теоретико-методологических вопросов, что является предпосылкой для их плодотворной разработки в современной эпистемологической ситуации. Этим вызвана и необходимость восстановления преемственности в развитии историко-правовой науки и творческого использования достижений ее предшественницы в XIX – начале XX в. Таким образом, одной из первоочередных задач постсоветской историко-правовой науки должно стать восстановление прерванной в советский период преемственности и удержание, творческое восприятие того ценного, что было накоплено за всю историю ее развития.

**2. Преодоление изоляции от западной науки, освоения ее положительного опыта, новейших тенденций.** Другая задача историко-правовой науки по преодолению самоизоляции в теоретико-методологическом и интеллектуальном плане состоит в интеграции с западным обществоведением в целом и историко-правовой наукой в частности, быстро прогрессирующими в XX в. При этом теоретико-методологическое обогащение историко-правовой науки должно осуществляться путем *не простого переноса, а критического освоения положительного опыта.*

**3. Гуманизация историко-правовых знаний,** важным средством которой является антропологизация их с применением историко-антропологического подхода и включением в предмет исследования категории "правовой менталитет". Одна из важных и долгое время почти незамеченных специфических черт историко-правового познания – это его гуманитарность, признание которой представляется особенно актуальным, когда в современном социальном познании все зримее вырисовывается поворот к человеку, гуманизация всего корпуса социального знания. Конечно, одной только констатации гуманитарной природы историко-правового познания недостаточно. Еще важнее выявить значение тех характерных для гуманитарного знания методологических подходов, от применения которых историко-правовое познание может только выиграть. В связи с этим необходимо отметить такие важные аспекты гуманитарного знания, как его направленность не столько на материальность человека, сколько на субъективность последнего, и диалогичность постижения данного субъективного мира. Признание принадлежности историко-правового познания к



гуманитарному типу увеличивает важность ряда гностических задач, а нередко выдвигает и новые. Во-первых, гуманитаризация историко-правовых знаний выводит на первый план процедуру понимания, ибо гуманитарное познание и призвано выявить смысл. Во-вторых, она требует установления тесных междисциплинарных связей с такими дисциплинами, как культурология, антропология, герменевтика, семиотика, взаимосвязь с которыми обусловит появление новых подходов и активное внедрение аппарата культурологии, антропологии, понимающих методик и т.п. В-третьих, диалогичность как особое свойство гуманитарного познания делает привлекательным и перспективным рассмотрение проблемы диалогичности методологии историко-правового познания.

Гуманизация историко-правового познания, да и в целом правового мышления, еще не воплощена в исследовательской практике. Важным средством реализации данной задачи должна стать *антропологизация* всего корпуса правового знания, в том числе его исторического раздела. При этом особую ценность представляет *историко-антропологический подход* к познанию прошлого, который, вводя новое – человеческое – измерение, нетрадиционные исследовательские параметры в историческое познание права, открывает и новые перспективы развития знания о праве, заметно расширяя рамки историко-правовых исследований, помогая обнаружить потаенные пласты глубинной социально-правовой структуры и раскрывая неведомые страницы истории правовой жизни человека "во плоти и крови". Историк права уже не может довольствоваться исследованием только отдельных исторических памятников права просто как хранилища сведений о праве. Он должен ориентироваться на исследование правовой истории с позиции субъектов исторических действий. А это подразумевает исследование исторических источников права как продукта деятельности человека, феномена правовой культуры. Для методологической переориентации исторического познания права и создания антропологически ориентированной историко-правовой науки немалое значение имеет включение в предметную сферу историко-правового познания категории "*правовой ментальности*". Ценность введения ментального измерения в историческое познание права состоит в том, что создается возможность более глубокого проникновения в ткань правовой истории и происходит значительное обогащение источниковедческой базы историко-правовых исследований.

**4. Критическое осмысление новых идей постмодернистской историографической программы.** Смена парадигм в современной историографии в немалой степени связана с пришествием на авансцену истории *постмодернизма*. Постмодернистский историографический дискурс – явление очень сложное, имеющее как негативные, так и позитивные черты. Такие *радикальные программные идеи постмодернизма*, как опровержение самодостаточности исторической реальности, т. е. объекта исторического познания (антиобъективизм), абсолютизация роли исторического текста как "единственно доступной реальности", изучение его без связи с реальной жизнью, отождествление прошлого с его описанием, размытие границ между фактом и вымыслом и т. д., – грозят разрушить основы исторического познания. Поэтому их не могут принять ученые, трезво относящиеся к своему ремеслу. Однако постмодернизм заставляет пересмотреть многие эпистемологические проблемы историко-правового познания. Конструктивно-критическое осмысление постмодернистской парадигмы истории выводит на первый план методологически значимые положения о надлежащем учете социальной ориентированности познающего субъекта (в роли которого выступает и создатель текста/источника); о важной роли конкретного социокультурного исторического контекста при изучении историко-правовой реальности; о продуктивности учета связи социальных и дискурсивных (речевых) практик, позволяющей преодолеть разрыв между историческими источниками изучения права и конкретным социокультурным историческим контекстом; о многомерности бытия и несводимости его к одномерному описанию, поддерживаемому умеренным крылом постмодернизма; о признании активной роли языка в описании историко-правовой реальности, совершенствовании методов текстуального анализа, распространении новых приемов критики текстов; о недопустимости жесткого противопоставления элитарной и массовой культуры, единичного и общего, индивидуального и коллективного, случайного и закономерного.

**5. Переход от монистической парадигмы методологии к методологическому плюрализму,** к многомерному, интегративному подходу, от монолога к диалогу подходов, от парадигмы истории, всецело ориентированной на одну теоретическую схему к парадигме мультидетерминированной истории, от линейного мышления к нелинейному, с широким применением постулатов синергетики. Абсолютизация одного и пренебрежение остальными методами – уже перевернутая страница в истории социально-исторического познания. На смену монистической парадигме методологии социально-гуманитарного познания приходит методологический плюрализм. Строгое следование методологическому плюрализму позволяет снять ограниченность отдельных подходов, ибо каждый из них способен высветить, как луч прожектора, лишь определенный срез реальности. Плюрализм при

изучении социальной, в частности правовой, реальности, обусловлен задачей получения более целостной картины изучаемой сферы. Гиперболизация любого из множества подходов неизбежно ведет к перекосам и деформациям в историко-правовом знании в ущерб целостному познанию. Если исходить из многомерности бытия, его истории, то, безусловно, исследовательские методы и подходы не должны быть одномерными. В этом и заключается ценность многомерного подхода, центральной категорией которого является категория "ипостась", а двумя основными принципами – принципы полифундаментальности и дополнительности. Перспективность парадигмы мультидетерминированной истории (апологетами которой, в частности, являлись и основатели школы "Анналов") состоит в неопределенности одного или нескольких факторов как детерминант исторического процесса, в возможности постоянно заново открывать, какие факторы анализируемой ситуации, периода или данного феномена являются определяющими, без априорно установленной их иерархии. Та же задача по созданию целостной картины объекта познания в новой эпистемологической ситуации предполагает включение в предмет исторического исследования наряду с категорией "закономерность" и категории "случайность". В этой связи необходимым представляется широкое использование познавательного потенциала синергетического подхода.

**6. Концептуализация знаний, проведение междисциплинарного синтеза,** создающего предпосылки для конструирования новых направлений на стыке отдельных дисциплин. На современном этапе развития социально-гуманитарного научного познания разворачивается интенсивная концептуализация научного знания, которая сопровождается значительным усложнением его структуры, введением новых уровней опосредования между теоретическими построениями и отражаемым объектом. Кроме того, для современной социально-гуманитарной науки становятся все более характерными процессы интеграции и дифференциации сопредельных областей науки, размежевания и взаимодействия разных наук, междисциплинарность исследований, что предопределяет возникновение новых исследовательских направлений. Эти тенденции четко просматриваются во включении в сферу исторического познания права новых уровней и направлений. Хотя традиционно выделяемые историко-правовые дисциплины образуют наиболее крупный и значимый пласт научных историко-правовых знаний, последние не сводятся исключительно к этим дисциплинам. В частности, осмысление историко-правового процесса во всемирном масштабе в рамках предложенной модели исторического познания права предполагается осуществить на двух уровнях: теоретико-историческом (универсальная история права) и философско-историческом (историософия права).

Подытоживая вышеизложенное можно прийти к выводу, что эпистемологический прорыв в историко-правовом познании должен опираться главным образом на критическое осмысление всего опыта историко-правовой науки, с учетом специфики этой отрасли и направляться к освоению и разработке новых подходов и методов в свете новейших тенденций современной науки и мировой историографии. В заключение следует также отметить, что предложенные в тезисной форме положения лишь подготавливают почву для методологического обновления исторического познания права, а для более углубленной разработки проблем методологического обеспечения исторического познания права требуется новые эпистемологические изыскания.

## ЕТИКА ПРИРОДНОГО ПРАВА У СТАРОДАВНЬОМУ КИТАЇ

*С. Сливка*

*Львівський інститут внутрішніх справ при НАВС України*

Китай – країна стародавньої цивілізації і багатогранної філософської творчості. Однак для повноти розуміння китайської філософії необхідно враховувати обставину, яка донедавна не була усвідомлена вченими. Це при тому, що саме вона, чи не в найбільшій мірі сприяла формуванню тих рис і особливостей, які з достатньою підставою можна вважати притаманними саме китайському способу філософського осмислення світу.

Ведучи мову про обставину, маємо на увазі відкриття психобіолога з Каліфорнійського технологічного інституту Роджера Сперрі, який у 1981 році став Нобелівським лауреатом у сфері фізіології й медицини за дослідження ним функціональної спеціалізації розділених півкуль головного мозку людини. Ним та багатьма іншими вченими, що працювали поряд, вперше було встановлено, чим саме відрізняються між собою ліва і права півкулі головного мозку у їх функціональному сприйнятті оточуючого світу. В ході досліджень було встановлено, що кожна з півкуль має свою сферу спеціалізації і здійснює обробку інформації лише притаманним їй способом. При цьому домінування однієї з півкуль над іншою визначається характером вирішуваних завдань в руслі двох основних типів мислення – логічного (спеціалізація лівої півкулі) та інтуїтивного (спеціалізація правої півкулі).

В контексті цієї істини є підстави стверджувати, що китайська філософія є явищем-наслідком функціонування правопівкульної культури. У лівопівкульних культурах, тобто при умові домінування лівої півкулі головною сферою спеціалізації, як ми уже зазначали, є логіка мислення, що виражається в особливо яскравій формі під час виконання функцій обробки вербальної інформації. Така обробка передбачає контроль над мовою, читанням й писанням, математичні здібності, аналіз фактів лише в певній послідовності (поетапно), сприйняття слів лише в буквальному розумінні. У правій півкулі зосереджене інтуїтивне сприйняття світу. Так, обробка невербальної інформації виражається не в словах, а в символах і образах, цілісному сприйнятті проблем, просторовій орієнтації, музикальності, метафоричному сприйнятті дійсності й образотворчості.

Таким чином, формуються особливості традиційного філософського осмислення в Китаї, до яких, до яких, зокрема, можна віднести холізм, інтуїтивність, символізм, увага моральній свідомості та етичним нормам, циклічне бачення змін та інші.

Деякі автори крім названих рис китайської філософії називають ще і "логіку центральних понять". І хоча названа риса є наслідком функціонування лівої, а не правої півкулі мозку, як ми вияснили вище, все ж при кількісному співставленні її одиначної (лівопівкульної) з рештою перелічених рис (правопівкульних) підтверджує достовірність висновку про домінування останніх.

У руслі зазначеного домінування слід розглядати і просторові уявлення китайців, тісно пов'язані зі спеціалізацією правої півкулі, і увагу до стосунків між людьми та емоції, що характеризують ці стосунки. Варто зазначити, що хоча емоції і не є продуктом функціонування правої півкулі, все ж вони зв'язані з ним більш тісно, ніж з лівим. І цей взаємозв'язок виявляється в китайській філософії з найдавніших часів.

У найбільш ранній період китайської філософії панує космогонічне вчення, культ Неба, який не тільки пояснює закономірні природні процеси, зокрема рух зірок, але й пов'язує їх з долями держав та окремих людей, а також із заповідями моралі. Вважалося, що гармонійні відносини між Небом і Землею постійно порушуються.

Головний інтерес китайської філософії – це відношення між суспільством і людиною, правителем та його підлеглими. Не теорія пізнання, не логіка, а етика (морально-етичні проблеми, відносини між людьми, управління державою) стоїть на першому місці у роздумах головних представників китайської філософії. Крім того, китайці захоплювалися історичним минулим своєї країни, яке вони у значній мірі ідеалізували (герої міфів, легенди, наближені до реальної дійсності).

У Стародавньому Китаї вірили, що Небо сприяє імператору, влада якого мала священний характер, що воно доручає ("вручення небесних мандат") найбільш гідному, найбільш добродійному

із людей керувати Піднебесною. Вважалось, що через імператора Небо регулює соціальне буття людей, карає за порушення соціального порядку (кара Неба). Морально-правові принципи, дані Небом, розглядалися як втілення вищої справедливості. Піддані повинні були підкорятися їм. У свою чергу, правитель повинен був турбуватися про благо підданих.

Однак загалом слід констатувати, що природничі та прикладні наукові знання були розвинуті у Стародавньому Китаї відносно слабо, оскільки китайці взагалі не вважали їх наукою. Вони приділяли недостатню увагу вивченню законів природи, насамперед тому, що постійно були зайняті болочими соціальними проблемами. Багато китайців обирали чиновницьку кар'єру, яка давала змогу забезпечити бодай мінімальний достаток. Серйозно гальмувало розвиток природничих знань весільне конфуціанство, яке зосередилося на проблемах соціальної етики, все ж інше вважалось марною тратою часу. Давалося взнаки також традиційне схиляння перед авторитетом стародавніх "мудреців". На думку китайців, "мудреці" давним-давно все придумали, все зважили, все передбачили. Сама ідея про доцільність доповнення чи перегляду концепцій, розроблених "мудрецьми", здавалася їм блюзнірською.

Життя Стародавнього Китаю було вельми специфічним. Старокитайське мислення, на відміну від старориндського, орієнтувалося не на метафізику, а на соціальну етику та адміністративну практику. Китаєць ніколи надто не замислювався над таємницями буття та проблемами життя і смерті, натомість він завжди бачив перед собою еталон вищої доброчесності і вважав своїм священним обов'язком наслідувати його. Китайська міфологія для нас до сьогодні в повній мірі є незрозумілою. У загальних рисах уявлення китайців про виникнення світу й світобудову було таким. Все суще в природі складається з п'яти першоелементів: води, дерева, металу, вогню та землі і є наслідком постійної взаємодії двох полярних космічних сил – інь і ян, які графічно зображуються як дві невіддільні половини – чорна й біла, зображені так, що одна готова перейти в іншу. Інь і ян не протистоять одна одній, а взаємодіють між собою, постійно проникають одна в одну, міняються місцями, створюючи вічний кругообіг речей у природі. Небо і Земля, на яких замикається Всесвіт, по суті ті ж сили – ян і інь. Спершу вони були злиті воедино, проте напівжінка-напівзмія Ньойва роз'єднала їх. Земля згідно з китайською міфологією має квадратну форму і лежить під круглим небом. На земній поверхні під небесним шатром живуть китайці, а в чотирьох кутах, не прикритих небом, – примітивні народи, здатні бути лише васалами китайського імператора.

Таким чином, відірваність китайської філософії від конкретних наукових знань призвела до того, що в поясненні світу вона користувалася наївно-матеріалістичними ідеями. Питання мислення, природи людської свідомості були поставлені в ній в найбільш загальному вигляді.

Тому китайська цивілізація не розвинула концепції права (у тому числі – природного) як центрального принципу. Разом з тим вона розвинула інші принципи, що дозволяли розв'язувати проблеми. Так, при вирішенні конфліктів зверталися до свідомості, а не до захисту прав в судовому порядку. Закон використовували лише тоді, коли всі інші способи вирішення конфлікту терпіли невдачу. Передусім необхідно було апелювати до людських почуттів, потім до розсудку і тільки в останню чергу до закону. Закон існував для морально занепалих, невинуватих злочинців та іноземців. Правитель, дотримуючись природного ходу речей і подій, в ідеалі повинен не втручатися в життєвий процес і правити шляхом недіяння, а кращий правитель – той, про якого народ тільки і знає, що він існує. Це означає, що у древньокитайців домінувало інтуїтивне сприймання природного права, яке розвивалося в кожній особі під впливом небесних сил. Сюди вони відносили свідомість, почуття, здоровий глузд, розсудок як основні категорії природного права.

Найбільш істотним принципом китайського життя (як усна традиція) є "лі", а не право, що означає церемонії та ритуали, жертвоприношення, пов'язані з культом предків і має відношення до магічних сил. Принцип "лі" також означав правильну та гідну поведінку, гармонізовану з цілісністю космічних явищ, представлених в концепції Неба. Тут основну роль відігравала віра у взаємозалежність природи і людської поведінки. Пізніше "лі" визначав порядок в суспільстві у вигляді п'яти видів відношень: між батьком і сином, правителем і підданим, чоловіком і жінкою, старшим і молодшим братом, між друзями. Це породжувало спеціалізовані "лі" для здійснення культу небесних сил, землі і людини, а потім п'ять "лі" для богослужіння: на випадок стихії і трауру, при отриманні державних позик, на випадок війни і свят. Невиконання обов'язку порушувало гармонію між людською і нелюдською сферами та вимагало відповідних дій для встановлення цієї гармонії. Тобто "лі" є чимось внутрішнім по відношенню до людської поведінки, а не чимось нав'язаним зверху людською чи Божою силою. Його здійснення на практиці внутрішньо обумовлено як демонстрація

особистої здатності людини сприяти здійсненню всезагальної гармонії і культивуванню своєї сутності та суспільства.

Можна зробити попередній висновок, що принцип "лі" хоча й не мав однозначного розуміння, проте відображав внутрішнє ставлення до сил природи, до природного відношення між людьми, до природного стану поведінки. "Лі" переконливо доводить інтуїтивне ірраціональне мислення древньокитайців, магічну віру у розум людини щодо визначення справедливості власної поведінки. Спеціалізовані "лі" – це наслідок раціоналізації людських вчинків, впливу державних інституцій на людину.

Філософія Китаю отримала високий статус, стала цариною наук завдяки вченню мудреця-діяча, книжника Конфуція в середині I ст. до н. е. Він став духовним батьком китайської нації, видатним філософом Стародавнього Сходу.

Світоглядно-філософські ідеї Конфуція полягали в тому, що Небо – найвища сила: прямує за справедливістю на Землі, стоїть на варті соціальної рівності. Небо – це доля і Дао (закон, шлях). Суть і мета пізнання – знати людей, а не природу; знання має бути практичним, корисним. Пізнання має бути вибірковим: "слухаю багато, вибираю найкраще і наслідую його". Вчитись треба заради вдосконалення себе, а не ради популярності.

Тобто, Конфуцій заклав підвалини етики не тільки позитивного, а й природного права. Правда, над джерелами природного права він та його учні не задумувались. Вони посилались на вимоги Неба, які скеровані на поведінку людей. Вимагалось врегулювати лише дії, а не думки людини. Вчення Конфуція, таким чином, було скеровано на зовнішнє життя людини, яке має відповідати Піднебесній. З цього приводу він зазначав, що народ можна заставити повинуватися, але не можливо заставити розуміти чому.

Головним у суспільстві Конфуцій вважав взаємовідносини між людьми, їх природно-моральні якості, які впливають на явища природи. За неправильні дії людини, її аморальність наступають природні санкції – стихії природи як попередження Неба. Тим самим він доводив, що від морально-природної поведінки людини залежить весь правовий світопорядок.

Конфуцій та його послідовники ставили питання про природу людини як джерело злочинних діянь. Вони вважали, що природі і всім людям властива взаємна любов, тому тих, хто не сповідує заповіді всезагальної любові і творить зло, чекає неминуче покарання. Жорсткосердних, вважав він, слід карати, а мудрих нагороджувати.

Програма Конфуція щодо природно-морального життя мала конкретний, раціональний характер, який відповідав нормам природного права. Згідно досліджень А. Гусейнова і Р. Апресяна до цієї програми входили: людяність, ритуал, вихованість, благородний муж. Інші автори замість людяності зазначають гуманність, милосердя. Вважаємо, що гуманність є складовим компонентом людяності як морального закону, який вимагає відповідних взаємин між людьми згідно з "небесною волею". А милосердя випливає з любові між людьми.

Крім того, людяність – це людська засада в людині, яка є одночасно й обов'язком (внутрішнім, моральним). Тобто людське повинно бути в людині.

Обов'язок (внутрішній) – це моральний обов'язок (його внутрішній імператив), який людина в силу своїх добродетелей і досконалостей сама накладає добровільно на себе. Обов'язок повинен бути продиктований внутрішнім переконанням в тому, що слід поступати так, а не інакше. Людина обов'язку повинна бути вірною і відданою. Йдеться про родинні і суспільні обов'язки, які продиктовані Небом.

Висвітлюючи своє розуміння людяності, Конфуцій зазначав, що людина не може збитися в одну зграю зі звірами та птахами, і якщо вона піде від людей, то залишиться сама. Тобто в людини є своя доля, навіть якщо вона дуже важка. Мудрість полягає не в тому, щоб постійно ставити мету, яка не збувається, – піти від людей, а в тому, щоб внести гармонійні засади у відношення між ними. Відношення між людьми наповнюються моральним змістом, приймають гармонійний характер по мірі того, як стають взаємними.

Крім того, філософ зазначає, що коли відома воля Неба, то не можна не виконувати її. Прямувати відповідно до волі Неба – значить дотримуватись всезагальної любові і взаємної вигоди між людьми.

Тим самим підкреслюється онтологія та деонтологія людини. Людина як частина природи повинна бути серед людей і виконувати природні приписи. Уникнення людей можна вважати порушенням норм природного права.

Слово "ритуал" – не єдиний еквівалент відповідного китайського "лі", який може бути перекладений як "правила", "принципи", "церемонії", "етикет", "обряд". У найбільш загальному вигляді під ритуалом розуміють конкретні норми та взірці суспільно гідної поведінки. Ритуал сам є моральною мірою поведінки, оскільки він забезпечує узгоджене існування людей, дає їм загальні символи. У змістовному плані конфуціанський ритуал тримається на двох основах: синівська шанобливість і виправлення імен.

Конфуцій зазначає: того, що не відповідає ритуалу, не можна ні споглядати, ні слухати, ні говорити і не робити. Від виводить, що із доброї природи людини не випливає вини її природних якостей у недобрих вчинках. Із почуттів жалісливості випливає людинолюбство, зі стиду й обурення – справедливість. Увага та шанобливість – це основа ритуалу. При цьому почуття правди й неправди – є основою пізнання. Тобто елементи природної логіки відображають деякі принципи природного права.

Ритуал у древніх китайців виступав символічним законом природи, про появу якого ніхто не задумувався, оскільки його потрібно було повністю виконувати і в абсолютній покірності. Зокрема, син міг змінити батьківський ритуал, але не швидше, ніж за три роки після смерті батька. Нове потрібно було виводити зі старого, не порушуючи культуру предків, класичної традиції світогляду. Така міцна природність ритуалів нагадує певний консерватизм (аналогічно до законів природи), хоча це є швидше формою соціальної організації та контролю, а також саморегулюючі процедури природної поведінки людини.

Незважаючи на те, що в етичному вченні Конфуція прямо про вихованість не йдеться, проте така категорія прослідкується.

Так, він пише, що коли в людини природність перевищує вихованість, то вона подібна селякам. Якщо ж вихованість перевищує природність, то вона подібна вченому-книжнику. Після того як вихованість і природність в людині врівноважать одне одного, вона стає благородним мужем. Це означає, що китайці не відкидали природне право, а вважали його другорядним. Головним було для них засвоїти, вивчити це право, виховати себе в дусі природності і бути взірцем у поведінці. Покора природному праву через силу волі у поведінці забезпечувало благополуччя.

Поняття благородного мужа має у Конфуція два взаємопов'язані смисли: приналежність до аристократії та людська досконалість. Благородний муж – зосередження всіх високих якостей, ідеальна особистість, як її розумів Конфуцій. Вона намагається пізнати правильний шлях (Дао); завжди і у всьому людинолюбець; думає про те, щоб у всьому дотримуватись ритуалу, бути сердечним і правдивим у словах, чесним і шанобливим у вчинках; вона постійно вчиться. Значається, що у людей з красивими словами, але притворними манерами мало людинолюбства.

Іншими словами, благородний муж поклоняється перед законами Неба, заповітами предків, шанує і дотримується природних законів, має власну природно-моральну думку, поводить себе шляхетно тощо. Спостерігається певна консервативність (як і в природі), менше уваги новаторствам, щоб не порушити древні моральні приписи та "волю Неба", оскільки благородний муж знає натуральний порядок природи.

Наступну філософську систему Стародавнього Китаю заснував Лао-цзи. Вона отримала назву – даосизм. Даосизм давав полярні до конфуціанства знання. Зокрема, він висвітлював внутрішні процеси поведінки людини – глибинний закон Всесвіту, який людина усвідомити не може. У даному випадку слід виконувати не волю Неба, а природний закон (Дао).

В даосизмі Дао – це всезагальний Закон Природи, Початок і Кінець Творіння. Дао – це все і ніщо. Ніхто не створив Дао, але всі повертаються до нього і все походить від нього. Дао нікому не відоме, воно недоступне для органів чуттів. Воно постійне і невичерпне. Дао має подвійну природу: безіменне Дао (постійне і вічне, начало Неба і Землі; його коріння в небутті), іменоване Дао (джерело конкретних речей, його вершина – в бутті). Із-за подвійності природи Дао має суперечливі характеристики: Дао водночас незмінне і рухоме, одиничне і множинне; Дао безтілесне, але в глибині його сховані тілесні частинки; Дао невизначене, але в цій порожнечі – його невичерпність.

Таким чином, морально-етичному конфуціанству було протиставлено духовно-правий даосизм або вище духовно-етичне розуміння Природи людини, де відстоювали, по суті, ідеї природного права, вічного права. Не заглиблюючись в наукову суть, даосисти інтуїтивно відчували, що людина сама не в змозі створити моральних законів для власного удосконалення, що основне в людини не тільки

поведінка, а й думки, почуття. Існує ірраціональне право, на якому утримується Всесвіт, зміни у світі відбуваються згідно принципів природності, функціонує людське буття, визначається доля окремої людини. Однак глибше пояснити зміст Дао, природного права китайці не зуміли, хоча були переконані в його існуванні і також в тому, що людина і суспільство не існують самі по собі, а є частиною Всесвіту. Тому даосисти заперечували всяку штучність, а навпаки закликали звирятати свої думки та дії з природою, жити за природою, оскільки людське буття є нерозривною єдністю зі всім світом, а духовні засади людини та її фізична природа єдині.

Поява філософської школи легістів (законників) означала заперечення моральних норм і водночас вивищення позитивного права, законів імператора (фа), перед якими повинні бути всі рівні. Проте легісти внесли значний вклад у розвиток природного права.

Основними ідеями легістів є: все у світі відбувається згідно природних законів (людина своїм розумом, пізнаючи закони світу, може здобути владу над світом, а розум, у свою чергу, тільки тоді дає владу над світом, коли діє згідно з законами Дао); відповідно до того, як діють в природі її власні закони (закони "лі") мають бути виробленими і діяти закони суспільства (закони "фа"), які чітко розмежовували б добро і зло у вчинках людей. Тобто, Дао – це всезагальний закон і основа всіх законів, завдяки якому можна досягнути і оволодіти речами. Сукупність природних законів, направлених на розвиток речей, є "лі". В суспільстві ж повинні бути вироблені закони "фа", які встановлюються і змінюються людьми. Мораль повинна бути залежною від закону "фа".

Відповідно до цих тверджень можна виробити схему: Дао – лі – фа. У цій простій схемі є своя складність. Йдеться про місце природних законів і моралі, які залежать (в одному розумінні) і не залежать (в іншому розумінні) від творинь людини. Але так чи інакше легісти визнають природне право, підкреслюють його як джерело позитивного права. Помилкою легістів слід вважати те, що, на їхню думку, людина може цілісно охопити своїм розумом всі природні закони, що й вело до раціоналізації природного права.

Отже, древньокитайська філософія не є однозначною. У ній відсутня струнка, логічна послідовність уявлень щодо світобудови, природно-правового розуміння суспільних відносин тощо. Сильний дух китайського раціоналізму, персоніфікована сила Неба, сліпа покора імператору як Сину Неба, небачений культ предків породжували тверді морально-правові підходи, дозволяли зосереджуватись на основному (на їх погляд) – соціальних проблемах, відсуваючи природне право на другий план.

Однак, не можна сказати, що китайці не цікавились природним правом. Так, обожнення явищ природи, небесної галактики, природних ресурсів, розуміння гармонізації Неба і Землі, схилення перед Небом як зразком для людини і суспільства, тлумачення, що життєва сила та енергія Всесвіту підпорядковується розумній волі людини та інші ідеї призвели до формування різноманітних понять природних законів, хоча й утворювали, на погляд сучасних дослідників, певне безладдя. Але підвищена увага природі морально-етичних проблем була постійною.

Стародавні китайці виходили з того, що людина є частиною природи і підкоряється її законам, що в житті людини відбувається природне втілення, що люди рівні перед природою і те, що існує є призначеним для блага людської душі. Єднання, злиття з природою давали підстави інтуїтивно відчувати космічний порядок у житті, елементарно розуміти універсальні закони космічного життя. З цією метою китайці утворювали етично-моральні норми, які мали космічну основу.

Так, в добрі є частина зла (і навпаки), зло в людини протиприродне. Це твердження сприяло підходам до незмінності природних речей, до певного консерватизму. Зміни уявлялись як цикли, що доповнювали один одного. Але ці зміни до кращого не ведуть, можуть навіть призвести до загибелі людей. Фактично, всі біди людей китайці пов'язували з відступами від природних законів, порушенням принципів природності, самовільністю дій проти природи, егоїстичністю міркувань. Тому система морально-етичних норм хоча й ґрунтувалась на принципах макрокосмосу, на загадках людського існування, але повинна була бути підконтрольною найвищій владі імператора, відповідати політико-державній практиці. Тим самим, філософія, природознавство було підпорядковано державознавству, Сину Неба, який настановляв, що природне і людське не повинні перемагати одне одного.

У Стародавньому Китаї існували ряд філософських шкіл: конфуціанство, даосизм, легізм, моїзм, матеріалізм та деякі інші, які поділяли натурфілософські погляди, розвивали етичні вчення, здійснювали історизацію міфів тощо. Деякі з цих шкіл припинили своє існування, інші міцно вкоренилися в китайське суспільство й до сьогодні. Але так чи інакше у китайській філософії

природного права відсутні чіткі визначення понять, існують багатозначні терміни, основна увага приділялась етиці природного права.

Найбільше впливовою філософсько-правовою школою було конфуціанство. Етика конфуціанства, його канонізація не допускала проникнення філософських ідей інших народів. Тому китайська філософія, етизація поведінки народу була відірваною від інших світових філософій.

Не вдалося завоювати конфуціанський Китай також і буддизму, оскільки його егоцентризм не відповідав загальноживаним нормам конфуціанської моралі. Йдеться про те, що вихований у конфуціанському дусі китаєць понад усе цінував земне життя, свою сім'ю, культ предків. До того ж перекласти на китайську мову буддистські терміни й поняття було нелегкою справою. Тому в Китаї буддизм поступово китаїзувався.

У цілому пізнавальний процес природного права у Стародавньому Китаї створив міцні етичні вчення, які забезпечували створення належного суспільного порядку. У відомому розумінні, ці етичні вчення продовжують здійснювати свій вплив на рівень організованості й досконалості китайського суспільства і в умовах сьогодення.



## ОСНОВНІ ЗАСАДИ СПАДКУВАННЯ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ

*Г. Федущак-Паславська*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Прийняття нового цивільного кодексу є черговим етапом в історії розвитку українського цивільного законодавства, наступним кроком до громадянського суспільства. При створенні цього нормативного акту законодавець здійснив рецепцію римського права на рівні запозичення ідей та формулювань римського приватного права. Рецепція торкнулася і норм спадкового права. Відтак, функціонування інститутів спадкового права в Україні має базуватися як на загальних засадах цивільно-правових відносин, так і на окремих принципах спадкового права, сформованих ще у Римі. Йдеться про фундаментальні засади переходу майна спадкодавця до його спадкоємців, що складають сам зміст спадкування.

Спадкування у Римі здійснювалося у двох формах: універсальної та сингулярної наступності.

Універсальний характер спадкування (*принцип універсальності*), пов'язаний із уявленням римлян про безсмертя індивіда у його нащадках, не покидає римське право, виникнувши ще за часів давнього *ius civile*, коли вважалося, що спадкоємець заміняє померлого спадкодавця, є природним продовжувачем особи спадкодавця, зокрема, у його майнових правових відносинах. Спадок об'єднується з майном спадкоємця в одне ціле. На підставі спадкування набувається цілий комплекс майнових прав і обов'язків, в тому числі і борги.

Поряд із цим існує і сингулярна наступність як перехід виключно майна і майнових прав, але не обов'язків. До того ж, при сингулярній наступності майнові вигоди зобов'язаний надати третій особі спадкоємець від імені спадкодавця. Тобто, спадкоємець і далі одержує всю сукупність прав і обов'язків спадкодавця. Таким чином *принцип універсальності* залишається основою і сингулярної форми наступності.

У давньому Римі порядок покликання до спадкування визначався ступенем родинності: хто був ближче до померлого в порядку патріархальної родинності, тому і залишалося майно. Тобто, можна сказати, що у давні часи існувало тільки спадкування за законом. Такий "законний" порядок стояв вище за будь-яку волю.

І тільки з часом, коли *pater familias*, який вправі особисто розпорядитися всім майном, належним сім'ї за життя, на власний розсуд розпоряджається ним і на випадок смерті. Так виникає спадкування за заповітом, що базується на *принципі свободи заповіту*. Цей принцип закріплений вже у Законах XII Таблиць (451-450 рр. до н.е.).

Проте у системі *ius civile* передбачені обмеження цього принципу на користь підвладних домовладки. Таким чином, з'являється *принцип необхідного спадкування* осіб, яким належить "обов'язкова частка" у спадщині. Цей принцип був вироблений у практиці центумвіральних судів, які вирішували спори у спадкових справах. Запровадження поняття "обов'язкової частки" у спадковому майні сприяло погодженню інтересів найближчих родичів із принципом свободи заповіту.

Обов'язкова частка означає мінімальну частину спадку, яку повинні отримати найближчі члени родини, незважаючи на зміст заповіту. Суб'єктами одержання обов'язкової частки були особи, які при відсутності заповіту повинні були б спадкувати за законом (без заповіту). Тому і розмір обов'язкової частки визначався відносно їх частки у спадщині при спадкуванні за законом, тобто, відносно "законної частки" у спадщині. Початково обов'язкова частка становила  $\frac{1}{4}$  від законної частки, а за законодавством Юстиніана обчислювалась дещо по-іншому, але все ж виходячи із розміру законної частки.

Обов'язкову частку можна було одержати у формі частки в спадщині, дарування чи заповідального відказу (легат, фідейкоміс).

Із появою спадкування за заповітом виникає потреба встановити співвідношення закону і заповіту як підстав спадкування. Загалом, встановлюються наступні правила:

- спадкування за заповітом виключає спадкування за законом, а поєднання цих двох підстав було заборонене (*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*);
- у зв'язку з першим правилом було встановлено, що при розпорядженні у заповіті щодо частини майна, друга частина майна також переходить до спадкоємців за заповітом;
- однак спадкування за заповітом поступається місцем необхідному спадкуванню.

При спадкуванні за законом згідно із *ius praetorium* запроваджується *принцип наступності* або *черговості* покликання до спадкування наступного класу після того із класів, що не прийняв спадщини, а також в межах одного класу за ступенями спорідненості, який ще називають *принципом деволоції*. Так, якщо за *ius civile* при відсутності близького спадкоємця (який не прийняв спадщини чи помер до її прийняття) спадщина ставала відумерлою, то за *ius praetorium*, за рахунок надання *bonorum possessio* наступному в порядку родичеві, цього вже не ставалося.

*Edictum perpetuum* як результат кодифікації преторського едикту, запровадив норму прикликання до спадкування і когнатів. У свою чергу, заміна агнатичних засад когнатичними також відобразилась на принципі наступності: змінився склад і кількість класів – спадкоємців за законом, не бралась до уваги стать спадкоємців.

Так само законодавством Юстиніана в основу спадкування за законом покладено згаданий вище принцип деволоції, коли покликалися чергово наступні класи, якщо в попередніх ніхто не став спадкоємцем. А в межах одного класу, якщо спадкоємцем не став кровний родич ближчого ступеня, то прикликалися родичі дальшого ступеня чергово аж до вичерпання даного класу.

Таким чином, принципи спадкового права, як основні засади спадкування сформувалися поступово. Їх розвиток відбувався за нормами *ius civile*, *ius praetorium* та за законодавством Юстиніана. В цілому у римському приватному праві від II ст. до н.е. існує дуалізм правових систем: поряд із *ius civile* виникає *ius honorarium*, що відповідало новим суспільно-економічним відносинам. У спадковому праві, в основному врегульованому нормами *ius civile*, преторська система спадкування, відбилася у вигляді *bonorum possessio*. Як і загалом у римському праві, в одній і тій самій області приватного права одночасно діють дві системи норм різної юридичної природи: *ius civile* та *ius honorarium*.

Актуальність зазначених вище принципів підтверджується тим, що у новому цивільному кодексі, який набув юридичної сили першого січня 2004 року, містяться норми, які відображають: 1) засади універсальності, включаючи у склад спадщини як права, так і обов'язки спадкодавця (ст.1218) та покладаючи на спадкоємця обов'язок відповідати перед кредитором за борги спадкодавця, правда в межах спадщини (ст.1282); 2) свободу заповіту як можливість призначити спадкоємцями осіб, незалежно від наявності з ними сімейних чи родинних відносин, а також інших учасників цивільних відносин (ст.1235); 3) існування кола осіб, яким належить обов'язкова частка у спадщині (ст.1241); 4) покладення за основу спадкування за законом черговості (ст.1258) та умови визнання спадщини відумерлою (ст.1277).

## КОРІННЯ СИМФОНІМІЧНИХ ВІДНОСИН В ДЕРЖАВОТВОРЕННІ УКРАЇНИ

*Ю. Цветкова*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

У наш час розбудови незалежної суверенної держави України вітчизняні вчені, теоретики та практики, не можуть не звертати увагу на вирішення проблеми побудови оптимальних взаємин державної та церковної влади. З одного боку, в Конституції України гарантована свобода совісті, та зафіксовано відокремлення держави від церкви та школи від церкви, але, з іншого боку, більшість населення України сповідує християнську віру в різноманітні її конфесій. Але, на нашу думку, головним фактором в вирішенні цього питання є факт історичного формування правової системи України зі значним впливом церковного права. Особливості поширення Християнської Церкви на території Київської Русі та ідеї симфонічності в побудові її взаємин з державною владою в значній мірі обумовило правову та державотворчу традиції України.

Правова система Київської Русі на момент прийняття християнства складалася з норм звичаєвого та княжого права. Церква одразу після офіційного закріплення свого нового статусу забрала під свою юрисдикцію більшість відносин, що регулювалися звичаєвим правом, змінила зміст його норм згідно з вимогами християнської моралі. Особливо це торкнулося норм сімейного, цивільного та кримінального права.

Найбільш суттєво у зв'язку з цими подіями змінилися законодавчі можливості князів. Віднині княже право могло доповнювати деякі норми, якщо виявлялася така необхідність, та регламентувати ті відносини, що залишалися поза увагою церкви (останніх, тим часом, ставало все менше). Норми княжого права вже не могли суперечити, скасовувати чи протидіяти нормам церковного права. Частково це пояснювалося тим, що практично усі найважливіші норми та положення, що регламентували зовнішні і внутрішні церковні відносини, на той час вже склалися і були офіційно закріплені рішеннями Вселенських та помісних соборів; процедура ж їхньої зміни чи скасування була набагато складніша, а частіше й неможлива в умовах окремо взятої країни, ніж процедура зміни та скасування князівського указу.

На думку автора в процедуру прийняття нормативного акту княжого права віднині повинна була входити своєрідна "консультація" з посадовою особою церковної ієрархії з метою уникнення суперечок з церковним правом щодо кожного окремого випадку. А, отже, у зв'язку із зазначеним, в історії права Київської Русі, починаючи з XI ст. необхідно досліджувати питання про "вплив церковного права на розвиток світського". Ця теза підтверджується особливостями такого інституту Київської Русі як снем. Як відомо, снем – "... орган державної влади феодалів, який розв'язував суттєві питання, що стосувалися суспільної організації, державного режиму та зовнішньої політики країни...". Щапов стверджує, що "... митрополити та єпископи на Русі не брали участі ... в князівських з'їздах ("снемах"), крім випадків передачі князівського столу ... не законним, а улюбленим спадкоємцям...". Тут ми не можемо з ним погодитися. Навпаки, після прийняття християнства, в місцевих снемах брали участь представники церковної адміністрації – єпископи та ігумени найбільших монастирів чи їхні уповноважені представники. Митрополит Іларіон стверджує, що вже князь Володимир для прийняття законів не просто визнавав представників Церкви членами снему, а й просив в них консультацій та допомоги у своїй законотворчій діяльності.

Перші митрополити, які з'явилися на Русі, були візантійського походження. Вони принесли з собою звичаї та принципи створення і функціонування Церкви, що мали підґрунтям видозмінене у візантійське римське право. Правова система Київської Русі, зовсім не підготовлена для появи в межах її територіальної юрисдикції такої високоорганізованої структури з власними принципами, вимогами та цілями, ані практично, ані теоретично не була в змозі задовольнити потреби її існування.

Щоб підготувати нормативну базу для розгалуженої системи нової для Київської Русі Церкви в звичайній ситуації мали пройти десятиріччя, сповнені успіхів та помилок, що не задовольняло ані представників церковної, ані світської влади. Чим вигадувати щось нове, була віддана перевага вже перевіреним досвідом нормативним актам Візантійської імперії, які, в свою чергу, спиралися на багатосотрічний юридичний спадок Римської імперії. Таким чином, на території Київської Русі

з'явилися досягнення античної та ранньосередньовічної юридичної думки у вигляді збірок візантійського церковного та світського права.

Візантійські митрополити навряд чи замислювалися над інтересами населення та керівництва чужої для них держави, а, скоріше, бачили свою місію у якнайшвидшому "приведенні язичників до лона святої віри" будь-якими шляхами. Можна вважати, що візантійські базилевси найбільше схилялися саме до такої політики, оскільки Київська Русь на той час вже давно перестала бути далеким від Константинополя союзом напівдиких племен, а перетворилася на велику сусідню державу з солідним економічним та військовим потенціалом. Перспектива отримати релігійний вплив на цього сусіда надавала Візантії не тільки спокій на одному з кордонів, фінансові вигоди від торговельних угод, можливого військового союзника на випадок війни, але й майбутні сподівання на отримання, як мінімум, протекторату над цією територією. Такі сподівання візантійських політиків мали під собою базу, підтвержену загальною імперською доктриною та вже перевірену досвідом: після християнізації Болгарії та Сербії, вплив імперії на внутрішню політику цих країн став дуже великим, аж до випадків, коли базилевс "саджав" царів на трон.

Важко визначити, чи розумів усе це князь Володимир, але, безперечно, ці перспективи побачив його син Ярослав Мудрий. Ще до початку його правління, Церква отримала фактичний статус "держави у державі", а на чолі з візантійськими митрополитами, що захищали інтереси базилевса, ця структура у критичних обставинах могла бути повернута проти інтересів Русі і князя як її уособлення.

Зовнішньополітична боротьба з цього приводу знайшла своє відображення у рішенні Ярослава призначити без згоди константинопольського патріарха на митрополиту кафедру у Києві першого митрополита, руського за походженням – Іларіона. Собор єпископів усіх єпископій Київської Русі, що відбувся 1051 року у Києві, і на якому митрополитом усієї землі Руської був обраний ієрей Берестівської церкви Святих Апостолів Іларіон, відкриває в історії християнської церкви на території України нову сторінку – період руських митрополитів.

Автор вважає, що населення Київської Русі повинно було позитивно сприйняти рішення Ярослава через наявність певних антивізантійських настроїв. Їхнє існування можна пояснити тим, що, по-перше, за свідцтвом ПЧЛ та візантійських джерел, після поразки дружини Вишати (воєводи Володимира Ярославича) у 1043 році під Варною, біля тисячі руських військовополонених були осліплені за наказом базилевса Костянтина Мономаха. За часів самого ж Ярослава був проведений військовий похід проти Візантії у Пропонтиду, який закінчився поразкою Візантії.

По-друге, християнізація Київської Русі проходила не настільки мирно, як хотілося б князям та церковним ієрархам. Багато людей не хотіли відмовлятися від віри батьків, своїх традицій та звичаїв. Значними осередками християнства практично одразу стали великі міста, де вплив князівської адміністрації був великим, а населення більш психологічно-мобільним, але околиці князівств ще тривалий час залишалися язичницькими, або тільки вважалися християнськими, а насправді населення дотримувалося віри дідів. Язичницькі волхви в свою чергу намагалися утримати свою владу й усілякими засобами, аж до повстань, боролися з поширенням християнства. Цікавим тут є той факт, що на Русі християнство в першу чергу приймали представники верхівки суспільства, а в Західній та Східній Римських імперіях навпаки, Церква спочатку звернула до себе найбідніші прошарки.

Крім того, санкції візантійських кодексів за злочини проти християнської моралі та християнських цінностей, з точки зору слов'ян, були надто жорстокими – вже тривалий час смертна кара та членушкодження у руському звичаєвому та княжому праві застосовувалися тільки за найтяжчі злочини, а, наприклад, для візантійської Еклоги це були ледь не найпоширеніші санкції. Сумнівно, що головуючі у церковних судах вихідці з Візантії враховували ці обставини у своїх вироках.

Як доказ існування проблем, що виникали з розбіжностей руського та візантійського права, можна навести добре відому історію, яка була переказана Нестором. Християнські єпископи прийшли до князя Володимира і почали запевняти його замінити поширені ще з дохристиянських часів у законодавстві Київської Русі вири (штрафи) за розбійні напади прийнятою у візантійському законодавстві смертною карою (Нестор згадує саме розбій, але багато дослідників вважають, що мова йшла про ціле коло злочинів, пов'язаних із замахами на життя людини). Володимир, який тільки перейшов у християнську віру, де в заповідях проголошувався принцип "не вбивай", відмовився від цієї пропозиції, пояснюючи це тим, що не хоче грішити. За допомогою богословської казуїстики, єпископи, які, звичайно, робили все це за згодою, якщо не за наказом митрополита, змогли переконати князя змінити руське право.

Реакцію населення на цю звістку Нестор, зрозуміло, не описує, але зазначає, що через деякий час до князя прийшли "старійші" – можливо, тут на увазі маються старійшини міста, або просто відомі й поважні у народі особи, а могло статися, що і представники князівської адміністрації "на місцях". "Старійші" попросили Володимира скасувати смертну кару та повернути вири, мотивуючи це потребою у грошах в майбутньому, коли буде необхідно збирати військо. Здається сумнівним, що рівень розбою у Київській Русі був настільки великим, а кількість спійманих розбійників протягом року була така, що отримані з них штрафи могли істотно вплинути на князівський бюджет. До того ж, треба зазначити, що зі стягнутих з правопорушників вір князю надходила лише невелика частина коштів, а основна частина належала родичам потерпілих.

Таким чином, обґрунтування свого прохання старійшими сприймається, скоріш, як привід, аніж дійсна причина, якою насправді могло бути незадоволення населення. Незважаючи на те, висловили старійші Володимиру другу, найбільш ймовірну, з нашого погляду, мотивацію свого прохання, чи він сам здогадався про її дійсний зміст, але, як наслідок, смертна кара була знову замінена вирами.

По-третє, якщо до Ярослава Мудрого, який сприяв перекладам відомих зарубіжних творів на старослов'янську мову, й існували переклади візантійських правових норм з грецької мови, то в дуже обмеженій кількості. Це не давало місцевому населенню можливості перевірити чи проконтролювати дії відповідальних осіб, які керувалися в своїх рішеннях візантійськими джерелами права, а це, в свою чергу, мало викликати явне чи приховане обурення.

Отже, подальше проведення політики беззаперечного застосування візантійських джерел права без урахування місцевих потреб мало привести до опору поширенню християнства.

Але, якщо основним суб'єктом правозастосування ставала особа, яка вільно володіла місцевою мовою і, як мінімум, розуміла мову, на якій була зафіксована більшість правових норм (у даному випадку такою мовою була грецька), місцеві мешканці, до яких застосовували ці норми, мали сприймати таку ситуацію значно толерантніше. Мабуть, саме через усі перелічені вище фактори пропозиція Ярослава Мудрого про призначення "руського" митрополита була так позитивно сприйнята на різних суспільних рівнях Київської Русі.

В цей же час повинно було гостро постати питання про розподіл та визначення компетенцій церковної та світської влади в їх взаєминах. Спираючись на вищезазначене, без сумніву, візантійські церковні ієрархи намагалися встановити як найбільший вплив на князівську владу. В свою чергу, представники світської адміністрації, реально не будучи в змозі ставити під сумнів можливості та повноваження визнаної ними власноручно державної релігії та її законних представників, були змушені шукати обґрунтування побудови їх взаємин на тих умовах, які б задовольняли обидві сторони.

Оптимальне рішення було знайдене вже за часів Ярослава Мудрого. Воно містилося в 6-й Новелі візантійського імператора Юстиніана у вигляді концепції "симфонії церковної та світської влади" – де оптимальною для розвитку держави та добробуту підданих є співдружність голови світської та голови церковної влади в країні, де перший царює над тілами, а другий – над душами народу, але у справі один одного не втручаються. Благочестивий та високодуховний Іларіон разом із досвідченим та миролюбним Ярославом мали створити саме таку "симфонію". Взяття ідею симфонічності за основу побудови взаємин церковної та світської влади в значній мірі знівелювало гострі кути між ними та дозволило проведення цільної обґрунтованої політики в подальшому правото-державотворенні.

Для Візантії, до речі, це гасло так гаслом і залишилося. Один імператор за іншим постійно втручався не тільки у внутрішні справи церкви, але й у питання догми, не зупиняючись перед скасуванням повноважень представників церковної адміністрації, їх вигнанням, і навіть стратою. У свою чергу, церковні керівники, спираючись на свій авторитет у народі, залишалися впливовими особами на внутрішньополітичній арені Візантійської імперії і мали можливість проводити свою політику різними шляхами, включаючи вибори імператора.

У відносинах світських та церковних лідерів Київської держави таких жорстких протистоянь практично ніколи не було. Церква не намагалась зазіхати на устрій державної влади, силоміць не втручалася в її діяльність та не зловживала своїм виключним становищем і авторитетом у населення проти інтересів князя. Н. Соколов у своїй монографії зазначив, що: "...Щільний моральний союз державної влади з церковною проходить крізь всю нашу стародавню історію та пояснює чудову близькість духовенства до усіх важливих державних справ та його участь в організації нашого суспільного побуту. Та і інша влада, не знищуючи меж своєї діяльності та не порушуючи прав, які

належать іншій, поєднуються у одній взаємній діяльності для перетворення юридичних та моральних форм народних за новими засадами. Влада державна є близькою та доступною для впливу влади духовної, сумлінна в допомозі цілям церкви; влада церковна, яка ясно визнає та суворо витримує різницю між Божим та Кесаревим, енергійна і вільна у справедливих вимогах, близька порадою та сприянням до влади світської...". Такого трактування взаємин церковної та світської влади разом з Соколовим дотримуються більшість дореволюційних вчених.

Фундамент майбутнього розвитку взаємовідносин державної влади з церковною саме на таких засадах, як нам здається, і побудував князь, недаремно прозваний "Мудрим", наполягаючи у постанові на руську митрополічу кафедру людини, чесноти якої він добре знав.

Митрополит Іларіон вдало поєднував у собі патріотизм, ввічливу повагу до Константинопольського патріарха, благочинність, вченість, інтелект та здоровий глузд. Іларіон не заперечував підкорення Руської Церкви патріархові Константинополю, однак, стверджував й те, що руське християнство не є точною копією християнства Візантії, а під впливом Біблії прийняло вітхозавітні традиції. Він зрозумів, що для Київської Русі буде доречною рецепція візантійського права, особливо у галузі церковного права, але не механічна, а чітко зважена, оброблена і доповнена у зв'язку з місцевими потребами. Справжні симфонічні взаємини світської та церковної влади за Ярослава та Іларіона заклали підвалини майбутньої співпраці церкви та держави на територіях України, яка потім гармонійно розвивалася протягом століть.

На сучасному етапі державотворення України вважається беззаперечним факт її існування як світської держави, але багатовікові симфонічні відносини церковної та світської влади наклали чіткий відбиток як на її систему права, так і на правосвідомість та правову культуру населення. Можна стверджувати, що закріплене в Конституції України відокремлення церкви від держави разом з наявністю в правовій системі нашої країни значної кількості типових християнських елементів, та визнанням державою християнства як основної типової релігії її населення, є своєрідним новим розумінням ідеї "симфонії" імператора Юстиніана в сучасних умовах.

## EUROPEJSKA RESPUBLICA CHRISTIANA OD KOŃCA X DO KOŃCA XIII WIEKU

*G. Górski*

Wraz z przyjęciem wiosną 2004 r. kolejnych dziesięciu krajów w skład Unii Europejskiej, proces integracji naszego kontynentu wkracza w zupełnie nową fazę. Obejmując już większą część terytorium Europy i jej mieszkańców, stając się wspólnotą prawdziwie wielokulturową i jednocześnie obejmującą narody i państwa i bardzo różnym stopniu rozwoju cywilizacyjnego, staje Unia Europejska przed prawdziwym wyzwaniem i zadaniem budowania swej jedności. Dzieje się to w o wiele trudniejszych warunkach niż jeszcze kilka czy kilkanaście lat temu sobie to wyobrażano. Jak skomplikowany jest proces budowania europejskiej jedności dowodzą podstawowe problemy i rozbieżności związane z opracowaniem i przyjęciem europejskiej konstytucji. Jest rzeczą charakterystyczną, że rządy większości krajów forsujących niemal na siłę model pogłębionej jedności oraz ścisłej współpracy, jednocześnie najbardziej oponują przeciw koncepcji zatwierdzenia europejskiej konstytucji w swoich krajach w drodze powszechnego referendum. Dzieje się tak m.in. dlatego, że forsowanie określonych pomysłów i koncepcji zwykle pozostaje w sprzeczności z ukształtowaną przez wieki historyczną tradycją, a zwłaszcza z ukształtowaną przez stulecia postacią europejskiej cywilizacji, głęboko osadzonej w tradycji chrześcijańskiej.

Jednym z elementów tej tradycji, jak się zdaje szczególnie ważnym w kontekście owych dzisiejszych poszukiwań, jest doświadczenie europejskiej wspólnoty narodów, która istniała mniej więcej od końca X do końca XIII wieku. Temu zagadnieniu chciałbym poświęcić niniejsze rozważania.

Panuje dosyć rozpowszechnione przekonanie, że w istocie w początkach ubiegłego tysiąclecia na części kontynentu europejskiego istniała forma wspólnoty ludów i państw. Jednak miała ona mieć wedle tych samych opinii bardziej wymiar wspólnoty duchowej, wspólnoty pewnych wartości i celów, niż konkretnie uformowanej organizacji międzynarodowej. Aby zatem przejść do dalszych rozważań konieczne wydaje się rozstrzygnięcie, czy owa wspólnota średniowieczna – której istnienia nikt już generalnie nie kwestionuje – może być uznana za organizację międzynarodową taką, jaką dziś jest Unia Europejska i czy w związku z tym może stanowić jakieś źródło inspiracji czy punkt odniesienia dla poszukiwań dzisiejszych.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest wskazanie na dwa elementy niezmiernej wagi.

Po pierwsze zatem, trzeba mieć świadomość że w początkach XI wieku rozpoczął się proces kształtowania zupełnie nowej rzeczywistości prawnej w Europie. Jak pamiętamy, po upadku cesarstwa rzymskiego na Zachodzie Europy zapanował okres zastoju czy wręcz regresu myśli prawnej. Stan taki trwał przez wiele stuleci, ale w początkach drugiego tysiąclecia rozpoczynał się okres ożywienia zainteresowania prawem rzymskim i jego twórczego rozwoju. Rozwijało się też na zupełnie nowych zasadach, nowoczesnie skodyfikowane prawo kanoniczne Kościoła powszechnego. Jednym z istotnych nowych pojęć tworzącego się na nowo prawa, było pojęcie osoby prawnej, które w nauce kościelnych jurystów poszło znacznie dalej niż w koncepcjach jurystów rzymskich.

W tym jednak kontekście stwierdzić należy, że prawo międzynarodowe, a w ramach niego pojęcie organizacji międzynarodowej, stało na pełnym uboczu wskazanego procesu. Można powiedzieć, że w tym zakresie nie powstały pojęcia czy definicje, które czy ówczesnie czy obecnie ułatwiłyby nam ustalenie istnienia określonej formy organizacyjnej średniowiecznej wspólnoty europejskiej.

Po drugie, dzisiejsze prawo międzynarodowe nie wypracowało jednej, ogólnie akceptowanej definicji organizacji międzynarodowej. To wbrew pozorom, nie ułatwia nam prób ustalenia owej istotnej organizacyjnej treści wspomnianej wspólnoty.

By jednak przyjąć jakieś podstawy dla koniecznej analizy przyjmijmy pewne elementy, występowanie których rozstrzyga o istnieniu lub nie, organizacji międzynarodowej. Elementami tymi są:

- istnienie stowarzyszenia państw będących podmiotami prawa międzynarodowego,
- istnienie umowy międzynarodowej, będącej statutem, bądź innego rodzaju aktem konstytucyjnym tej organizacji,
- trwałość tego stowarzyszenia,
- dążenie do realizacji określonych celów na płaszczyźnie stosunków między państwami.

Biorąc powyższe elementy pod uwagę rozważmy kolejno interesującą nas rzeczywistość wieków średnich, by ustalić czy istniała ówczesnie organizacja międzynarodowa w Europie.

**I.** Podstawowymi podmiotami tworzącymi średniowieczną wspólnotę były:

- papieństwo, występujące tak jako ośrodek zwierzchni dla całego chrześcijaństwa zachodniego (łacińskiego), jak również jako podmiot państwowy na konkretnym obszarze,
- cesarstwo rzymsko – niemieckie, obejmujące przynajmniej królestwa Niemiec, Włoch i Burgundii,
- królestwa i księstwa ówczesnej Europy Zachodniej i Środkowej.

Pamiętać należy, że mówimy tu z jednej strony o okresie obejmującym prawie cztery stulecia, z drugiej zaś strony o okresie przekształcania się państw będących przede wszystkim wspólnotami ludów, w państwa o ściśle określonym charakterze terytorialnym, zamieszkałe przez formujące się narody europejskie. Inaczej zatem kształtuje się skład owego stowarzyszenia w X-XI wieku, inaczej w XII – XIII wieku. Niezmiennie pozostają pierwsze dwa składniki, a więc papieństwo i cesarstwo, zaś element trzeci był zmienny.

W XI wieku za podmioty tego związku mogą uchodzić nie tylko państwa rządzone przez władców koronowanych, ale również szereg księstw pozostających w zależności od cesarza, papieża czy monarchów mających tytuł królewski. Ważnym świadectwem tej sytuacji jest np. synod w Clermont z 1095 r., podczas którego skonkretyzowano ideę krucjaty do Ziemi Świętej. W synodzie tym, jak również będącej jego efektem pierwszej krucjacie, udział wzięli jako podmioty współdecydujące władcy wielu księstw, będący wasalami głównie królów niemieckiego i francuskiego.

W okresie późniejszym wzmocnienie pozycji władców europejskich (zwłaszcza np. króla francuskiego czy władców kastylijskich w Hiszpanii) zmieniło skład owego związku. Dzięki zachowanemu dokumentowi z połowy XIII wieku, możemy odtworzyć skład owego związku w tym okresie. W 1241 r. w związku z ideą krucjaty przeciw Tatarom, cesarz rzymsko – niemiecki Fryderyk II wystosował list wezwania do władców europejskich. Wskazywał on w tym piśmie państwa, które powinny wziąć w tej krucjacie udział, a mianowicie: Rzeszę Niemiecką (Germanię), Francję, Hiszpanię, Anglię, Danię, Italię, Burgundię, Apulię, Krete, Sycylię, Cypr, Islandię, Walię, Szkocję i Norwegię. Dokument z połowy XIII wieku nie wymieniając wszystkich członków tej wspólnoty, wskazywał jednak wyraźnie że obejmowała ona co do zasady te kraje europejskie, które uznawały religijny prymat biskupa Rzymu oraz polityczny prymat cesarza rzymsko – niemieckiego.

**II.** Istotnym problemem jest stwierdzenie, czy istniał jakiś akt czy umowa przy pomocy której ta wspólnota została powołana do życia. Wskazanie konkretnej umowy czy porozumienia kreującego tę organizację, z dwóch przynajmniej powodów nie jest możliwe.

Po pierwsze X-XI wiek, ale również i późniejsze stulecia, to okres kiedy zawieranie umów międzynarodowych w postaci spisanych i podpisanych dokumentów jest zjawiskiem niezwykle rzadkim. Stąd brak takiej umowy w interesującej nas sytuacji nie musi dziwić, ani rozstrzygać o nieistnieniu tego związku.

Po drugie pamiętać należy, że we wskazanym okresie Europejczycy mieli poczucie ciągłości istnienia cesarstwa rzymskiego. Jego odnowienie przez Karola Wielkiego na przełomie VIII i IX wieku powodowało przeświadczenie trwania owej starożytnej, czy inaczej odwiecznej – a więc wedle ówczesnych wyobrażeń – po prostu dobrej wspólnoty. Wspólnoty, która rozprzestrzeniła się geograficznie i etnicznie poza krąg śródziemnomorski, a później germański, obejmując już i inne ludy i obszary europejskie. Stąd, ponieważ przyjmowano nieprzerwane istnienie owej starożytnej wspólnoty, nie widziano konieczności potwierdzenia jej istnienia aktem spisanim. Pamiętać należy, że wedle dominujących przynajmniej do XII-XIII wieku koncepcji, powaga i znaczenie praw spisanych było o wiele niższe niż "praw odwiecznych".

**III.** Nie ulega wątpliwości, że ów związek miał charakter bardzo trwały. Jeśli przyjąć, że jego początków możemy się doszukiwać w pomysłach cesarza Ottona III i papieża Sylwestra II, a za jego kres przyjąć początek tzw. niewoli awiniońskiej papieży, to funkcjonował on przez ponad trzy stulecia!

**IV.** Wspólne cele owej wspólnoty, były bardzo wyraźnie określone. Kwestią pierwszoplanową było ułożenie wewnętrznych relacji pomiędzy podmiotami wchodzącymi w skład związku. Przede wszystkim chodziło tu o utrzymanie pokoju pomiędzy nimi, a w przypadku zaistnienia konfliktów ich rozwiązywanie. Związek miał także na celu podejmowanie wspólnej obrony przed różnymi zagrożeniami zewnętrznymi, podejmował wreszcie wspólne przedsięwzięcia dla rozszerzenia swego zasięgu. Były to działania krzewiące chrześcijaństwo na obszarach pogańskich i włączanie nowych – chrześcijańskich już państw, w obręb tej wspólnoty. Były to jednak również wspólne akcje w celu odbicia niegdyś chrześcijańskich obszarów z rąk pogan bądź muzułmanów. Można wskazać, iż właśnie realizacja tego celu w ciągu XII wieku w dużej mierze określiła charakter ideowy tego związku. Do tego wątku jeszcze wrócimy.



Jak zatem widać w świetle przedstawionej analizy nie może ulegać wątpliwości fakt istnienia w Europie pomiędzy końcem X wieku a końcem XIII wieku, międzynarodowej organizacji o wyraźnie określonych, wspólnych celach działania.

Rozważenia wymaga zatem:

- czy owa organizacja posiadała wyraźnie określoną nazwę,
- czy posiadała swoje wewnętrzne władze oraz zasady regulujące jej funkcjonowanie, oraz wreszcie
- czy istniały jakieś wspólne instytucje, realizujące cele dla których ją utworzono.

Średniowieczna wspólnota europejska nie miała wyraźnie określonej, jednej nazwy. Jednak od razu wskazać trzeba dość rozpowszechnione intuicyjne postrzeganie jej istnienia. O "Christianitas" mówiono bodaj najczęściej, używając tego określenia w tym rozumieniu, jakie nadał mu papież Grzegorz VII. To określenie obejmowało całe chrześcijaństwo łacińskie, stąd często wymiennie używano je z pojęciem "Ecclesia", czyli Kościół. Francuskim określeniem było tu "Chretiente". Znajdujemy również pojęcia "Europa" czy "Mundus", ale bodaj najbardziej adekwatne jest tu pojęcie, które znajdujemy w dokumencie autorstwa Jana VIII – "**res publica christiana**". Biorąc pod uwagę wspomniany wcześniej kontekst rzymski, możemy przyjąć dla naszych potrzeb właśnie to ostatnie pojęcie.

Kwestia następną to ustalenie, czy interesująca nas wspólnota posiadała swoje władze. Nie ulega wątpliwości że przywództwo tej wspólnoty należało do papieża i do cesarza, przy czym przez niemal cały czas istnienia tej organizacji trwała rywalizacja o prymat tych dwóch ośrodków. Początkowo od czasów ottońskich przynajmniej do połowy XI wieku, niewątpliwe przywództwo tworzącej się wspólnoty pozostawało w rękach cesarzy niemieckich. Jednak systematycznie budowana pozycja papieżstwa, zwłaszcza po przełomie gregoriańskim i po zwycięskim wyjściu z rywalizacji z cesarstwem w początkach XII wieku doprowadziła do przewagi ośrodka kościelnego. Od schyłku XII wieku do połowy XIII wieku znowu przewagę osiągnęli cesarze niemieccy, by w drugiej połowie XIII wieku ponownie oddać prymat papieżom. Mówimy tu rzecz jasna o swego rodzaju przywództwie politycznym, bo w sferze religijnej czy duchowej prymat papieża zasadniczo nie był kwestionowany. Jedynie w okresie krótkich rządów Ottona III spotykamy się z nieskrywanym jego dążeniem do uznawania w sobie także przywódcy duchowego tej wspólnoty. Te myśli nie były obce różnym jego następcom, zwłaszcza tym którzy z upodobaniem usiłowali wcielić wzorce poznawane na dworze konstantynopolińskim, ale z całą pewnością nie osiągnęły już nigdy potem takiej siły i miejsca jak właśnie u kresu pierwszego tysiąclecia.

Ponieważ związek państw europejskich miał wyraźnie określony charakter sakralny i cele religijne, rola papieża siłą rzeczy była w nim istotniejsza. Ważnym czynnikiem wzmacniającym pozycję papieża było ustabilizowanie zasad wyboru na stolicę rzymską w połowie XI wieku i – dzięki temu – pewne istotne uniezależnienie papieża od cesarzy. Z drugiej strony brak jasnych zasad następstwa tronu cesarskiego, ciągłe walki pojawiające się wśród książąt niemieckich o tron cesarski, do tego konieczność uzyskania korony cesarskiej w Rzymie z rąk papieża wraz z sakrą, czyniło w dłuższej perspektywie cesarza czynnikiem słabszym w tym związku.

Papieżę, w przeciwieństwie do cesarzy, zdołali również podporządkować sobie struktury kościelne w pewnym sensie ponad władzę władców świeckich, poprzez uzależnienie od Rzymu biskupów, natomiast cesarze niemieccy nie dysponowali żadnym alternatywnym aparatem organizacyjnym, poprzez który mogliby realizować swoje cele. Przeciwnie, musieli swoją wolę i swoje inicjatywy bądź uzgadniać z innymi władcami, bądź próbować im narzucać siłą poprzez podporządkowywanie im siebie. Osłabiało to niewątpliwie jakość ich przywództwa.

Ważnym czynnikiem odgrywającym wielką rolę w kształtowaniu poczynań tej organizacji i nadawaniu jej określonych kierunków działania, były synody kościelne, włącznie ze zwoływanymi wyłącznie już przez papieża soborami powszechnymi. Te ponadnarodowe i ponadpaństwowe zgromadzenia biskupów pod kierunkiem papieża, podnosiły rangę ich przywództwa i stanowiły znakomity instrument kształtowania celów związku i zasad jego funkcjonowania.

Podkreślenia wymaga fakt, że sobory powszechne podejmowały nie tylko tematykę religijną. Ich rozstrzygnięcia dotyczyły również sfery świeckiej. Przykładowymi ważnymi rozstrzygnięciami w tym obszarze były decyzje I soboru laterańskiego z 1123 r. w sprawie bicia fałszywej monety, decyzje II soboru laterańskiego z 1139 r. zakazujące odbywania turniejów rycerskich, decyzje IV soboru laterańskiego z 1215 r. o zniesieniu tzw. sądów Bożych, decyzje IV soboru lyońskiego z 1245 r. w sprawie ekskomuniki i detronizacji cesarza Fryderyka II, czy wreszcie decyzje soborów w sprawach krucjat.

Kolejnym narzędziem kształtowania wspólnoty europejskiej, były wspólne prawa obowiązujące we wszystkich krajach należących do tego związku. Wspomniane zostało tu już prawo kanoniczne, które w

ciągu XII i XIII wieku stało się ujednoliconym i nowoczesnie skodyfikowanym zbiorem norm, obowiązujących w całym kościele łacińskim. Niezależnie zatem od tego, w jakim kraju funkcjonował dany kościół lokalny, rządził się on tymi samymi prawami, do tego nadzór nad jednolitym stosowaniem prawa kanonicznego sprawowały papieskie trybunały, którym podporządkowane zostały wszystkie sądy w Kościele Rzymskim.

W podobnej skali oddziaływało pod wpływem cesarza zmodernizowane prawo rzymskie. Nowy *Corpus Iuris Civilis* albo obowiązywał bezpośrednio, albo w adaptowanej do lokalnych potrzeb postaci, niemal we wszystkich krajach tworzących interesujący nas związek. Jest charakterystyczne, że dopiero pod wpływem późniejszej ewolucji, z XIII-XIV wieku, prawa w niektórych krajach zaczęły się oddalać od norm skodyfikowanych w wymienionym wyżej zbiorze.

To właśnie te obowiązujące na obszarze całego związku wspólne prawa, tworzyły podstawę wspólnych władz i wspólnych instytucji realizujących wspólne cele związku.

Wśród owych wspólnych instytucji wskazać należy na te, które działały w najważniejszych obszarach zainteresowania związku:

- w dziedzinie wojskowej były to rycerstwo, tworzone w całej Europie na podobnych zasadach, ale również instytucja krzyżowców walczących o odzyskanie Ziemi Świętej czy o pokonanie pogan lub heretyków oraz zakony rycerskie,
- w dziedzinie opieki społecznej i ochrony zdrowia, tworzono w całej Europie szpitale, leprezoria, schroniska dla pielgrzymów i przytułki dla ubogich,
- w dziedzinie skarbowej, wprowadzano podobne rozwiązania np. w postaci dziesięcin,
- w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości, wprowadzano podobne trybunały zajmujące się ściganiem odstępstwa od wiary,
- w dziedzinie naukowej, pojawiły się uniwersytety.

To tylko ogólne wskazanie najważniejszych instytucji, do których można przecież dodać wiele wspólnych i podobnych rozwiązań w sferze gospodarczej (np. podobne organizacje gospodarcze – cechy, gildie, bractwa – czy porozumienia gospodarcze miast). Dowodzi to bogactwa form instytucjonalnej współpracy i wspólnoty ówczesnej Europy.

Przeprowadzona analiza prowadzi nas do jednoznacznych wniosków. W końcu X wieku na gruzach zachodniej części cesarstwa rzymskiego, odnowionego przez Karola Wielkiego a następnie przez niemieckich Ottonów, ukształtowała się obejmująca znaczącą część Europy organizacja międzynarodowa.

Organizacja ta, skonstruowana została w oparciu o ówczesnie istniejące reguły prawne i posiadała wyraźnie określone władze.

Funkcjonowanie tej wspólnoty regulowały akceptowane powszechnie reguły prawne, a związek wytworzył rozliczne wspólne lub podobne instytucje, realizujące akceptowane powszechnie cele związku.

Związek, mocą decyzji swoich członków, określał swoje cele działania i tworzył instytucje i instrumenty przy pomocy których je realizował.

Związek ten miał wyraźnie określony charakter ideowy, określane w głównej mierze przez papieżstwo.

Kościół łaciński jako ponadnarodowa i ponadpaństwowa wspólnota był z jednej strony istotnym czynnikiem cementującym tę wspólnotę i nadającym jej instytucjom istotne zaplecze ideowe i organizacyjne, z drugiej strony okazał się czynnikiem silnie wzmacniającym nowe instytucje w poszczególnych państwach. W tym sensie odegrał wielką rolę tworzenia nowoczesnych państwowości na kontynencie europejskim, a jego wielką zasługą było nadanie temu procesowi takiego charakteru, który przez długi czas nie prowadził do zasadniczej kolizji interesów wspólnotowych i interesów partykularnych.

W taki sposób ukształtowana została **Chrześcijańska Wspólnota Europejska wieków średnich**. Wydaje się, że doświadczenia tej wspólnoty mogą i powinny być ważnym punktem odniesienia w dzisiejszych poszukiwaniach dróg do pogłębienia rzeczywistej jedności europejskiej.

## ПРАВОВИЙ СТАТУС ВІРМЕНСЬКИХ ПОСЕЛЕНЬ У ГАЛИЧИНІ (XIV – XVIII ст.)

*І. Бойко*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

У сучасних умовах формування національної правової системи України певний інтерес викликають історико-правові дослідження її становлення і розвитку. Важливого значення набувають вивчення особливостей регулювання суспільних відносин в окремих регіонах України, історичних, політичних та інших чинників, що їх зумовлювали. Значний інтерес у цьому плані має науковий аналіз особливостей застосування українського права, права інших народів, які проживали на території України. Значний інтерес має вивчення вірменського права на західноукраїнських землях.

Згідно з давньоруськими літописами, перші вірменські поселення на Русі з'явилися ще на початку XI ст. Причинами переселення вірменів були втеча від переслідувань і, навіть, фізичного винищення їх з боку іноземних загарбників (візантійців і сельджуків). Як правильно зазначав історик Д.І. Мишко, більш активне переселення вірмен на територію українських земель відноситься до кінця XIII ст. Приблизно у цей період великі групи вірмен переселились на територію Галичини в міста Броди, Городенка, Кути, Львів, Самбір, Снятин, Станіслав, Тернопіль, Тисмениця та інші.

На думку історика І.П. Крип'якевича, вірменське поселення у Львові було найбільшим серед всіх вірменських колоній на західноукраїнських землях. У Львові вірмени мали свою юридичну общину, на чолі якої стояв вїйт і рада старшин. Вірменська община мала свій суд і застосовувала своє старовірменське право. Головою вірменського суду був вїйт. Склад вірменського суду визначався у кількості від 5 до 13 осіб (вїйт і 4–6 або 12 засідателів, які мали відзначитися чесністю і знати вірменське право). Крім вїйта, обирався його заступник, а також нотаріус (секретар суду), в обов'язки якого входило також тлумачення і роз'яснення правових норм. Усі справи вирішували колегіально, причому засідателі виконували свої обов'язки довічно. Засідання суду, як правило, відбувалося кожного місяця, щовівторка, за винятком святкових днів. Строки розгляду справ не регулювались законом, за винятком справ, які стосувались приїжджих осіб (для них був встановлений строк – 4 дні). Духовні вірменські суди збирались у міру потреби по понеділках, четвергах і суботах кожного тижня, за винятком релігійних свят, днів виїзду вірменського єпископа, в день народження і коронації польського короля.

Розгляд цивільних справ починався за позовною заявою, кримінальні справи порушувалися за заявою потерпілого. У тому випадку, коли було знайдено труп вбитої людини, суддя повинен був з власної ініціативи проводити розслідування. Неявка в суд тягнула за собою відповідальність у вигляді грошового штрафу: перший раз – 3 гроші, другий – 6. Справу розглядали в присутності обох сторін або їх уповноважених. Жінок на суді могли представити тільки їх чоловіки або найближчі родичі чоловічої статі. Суд зобов'язаний був уважно вислухати обидві сторони, а також свідків у справі, з'ясувати всі обставини справи і винести об'єктивне та справедливе рішення.

У випадку відсутності свідків у справі допускалась присяга, яку приносили в церкві у присутності вїйта, засідателів і нотаріуса (секретаря суду). Покази єдиного свідка до уваги не брали, свідків мало бути 2–3 і обов'язково вірменської національності. За порушення поведінки на суді сторін та свідків суддя міг покарати їх ув'язненням або штрафом. Рішення суду з цивільних справ та вироки з кримінальних не розмежовувались і називались декретами, їх приймали більшістю голосів і скріплювали печаткою. Вірменин, який був незадоволеним рішенням суду, мав право апелювати до польського короля. Виконання декрету входило до компетенції суду. Покараннями могли бути штрафи, тюремне ув'язнення та ін.

Для здійснення правосуддя вірменські поселення, як вище сказано, керувалися своїм традиційним старовірменським правом, тобто Судебником Мхітара Гоша (1130–1213 рр.). Складений монахом М. Гошем наприкінці XII – початку XIII ст. "Судебник" за своєю структурою складався зі вступу (11 глав), церковних канонів (124 статті) і світських законів (130 статей). Джерелами "Судебника" послужили старовірменське звичаєве право, назване Гошем "природним законом"; закони інших народів (наприклад, Грузії), що або діяли, або були відомі у Вірменії до Гоша; Старий і Новий заповіти, канонічне право й ін. Основним джерелом було вірменське звичаєве право.

Судебник Гоша був збірником норм феодального права. Він визначав правове становище слуг, регулював правове становище інших соціальних груп. У зв'язку з поглибленням соціальних протиріч Судебник посилив репресії щодо порушників феодального правопорядку шляхом розширення кола діянь, які визнавалися злочинними, і посилення охорони безпеки феодальної церкви і держави.

Вірменський Судебник Гоша не одержав державного затвердження, проте він був чинним законом у Вірменії і за її межами протягом восьми століть, у тому числі на території України, де були вірменські поселення.

У XIV–XV ст. вірменський суд розглядав усі без винятку цивільні й кримінальні справи, що стосувалися вірмен. Функціонував вірменський суд у Львові до 1469 р. У другій половині XV ст. положення змінилося. Міська влада Львова поступово почала обмежувати вірменську громаду в її правах. Польський король Казимир Великий, задовольняючи прохання міської влади Львова, декретом від 10 квітня 1469 р. скасував посаду вірменського вїйта і частково обмежив судове самоврядування вірмен. Справи повинні були вирішуватися як і раніше на основі вірменського права, але вирішував їх міський вїйт разом із вірменськими старійшинами.

Доповненням "Вірменського Статуту" 1519 р. був складений у Львові в другій половині XVI ст. "Порядок судів і справ вірменського права", який однак не був затверджений королівською владою. Його можна вважати юридичним посібником в галузі судового процесу. "Порядок" вперше був опублікований польським істориком права, професором О. Бальцером у 1912 р. в польській редакції 1604 р. Це доповнення складалося з короткого вступу, 11 глав, які поділялися на 132 статті.

Після захоплення Австрією західноукраїнських земель у 1772 р. вірменські суди впродовж певного часу здійснювали правосуддя у своїх громадах. У 1784 р. у зв'язку з реформою міського управління було остаточно ліквідовано судове самоуправління вірмен, які проживали на західноукраїнських землях. На них, як і на всю Галичину, було поширено австрійське законодавство.

**POŁOŻENIE PRAWNE MIESZCZAN WYZNANIA PRAWOSŁAWNEGO  
NA ZIEMIACH RUSKICH W KRÓLESTWIE POLSKIM  
W LATACH 1344 – 1596**

*L. Ćwikła*

Od czasów panowania Kazimierza Wielkiego, kiedy to nastąpiło zajęcie przez niego w latach 1344 – 1366 ziem należących do książąt włodzimiersko – halickich, czyli tzw. Rusi Halickiej, w granicach Królestwa Polskiego pojawił się znaczny odsetek ludności prawosławnej, ponieważ jak wiadomo, ziemie te, jedynie z wyjątkiem niewielkiego odsetka ludności polskiej, niemieckiej i innych drobnych grup zamieszkujących głównie w pobliżu granicy zachodniej Rusi Halickiej i w miastach, były zamieszkałe przez Rusinów, będących wyznawcami prawosławia. Prawosławni zaczęli stanowić jedną trzecią ówczesnych mieszkańców Królestwa i w związku z tym dużego znaczenia nabrała kwestia współżycia z nimi w obrębie jednego państwa. Jako że w monarchii stanowej, a takim było Królestwo Polskie, status prawny każdego ze stanów był uregulowany odmiennie, tak więc odnosi się to i do mieszczan. W omawianym okresie miasta z reguły stanowiły mozaikę narodowościową i religijną, której elementem byli prawosławni Rusini. W odniesieniu do mieszczan prawosławnych przekazy źródłowe posługują się pojęciem *nacji ruskiej*, gdyż wyznanie było ważnym kryterium przynależności narodowej.

Położenie mieszczan wyznania prawosławne było uregulowane w poszczególnych przywilejach nadających miastom prawa samorządowe. W Królestwie Polskim nie istniał bowiem jeden stan prawny w tym zakresie. Przez długi okres czasu nie mogli oni korzystać z prawa miejskiego, a tym samym nie dotyczyły ich przywileje, które przysługiwały katolikom. J. Ptaśnik stwierdza, że byli oni *niejako mieszczanami drugiego rzędu, bez praw politycznych i o ograniczonym prawie prywatnym*. Jak ustalił A. Janeczek, Władysław Jagiełło nadając miejscowościom Rusi Czerwonej przywilej prawa niemieckiego, aż w 19 przypadkach zawarł klauzulę *exemptis schismaticis*, upośledzającą Rusinów w dostępie do tegoż prawa. W niektórych miastach, jak na przykład w Jaśliskach, obowiązywał nawet zakaz osiedlania się wyznawców religii prawosławnej.

Najbardziej dotkliwe były dla prawosławnych ograniczenia dotyczące dostępu do urzędów miejskich. Powstały one nie ma mocy specjalnych aktów prawnych, lecz w wyniku nadużyć mieszczaństwa katolickiego, a z biegiem czasu nabrały charakteru tradycji. Jednak nie we wszystkich miastach Korony występowała taka praktyka. Przykładowo w Kamieńcu Podolskim ludność ruska otrzymała w roku 1491 na podstawie dokumentu Kazimierza Jagiellończyka zupełnie odrębną i niezależną od mieszczaństwa polskiego organizację miejską z oddzielnym wójtem na czele. Wójt ten posiadał jurysdykcję nad wszystkimi Rusinami w mieście. Posługując się *ruskim prawem pisanym*, miał on moc sądenia wykroczeń małych i wielkich, cywilnych i kryminalnych, łącznie z prawem miecza. Mimo to za właściwych mieszczan – *cives* – byli uważani tylko Polacy. Rusinów zaś obok Ormian uważano jedynie za mieszkańców miasta" – *incolae*. Gmina polska rządziła miastem, ona miała prawo uchwalania wilkierzy, ona też odpowiadała za ład i porządek w mieście oraz za zdolność do obrony murów miejskich. Jej przedstawiciele, poprzez przyjęcie do prawa miejskiego decydowali, kto zostawał mieszczaninem. Z kolei Krasnystaw otrzymał za panowania Zygmunta Starego w roku 1523 prawo wyboru rajców i ławników ruskich z zastrzeżeniem, że w sprawach Kościoła katolickiego nie będą oni mogli zabierać głosu. W roku 1524 faktycznie liczbę rajców ograniczono do dwu. Również Rusini z Drohobycza uzyskali na sejmie koronacyjnym Zygmunta II w 1530 r. częściowe równouprawnienie z katolikami. Starosta bowiem miał mianować na pięciu rajców miejskich dwóch spośród Rusinów, a na siedmiu ławników trzech miało należeć do ruskiej narodowości. Jednak ze względu na silny opór Polaków król Zygmunt Stary musiał zmienić przywilej, nadając Rusinom prawo do jednego tylko przedstawiciela w radzie i urzędzie ławniczym. Podobnie po jednym przedstawicielu w organach samorządu miejskiego miała ludność obrządku wschodniego w Jaworowie, Lubaczowie oraz innych miastach Rusi Czerwonej. W Złoczowie rada miejska składała się z dwóch katolików i dwóch "z Rusi".

Najdłużej bronił się katolicki Lwów. Dopiero po zawarciu unii lubelskiej, zrównującej schizmatyków pod względem prawnym z katolikami, również i tu należało zmienić dawne stosunki. Uczynił to Zygmunt August na sejmie 20 maja 1572 r., zrównując Rusinów z innymi mieszkańcami miasta, uznając ich obywatelstwo i znosząc tym samym wszelkie ograniczenia dostępu do urzędów. W wydanym przywileju król nakazywał stosować w stosunku do Rusinów wszystkie prawa nadane Polakom, zrównanie co do znaczenia przysięgi sądowej Rusinów z przysięgą sądową Polaków, a także dopuszczenie synów Rusinów do szkół publicznych. Ponadto tymże przywilejem wydał on pozwolenie na naukę i wykonywanie wszelkiego rzemiosła, prawo tworzenia cechów i przewodniczenia w nich oraz dopuszczenie Rusinów do cechów polskich na zasadzie równouprawnienia. Wreszcie prawosławni lwowianie mieli zagwarantowaną wolność

handlu wszelkimi towarami na całym obszarze Polski i Litwy. Decyzja królewska nie od razu była realizowana, skoro zachowały się wzmianki o "walkach" prawosławnych mieszczan o swe prawa polityczne, a królowie Henryk Walezy i Stefan Batory, potwierdzając powyższy przywilej musieli upominać magistrat miasta, aby zachowywał wszystkie prawa Rusinów. Z czasem doszło do wykształcenia się w mieście organizacji "stanów i narodów" i ustalenia, w jakim porządku poszczególne "stany i narody" mają zabierać głos na zebraniach ogólnych "stanów i nacji". Wówczas jednak także przedstawiciele Rusinów i Ormian mieli być wysłuchiwni na samym końcu.

Na podstawie przywileju z 20 maja 1572 r. prawosławni mieszczanie lwowscy otrzymali również szerokie wolności handlowe w całej Rzeczypospolitej. Nie długo się jednak nimi cieszyli, bowiem Stefan Batory, mimo iż początkowo potwierdził ten przywilej, to wkrótce znacznie go ograniczył, przyznając Rusinom wolny handel tylko na czas jarmarków. Z kolei rada miejska i tych ograniczeń w następnym okresie nie do końca przestrzegano.

W Samborze na przestrzeni XIV – XVI w. ludność prawosławna – tak jak we Lwowie – została pod względem prawnym zrównana z katolikami, ale również i tutaj w drugiej połowie XVI i pierwszej XVII w. przywileje królewskie były łamane.

Żadne ograniczenia w zakresie udziału przedstawicieli ludności prawosławnej w samorządzie miejskim nie istniały – jak stwierdza po przebadaniu materiału źródłowego dotyczącego ponad 200 miast M. Horn – w *miastach prawie wyłącznie ukraińskich*. Tak było w większości małych miast ziemi halickiej i częściowo bełskiej, gdzie urzędnicy i przedstawiciele samorządu miejskiego rekrutowali się przeważnie z Ukraińców, a w radach i ławach, nawet większych miast tej części Rusi Czerwonej Ukraińcy zasiadali na równi z Polakami.

W okresie po unii brzeskiej kluczowe znaczenie z punktu widzenia dostępu mieszczan prawosławnych do sprawowania urzędów miejskich będzie miała konstytucja sejmowa z roku 1699, która przyznawała prawo piastowania urzędów miejskich tylko łacinnikom i unitom.

Mieszkańców miast dotyczyły też ograniczenia w zajmowaniu się rzemiosłem. Wynikały one z ówczesnej organizacji rzemiosł i handlu, zgodnie z którą każdy, kto chciał legalnie wykonywać swój zawód, powinien należeć do cechu. Dla prawosławnych przynależność do niektórych cechów była zamknięta lub też nie mogli oni być wybierani na urząd cechmistrzów. Na przykład w Tomaszowie, a także w kilku innych miastach istniał (nie zawsze zresztą przestrzegany) zakaz przyjmowania do cechów wyznawców innej wiary niż katolicka. Gdzie indziej znów odnosiło się to tylko do niektórych zrzeszeń funkcjonujących na terenie danego ośrodka. Zachowały się źródła dotyczące tej kwestii we Lwowie i Krasnymstawie, a także w Przemyślu i Samborze oraz w innych miastach. W większości cechów mistrzowie wyznający prawosławie nie mogli być wybierani do władz cechowych lub też mogli zajmować jedynie podrzędniejsze niż katolicy stanowiska w hierarchii cechu (np. w wielu cechach lwowskich i przemyskich, a także w cechu garncarskim w Potyliczu, krawieckich w Bełzie i Gródku, kuśnierskich w Sanoku i Starym Samborze, szewskich w Mościskach i Sądowej Wiszni).

Inna sytuacja istniała w cechach, w których mistrzowie prawosławni posiadali znaczną przewagę. Wówczas ustawy cechowe zapewniały im pełne równouprawnienie. Tak było w cechach rzemiosł różnych w Sokalu i Korytnicy oraz w zrzeszeniach kuśnierzy buskich, szewców tyszowieckich, a także w cechach złoczowskich. Podobnie w Drohiczynie statut cechu kupieckiego, opracowany w końcu XVI w., nie faworyzował przedstawicieli jakiegokolwiek wyznania. Świadczą o tym jego postanowienia dotyczące składania ofiar i wyboru zarządu cechu: połowa wosku otrzymana przez sąd miała być oddana kościołowi i cerkwi, natomiast władze powinny być wybrane w ten sposób, że w jednym roku cechmistrzem powinien być katolik a klucznikiem prawosławny, na drugi zaś odwrotnie. Nie miało miejsca w tym przypadku faworyzowanie przedstawicieli któregoś z wyznań.

We Lwowie w niektórych cechach złożonych z mieszczaństwa zarówno katolickiego, jak i prawosławnego, zdarzały się zatargi na tle religijnym. Cechy bowiem posiadały własne kaplice w kościołach lub ołtarze, o których utrzymanie się starały. Tam odbywały się wspólne nabożeństwa, uroczystości ślubne członków oraz pogrzeby. Każdy członek zobowiązany był pod groźbą kary w nich uczestniczyć, co przewidywało prawo cechowe. W związku z tym Rusini, mimo że byli wyznawcami religii prawosławnej, musieli uczęszczać na wspólne katolickie nabożeństwa. W innych miastach Rusi Koronnej położenie mieszczan prawosławnych było prawdopodobnie podobne, gdyż dla tworzących się w nich cechów wzorem były przede wszystkim statuty cechów lwowskich.

Zatargi powstałe na podłożu religijnym musieli niekiedy rozstrzygać sami królowie. Dlatego też starali się oni dokładnie określić zasady obowiązujące w tej kwestii. Tak więc Zygmunt I w przywileju wydanym Krasnemustawowi w roku 1524 dokładnie określił, iż zgodnie ze statutami cechów każdy majster obowiązany jest pod karą połowy grosza osobiście brać udział w każdej mszy za zmarłych i na każdej takiej mszy ofiarować dwa denary na kościół; każdy majster jest także obowiązany osobiście uczestniczyć w pogrzebach i modlitwach za zmarłych członków cechu. Ponieważ zaś nie wypada, by Rusini, jako wyznawcy innej religii,

byli obecni na nabożeństwach katolickich, zatem nie są zobowiązani do uczestnictwa, tyle że muszą zapłacić na rzecz cechu karę w wysokości pół grosza oraz ponadto za każdą mszę opuszczoną dwa denary na ofiarę dla kościoła. Wyjątkiem były pogrzeby zmarłych członków cechu, gdyż musieli w nich brać udział i prawosławni i katolicy. W razie śmierci katolika prawosławni powinni towarzyszyć jego pogrzebowi jedynie do bramy cmentarza, jeżeli zaś zmarły był prawosławnym, to katolicy również winni jego ciało odprowadzić tylko do cmentarza prawosławnego. Powyższe zarządzenie króla dotyczyło tylko tych wypadków, gdy prawosławni odmawiali udziału we wspólnych nabożeństwach cechowych. Nie był to zatem bezwzględny zakaz uczestniczenia prawosławnych w nabożeństwach katolickich. Często zresztą zdarzało się, że takie wspólne nabożeństwa miały miejsce. Oto z dokumentu wystawionego 27 sierpnia 1537 r. w Kamieńcu Podolskim przez burmistrza i rajców dla cechu kuśnierskiego dowiadujemy się, że podczas procesji Bożego Ciała mistrzowie tegoż cechu rekrutujący się z Ormian mają występować odrębnie, zaś Polacy i Rusini razem.

Przedstawione wyżej konflikty i ograniczenia nie wynikały jednak wyłącznie z dyskryminacji religijnej, a raczej z antagonizmu gospodarczego i społecznego. Ów antagonizm powodował, że we Lwowie funkcjonował zakaz swobodnego zamieszkiwania w całym mieście, a nawet wprowadzono restrykcje w zakresie publicznego sprawowania kultu poprzez nie pozwalanie na urządzenie procesji czy przechodzenie przez ulice i rynek miasta z zapalonymi świecami księży prawosławnych udających się do chorych z sakramentami.

Podobna sytuacja miała miejsce także w Przemyślu. Król Zygmunt I uznał skargi prawosławnego biskupa przemyskiego za uzasadnione i dekretem z dnia 10 lipca 1512 r. zagwarantował, że duchowieństwo katolickie nie będzie przeszkadzało prawosławnym w ceremoniach od dawna przez nich zachowywanych oraz że nie będzie ich zmuszało do przechodzenia na katolicyzm. Jednocześnie upominał prawosławnych, by poprzez swoje zachowanie nie obrażali ceremonii religijnych Kościoła katolickiego i nie prowokowali katolików.

Podsumowując należy stwierdzić, że położenie prawne mieszczaństwa prawosławnego w poszczególnych ośrodkach miejskich było uzależnione od praw i zwyczajów lokalnych. Jeśli nawet pojawiały się jakieś zatargi i nadużycia, to nie może to dziwić, wzięwszy pod uwagę tak skomplikowane stosunki wyznaniowe oraz tak różnorodny skład narodowościowy, jakie miały miejsce na wschodnich terenach Rzeczypospolitej. Królowie nie zawsze mogli wnikać w ich istotę, tym bardziej, że nie zawsze byli o nich należycie informowani, ale wówczas gdy prawosławni nie zachowywali się biernie, ale dochodzili swoich praw, to rozstrzygali te spory zgodnie z prawem. I tak kiedy w r. 1515 prawosławni mieszkańcy Lwowa skarżyli się królowi na tamtejszego arcybiskupa katolickiego, Zygmunt I przypomniał mu, iż w Królestwie Polskim nawet Żydzi i Tatarzy korzystają ze swobody wyznania. Zwolennicy Kościoła wschodniego nie powinni więc być traktowani gorzej od niechrześcijan. Inne przykłady przytacza K. Chodynicki. Otóż gdy we Lwowie patriarcha ormiański Szczepan porwał dwóch chłopców prawosławnych i siłą ochrzcił ich według obrządku ormiańskiego, król za wstawiennictwem biskupa prawosławnego nakazał oddać ich matce, w ten sposób chroniąc prawa gwarantujące swobodę kultu. Gdy z kolei do Zygmunta Augusta doszły wiadomości, że w Brześciu mieszkańcom Kościoła wschodniego dzieją się krzywdy, w 1545 r. wysłał on *wojtu, radcom mesta naszego Berestejskiego* nakaz następującej treści: *teper prikazujem wam, abyście tym ludom cerkownym krywd ne delali i nowin ne wwodili (...). I do tego wsego ich ne potiajali czogo pered tym ne bywalo, a ony by nam w tom bolsze ne zalowali*. Gdy w roku 1557 mieszcianie z Kamieńca prosili króla, aby nakazał zachowywać i przestrzegać prawa i przywileje Rusinów, ponieważ burmistrz i rajcowie "ritus polonici" dopuszczają się licznych nadużyć względem ludności ruskiej, ten uznając słuszność skargi, zabronił rajcom katolickim rozciągania jurysdykcji na Rusinów pod karą 400 grzywien.

Z drugiej strony mieszczaństwo ruskie Rusi Czerwonej, ze względu na uzyskanie przez łacinników supremacji w miastach, z konieczności musiało podjąć próbę asymilacji w nowej sytuacji, unikając zepchnięcia na margines życia miejskiego ze względu na brak obywatelstwa miejskiego i restrykcje prawne. Uniemożliwiała mu to zaś trwanie przy starym wyznaniu i próby własnej separacji. Rozpoczął się więc proces polegający na porzucaniu obrządku wschodniego i przyjmowaniu katolickiego.

Jednocześnie z czasem w miastach Rzeczypospolitej w miarę postępów kontrreformacji stosowano coraz częściej przymus wyznaniowy (tak na przykład w 1629 r. cech lwowski szewców wydał ordynek stanowiąc, iż kto bywałby w "cerkwi schizmatyckiej" na nabożeństwach, ma płacić kary na rzecz cerkwi unickiej). Z tego powodu zaczęły odradzać się i powstawać bractwa cerkiewne, jako wspólnoty organizujące się celem obrony przed ekspansją innych konfesji. O mieszczanach nie wspominała konfederacja warszawska. Mimo iż w jej nagłówku zostały – jako jej współsygnatariusze – wymienione również miasta królewskie, co mogło sugerować, że dotyczy także i mieszczan, ale później zarówno królowie, jak i duchowieństwo twierdzili, iż miasta nie mogą powoływać się na ten akt.

## ІСТОРИОГРАФІЯ МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ В УКРАЇНІ

*І. Радібова*

*Юридичний інститут Тернопільської академії народного господарства*

У нинішній українській історіографії проблемі вивчення магдебурзького права приділяється ще надто мало уваги. Це стосується особливо функціонування магдебурзького права в окремих регіонах України. Залишається невивченою історіографія окремих міст і, зокрема, міст Тернопільщини. І все-таки, базою для подальшого вивчення міського самоврядування в Україні є історіографічна спадщина здобутків українських вчених минулого і сьогодення.

Вагомим внеском у вивченні магдебурзького права є праці М. Грушевського, який вважав німецьке право чужорідним елементом на українських землях. На його думку, відірваність міста від землі, коли "кожне місто існувало само по собі як маленька держава навіть без зв'язку з іншими містами" призводила до негативних наслідків. Також М. Грушевський піднімав проблему наділення правами та обов'язками громадян різних національностей та віросповідання в умовах введення норм магдебурзького права.

Закладання міст на магдебурзькому праві досліджував історик В. Антонович, який виділяє три історичні причини, завдяки яким повставали міста. Неефективність норм магдебурзького права Антонович пояснює тим, що воно надавалось українським містам із певними обмеженнями. Саме це, на його думку, було однією із причин занепаду міст, які продовжували залишатись залежними від старостинської адміністрації. Думка про негативну роль магдебурзького права в житті українських міст була в історіографії досить міцною. Магдебурзьке право розглядалося як елемент чужої держави.

Історик права М. Владимирський-Буданов піднімав проблему впливу магдебурзького права на соціальний побут та політичний розвиток міст. Як і вищезазначені дослідники Владимирський-Буданов стверджує, що основною причиною занепаду міст є запровадження магдебурзького права: "Як основна причина занепаду й упадку шляхетської держави містяться у правах і привілеях шляхетського стану, так основна причина занепаду й упадку міст лежить у їх правах і привілеях".

Джерела магдебурзького права в Україні вивчав С. Іваницький-Василенко після приходу до Комісії історії західноруського і українського права. Одним з перших у вітчизняній історіографії він намагався з'ясувати відмінності між нормами, які містилися в книжках магдебурзького права в Україні та їх аналогами у німецьких містах.

У навчальних посібниках, так само як і в окремих академічних виданнях радянської України проблема магдебурзького права практично не висвітлювалась. Причиною цього могла бути не лише поверхнева оцінка магдебурзького права на території України, котре прямо стосується національної правничої традиції, але й нехтування тією обставиною, що саме завдяки таким явищам, як магдебурзьке право, Україна суттєво відрізнялась у своїй правогенезі від Росії, традицій і характеру правосвідомості та державотворення останньої. На прикладі міста Вінниці проблему магдебурзького права досліджував В. Отамановський. Аналізуючи дослідження попередників, В. Отамановський формулює визначення терміну "місто" в загальному та правовому розумінні. В своїй праці автор висвітлює питання про роль та значення магдебурзького права в житті південноукраїнського міста XIV-XVIII ст. На думку дослідника, магдебурзьке право не тільки не принесло на українські землі демократичних традицій, а зруйнувало вже існуючі демократичні елементи.

В монографії "Феодалные города Украины в конце XV-60-х годах XV в." П. Сас виділяє характерні риси міського управління на магдебурзькому праві. По-перше, перетворення посади вейта у "феодалное держание". По-друге, значне розширення судових та адміністративних функцій ради.

Заслуговує на увагу дослідження С. Грабовського, який аналізує оцінку магдебурзького права в історіографії різних часів. На відміну від М. Грушевського, В. Антоновича у своїй праці Грабовський розглядає магдебурзьке право не як засіб "класового гніту", а як "елемент національної культури". Процес надання містам України магдебурзького права, на думку дослідника, "був не антинаціональним, як це змальовують деякі джерела, хоча і не безконфліктним". Переконливим, на нашу думку, видається твердження, що втрата державності приводить до "запозичення або



нав'язування іншоетнічних моделей суспільного життя". На думку дослідника, науковці, які займаються проблемою магдебурзького права повинні з'ясувати чи були ці "моделі" прогресивними, цивілізованими, чи "можливо, реакційними, варварськими?".

М. Довнар – Запольський ґрунтовно досліджує розвиток міст на німецькому праві. Аналізуючи причини поширення магдебурзького права, приходять до висновку, що історики надто перебільшують, аналізуючи невігідні сторони в житті міста на німецькому праві. Довнар – Запольський стверджує, що попри недоліки в містах на німецькому праві, воно сприяло швидкому економічному розвитку міст.

Цікавим видається порівняння норм російського права та магдебурзького. Норми російського права, маючи "общую точку отправления", є далекими від єдності, так як утворилися під впливом різних історичних умов. Також магдебурзьке право, вводячи досить одноманітний механізм в міській устрій, особливо в першій період розвитку права, дуже сильно відрізняється реальними привілеями. Права, що надавались цими привілеями, були не однакові, "и это особенно отражалось на фискальных отношениях" міст із королівською владою. У грамотах на магдебурзьке право різноманітність визначалась не старовиною чи звичаєм, а тією "ласкою", "милістю", яку король виявляв до того чи іншого міста.

На думку дослідника, головна особливість міста на німецькому праві полягала у тому, що з отриманням привілею воно розривало зв'язки із волостю і сильно відрізнялося від міста на російському праві у фінансовому відношенні. Міста з магдебурзьким правом завдяки низці привілеїв отримували прибутки, які йшли або на місцевий благоустрій, або служили фондом для виконання державних повинностей.

Наводячи приклади, історик стверджує, що населення свідомо переходило на німецьке право і ставилося до таких змін сприятливо.

А. Яковлів аналізує праці українських правників, в яких використовуються норми німецького права. За висновками автора, у працях дослідників XVIII ст. за основу було взято німецьке право, охарактеризоване в книгах Яскера Щербича та Гроїцького, а також Литовський Статут. На думку Яковліва, праці Щербича й Гроїцького насамперед переслідували практичні цілі. Як бачимо, інтерес до норм магдебурзького права не згасає серед українських правників, які ставили собі завдання – ознайомити читачів із основними засадами судового устрою й процесу, допомогти їм розібратися у різних кодексах, що часом містили суперечливі норми, та викласти у доступній формі найчастіше вживані норми закону.

Проблеми поширення магдебурзького права вивчав І. Линниченко. На думку дослідника, землі Червоної Русі роздавалися Казимиром з метою збільшення боєвої сили на Русі. Саме тому король дозволяв не лише шляхтичам, а й міщанам та чужоземцям засновувати поселення на німецькому праві з метою проходження військової служби. Таким чином король створює собі військову силу на Русі і при цьому не лише без будь-яких витрат із своєї казни, а із збільшенням своїх прибутків.

Останнім часом вивченням магдебурзького права займається все більше дослідників. Джерела магдебурзького права розглядав Р. Піч, Н. Ковальський. Початок врядування Києва за магдебурзьким правом з'ясували у своїх працях Р. Делімарський, П. Клепатський. Історію Київської магдебургії, використовуючи ряд документів, подають С. Карамаш, В. Ляхоцький. Аналіз, представлений у статті, присвячений Київській магдебургії, доволі оглядовий, оскільки не подається критичний розбір документів. Однак цей недолік компенсується великою кількістю матеріалу. Добірка документів, виявлена авторами, дає широку джерельну базу для подальших досліджень з історії магдебургії Києва.

Збірник документів, що висвітлюють найважливіші моменти історичного минулого трьох національних громад міста Львова, а саме: української, вірменської та єврейської протягом XIV–XVIII століть – результат копіткої праці М. Капралія. На думку автора причиною правової асиміляції української громади у громаду магдебурзького права "була відсутність розробленого автономного міського права" у князівські часи, на яке могли б українці опертися, а також їх малочисельність. На відміну від української вірменська громада у Львові створила судово – правову автономію у вигляді вірменського війтівства, так як мала у місті економічний вплив та приймала активну участь у східній торгівлі. Єврейська громада на відміну від двох попередніх, як зазначає М. Капраль, "не зазнавала асиміляційного тиску з боку домінуючої католицької громади... в правовому плані". Не зважаючи на обмеження торгово – економічного права з боку міської ради, євреї змогли поступово зрости економічно та чисельно.

Активно працює над проблемами магдебурзького права Т. Гошко. Більшість її робіт присвячено аналізу магдебурзького права в українській та польській історіографії. Підсумком досліджень є ґрунтовна монографія з історії магдебурзького права в Україні XIV – початку XVII століть. На думку автора, польська історіографія має суттєвіші здобутки, ніж українська. У монографії Т. Гошко виділяє низку питань, які залишаються з різних причин недостатньо дослідженими та дискусійними, застосовуючи велику кількість історіографічного матеріалу. Формування та функціонування органів міського самоврядування за магдебурзьким правом розглядаються здебільшого на прикладі міста Львова.

Якщо в недавньому минулому в довідковій літературі тематика магдебурзького права знаходила висвітлення виключно з позиції "класового підходу", то на сьогоднішній день відбуваються вагомні позитивні зрушення. Чітке та різностороннє визначення терміну "магдебурзьке право" подає І. Усенко.

На жаль, дослідження магдебурзького права в окремих містах та регіонах, поза поодинокими винятками, практично відсутні. Це стосується і проблеми магдебурзького права на Тернопільщині.

Підсумовуючи вищесказане, можемо зазначити, що проблема історіографії магдебурзького права в Україні, особливо в її окремих містах та регіонах, в тому числі і на Тернопільщині, вимагає більш посилених дослідницьких зусиль.

## ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЛЬВІВСЬКОГО МІСЬКОГО ПРАВА

*В. Кіселічник*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Формування сучасного праворозуміння створює для дослідника історії права нові можливості і більш ефективний інструментарій, дозволяє повертатися до наукових проблем і гіпотез, які можна вважати фундаментальними.

Однією з таких актуальних наукових проблем є львівське міське право. Термін "львівське міське право" знаходимо у М. Владимирського-Буданова, наукові розвідки якого започатковують підхід до нього як до специфічного правового явища. Однак для цього етапу постановки наукової проблеми характерною є неоднозначність, багатомірність терміну "львівське міське право".

Львівське міське право – це право, становлення якого було започатковане наданням м. Львову магдебурзького права, і розвиток якого припадає на період середньовіччя. Але було б методичною помилкою обмежувати його хронологічні рамки тільки епохою середніх віків. Логічно пов'язати розвиток міського права і у більш пізній – австрійський період, а саме, коли львівська громада користувалася широкою автономією щодо вирішення практично всіх питань своєї життєдіяльності.

Аналіз міського права у Львові відбувався надалі в умовах традиційної відмінності у підходах щодо його вивчення між істориками і правниками. Історики здебільшого розглядали міське право як санкціоноване державою право на самоврядування, акцентуючи увагу на питаннях, коли було надано Львову магдебурзьке право, як воно застосовувалося, як повсякденне життя львівської громади співвідносилось з нормами права. Для істориків права ці питання є також важливими, але основою наукового аналізу є дослідження природи і джерел міського права, правотворчої діяльності самоврядних органів, змісту правових норм та механізмів їх реалізації. Отже, юристи схильні розглядати міське право як систему правових норм, які регулюють сферу життєдіяльності міської територіальної громади.

Одним із перших у вітчизняній історіографії юридичний підхід до аналізу міського права застосовував С.М. Іваницький-Василенко. У науковій розвідці "Джерела магдебурзького права в Західній Русі й Гетьманщині", нещодавно введеної в науковий обіг І. Усенком, він не зупинився на традиційних історичних проблемах магдебургії, а намагався з'ясувати зміст норм магдебурзького права в Україні та порівняти її з аналогами у німецьких містах. На думку І. Усенка, саме С.М. Іваницький – Василенко заклав методологічний підхід, який досі не знайшов свого гідного продовження.

Історико – правовий підхід прямо пов'язує правовий статус міста з міським правом. Відомий дослідник Ф. Тарановський зазначав, що, зокрема, у Німеччині наприкінці XII ст. згідно з наданими містам привілеями, формується модель вільної міської громади, виникає місто в юридичному розумінні як громада вільних людей в укріпленому місці, з правом власної юрисдикції і самоуправління, правом на ведення торгівлі та утворення цехів.

Дослідник історії магдебурзького права в Україні Т. Гошко вважає, що міста в правовому сенсі є витвором середньовіччя. Раніше вони виконували радше торговельні та господарські функції, і лише отримавши самоврядування, оформивши свій правовий статус, міста стають такими, якими ми звикли їх бачити.

У польській історіографії показовою є думка О. Ланге: "Колонізація німецька принесла собою до Польщі право міське, якого Польща перед тим не знала, а без міського права немає міст в повному правничому значенні цього слова".

Історія міського права у Львові є вагомою складовою історії міста. Вона підтверджує концепцію про місто як автономну корпорацію, відповідно до якої головна системоутворююча ознака міста – громада. Вибудовуючи хронологічні рамки дослідження львівського міського права варто орієнтуватися на ті періоди, коли місто було не просто поселенням людей з властивими господарськими чи іншими функціями, а міською громадою, яка була наділена самоврядними повноваженнями, і, зокрема, правотворчістю.

Складною, в певній мірі, є проблема історичної періодизації дослідження міського права. Взагалі автором була запропонована схема історії львівської громади та міського самоврядування, яка містила декілька самостійних періодів.

Перший період – це період самоврядування княжого Львова. Хоча про цей період є мало відомостей, деякі автори вважають його єдиним періодом, який можна віднести до руської (української) самоврядної традиції. Другий період розпочинається з надання місту магдебурзького права і охоплює практично все середньовіччя. Третій період пов'язаний зі становленням у м. Львові у II половині XIX ст. модерного самоврядування і триває до 30-х років XX століття. У цьому періоді виділяється короткочасне, але важливе самоврядування часів Західноукраїнської Народної Республіки.

Однак цю схему не можна механічно переносити у дослідження міського права. На нашу думку, у розвитку львівського міського права необхідно виділити два найбільш значимі етапи, зокрема період становлення і розвитку міського права згідно норм магдебурзького права (XIV – XVIII ст.ст.), а також період становлення і розвитку модерної самоврядної системи (друга половина XIX – початок XX ст.).

Саме ці періоди в сукупності дали найбільше пам'яток міського права у Львові. Міське право розвинулося з рецепції німецького міського права, визначило становище Львова як старшого, "матірнього" (Mutterstadt) міста, міста – метрополії для інших руських міст, зокрема і для м. Кам'янця після 27-и річної турецької неволі (1672-1699), якому, львівське міське право було підтвержене в 1703 році.

Після цього розпочалася доба плідної правотворчої діяльності у Львові, доба самостійного творення власне львівського права, зокрема, у формі вількірів.

Не менш важливою і плідною була нормотворча діяльність самоврядних органів XIX ст., коли австрійська самоврядна система започаткувала становлення у Львові модерного (сучасного) самоврядування.

Така періодизація історії львівського міського права відповідає загальній історії міського права в Європі. Аналіз цього періоду дозволяє пізнати історію львівського міського права в контексті європейської історії.

У досліджуваній історичній період поняття "міське право" застосовувалося, принаймні у трьох значеннях:

- природне право громади на самоврядування, основою якого є свобода громадян, право на самоврядування, з власним судочинством, право участі в управлінні торгівельними і ремісничими об'єднаннями, право на фортифікаційні споруди, а також право на прийняття власних статутів;
- право як сукупність актів органів міського самоврядування, звичаєве право, яке сформувалося безпосередньо в умовах міста;
- право на отримання міського громадянства, тобто правовий зв'язок між міщанами (городянами) та міською громадою.

Найбільш дослідженим є право міського громадянства. Фрагментарно досліджувалися акти самоврядних органів Львова. Практично не досліджувалося львівське міське право як природне право громади на самоврядування.

Отже, засади сучасного дослідження львівського міського права вимагають трьохрівневого підходу, комплексного методу, внутрішнього та зовнішнього порівняння. За такої постановки проблеми в результаті наукового дослідження львівське міське право постане як єдине складне правове явище, котре стало закономірністю історії львівської громади та міського самоврядування.

## ХЕЛМІНСЬКЕ (КУЛЬМЕНСЬКЕ) ПРАВО

*М. Кобилецький*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Одним із різновидів магдебурзького права, що використовувалось на українських землях було хелмінське право. Хелмінське право в основному діяло в західноукраїнських містах та селах. Крім того, хелмінське право використовувалось як джерело кодифікації українського права у XVIII ст.

Хелмінське право з українських науковців частково досліджував лише А. Яковлів, у цей же час даній проблемі присвячено цілий ряд праць німецьких, польських та російських вчених: Вілловельта Д., Метнера А., Клейнеца Г., Маркмана Ф., Здруйовські З., Зінгера В., Зелінської-Мельковської К., Александровича С., Рогачевського А. та ін.

Хелмінське право своїм виникненням завдячує місту Хелмно (німецькою мовою Кульм (Culm)). Дане місто знаходиться на півночі Польщі і в період середньовіччя входило до складу Тевтонського ордену.

Територія хелмінської землі, що належала литовським племенам, у 1226 р. була подарована польським князем Конрадом Мазовецьким тевтонським рицарям, що змушені були покинути Трансильванію після конфлікту з угорським королем Андрієм II. На завойованих пруських землях розпочалось будівництво фортець, міст та сіл. Правовий статус даних територій визначався так званним крушвицьким документом, який не зберігся до сьогоднішнього дня. Польські науковці вважають даний документ підробкою.

Для досягнення стабільності на завойованих землях у 1233 р. було видано новий привілей, який отримав назву Кульменська грамота. Кульменська грамота стала типовою, так званою локаційною грамотою. Вона складалась з вступу, тексту, заключної частини та ділилась на три розділи (24 статті). Так у першому розділі з 1 по 7 статті визначався правовий статус міст Торуня і Хелмно, повноваження у галузі судочинства та майнові права мешканців міст. У другому розділі статті з 9 по 21 регулювались питання повноважень Тевтонського ордену та його контроль за діяльністю міст. З 22 по 24 статтю регулювались майнові відносини на території Хелмінської землі. Сюди відносились питання введення єдиної грошової одиниці, мір, площі і ваг та ліквідації мита. Дана грамота стала основою для заснування міст Хелмно і Торуня та включала елементи хелмінського права як земельного, так і міського. Кульменська грамота обґрунтовувала утворення держави Тевтонського ордену.

Кульменська грамота гарантувала усім мешканцям Торуня, Хелмно та інших міст і сіл, що підпорядковувались Тевтонському ордену ряд пільг і привілеїв. Зокрема, міста Хелмно і Торунь отримали право на місцеве самоврядування, яке включало щорічне обрання міської ради та лавників. Повноваження та структура органів місцевого самоврядування була однаковою для всіх населених пунктів хелмінської землі. Місцеве самоврядування будувалось на основі магдебурзького права, але з досить суттєвими змінами.

Так, у порівнянні з магдебурзьким правом наполовину було знижено суми грошових штрафів. Спадкове право будувалось на основі фламандського права, яке надавало рівні права на отримання спадщини як синам так і дочкам. Зміни торкались і сімейного права де передбачалось утворення так званої хелмінської "майнової шлюбної маси", яка у рівних долях формувалась чоловіком та жінкою. Хелмінське право звільняло мешканців від сплати податків та безоплатного утримання чиновників. Селяни отримали право на заняття рибальством, полюванням та будівництвом на ріках в межах свої земельних ділянок одного млина. Усі жителі міст та сіл могли із згоди ордену відчужувати своє майно на основі хелмінського права. Власники маєтків на основі хелмінського права сплачували лише невеликий чинш у сумі 5 динарів та воск. Особи, які володіли земельними ділянками, що перевищували 40 ланів землі мали відбувати військову службу у повному озброєнні з 3 кіннями, а власники менших земельних наділів – володіти одним конем та мати легке озброєння.

З тексту привілею можна побачити бажання ордену збільшити кількість переселенців та врегулювати відносини власності. Міста Хелмно і Торунь отримали магдебурзьке право та великі земельні ділянки на пільгових умовах. Основою для написання грамоти стало фламандське спадкове право, сілезьке і фрайбурзьке гірниче право. Кульменська грамота була написана латинською мовою, а

пізніше її переклали німецькою мовою. Кульменська грамота стала основою для створення Хелмінського права.

Проводячи поступову колонізацію пруських земель, поряд з хелмінським правом окремі населені пункти стали отримувати так зване просте магдебурзьке право, що було менш вигідне для жителів міст та сіл. Особи, що володіли магдебурзьким правом, сплачували більш високий чинш та мали відбувати військову службу на менш вигідних умовах. Магдебурзьке право також позбавляло жінок спадщини.

Після поразки Тевтонського ордену у битві під Грюнвальдом внутрішні протиріччя у державі неодноразово приводили до порушення норм хелмінського права. Зокрема, стали підвищуватись натуральні та грошові повинності для населення. Така політика ордену привела до зближення мешканців міст та рицарів. Було утворене відповідне об'єднання, до складу якого увійшло 62 міста (Хелм, Гданськ, Торунь та ін.) і рицарі хелмінської землі. Після цього союз міст та рицарів, який отримав назву Прусського, став шукати підтримку у Польщі. В результаті чого у 1454 р. розпочалась 13-річна війна ордену та Польщі. Внаслідок війни Прусія була розділена на дві частини – Королівську Прусію (воєводства хелмінське та поморське) і тевтонську Прусію, що перебували під владою Великих магістрів. Зміни торкнулися і судової системи, оскільки міська рада Хелмно втратила право виконувати функції суду найвищої інстанції і його функції перейшли до міської ради міста Торуня (1458-1608 р.), а для Тевтонської Прусії – ради старого міста Кенісбергу (1478-1517 рр.).

Королівський привілей 1454 р. дозволив мешканцям Королівської Прусії вільно переходити з кожного діючого права на інше. При цьому єдиною умовою було ненанесення шкоди третім особам. Але на практиці більшість жителів переходили з магдебурзького, польського і староруського права на більш вигідне хелмінське право і при цьому майже завжди наносилась шкода третім особам. І тому польський король Казимир Ягелончик у 1476 р. видав привілей, за яким відмінив на території Королівської Прусії усі інші права за винятком хелмінського права. З цього часу хелмінське право стає загальнообов'язковим на території Прусії. Джерелами хелмінського права стали: хелмінський привілей, судова практика, старохелмінське право, що виникло в кінці XIV ст., правові книги міста Мейсин XIV ст., дев'ять книг магдебурзького права, праця торунського міського писаря Вальтера, що була написана 1400-1402 рр. на основі судової практики міста Торуня та частково хелмінського права, основою якого стала судова практика міста Хелмно. Діяльність різноманітних нормативно – правових актів вимагала проведення кодифікації права. Кодифікація була проведена у XVI ст. під назвою перегляди права. Перший перегляд отримав назву ліндзберського (*Jus Culmense Correctum*) 1566 р., автором якого був гданський бургомістр Е. Клеєфельд і варнський єпископ С. Хозьум та юрист з королівської Прусії К. Йонас. Цей перегляд не був затверджений польським королем та прийнятий сеймиком королівської Прусії. Іншою спробою кодифікації стала так звана новоміська ревізія 1580 р. (*meunerkten Kulm*). Велику роль у її підготовці відіграли хелмінський єпископ П. Костка і воєвода Я. Дзялинський, гданський синдик Г. Лямке та представник пруського князя доктор права Я. Роде. Але ця редакція як і попередня не набула офіційного статусу. Основною причиною їх незатвердження стали інтереси різних соціальних груп щодо норм хелмінського права, які регулювали спадкове право. Боротьба між шляхтою та міщанами продовжувалась протягом XVI ст. і внаслідок чого шляхта самостійно розробляє земське право, яке було затверджено у 1598 р. та надруковано 1599 р. у Торуні. Земське право або Прусська коректура незалежно від хелмінського права визначало систему шляхетських судів у Королівській Прусії та регулювало норми цивільно – процесуального, сімейного та спадкового права. У інших справах використовувалось хелмінське право. Прусська коректура, яка вже згадувалась, була затверджена королем, польським сеймом та Прусським генеральним сеймиком.

Останньою редакцією хелмінського права стала так звана Торунська 1594 р. (*Jus Culmense Revisum, Tohormen Kulm*), яка була розроблена представниками міст Королівської Прусії. Велику роль в її підготовці відіграв вищезгаданий синдик Г. Лемке та бургомістр м. Мальборн Г. Геєзе, який після смерті Г. Лемке завершив дану редакцію.

## ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО ЗА ВІРМЕНСЬКИМ СТАТУТОМ 1519 р.

*М. Демкова*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

З наданням місту Львову магдебурзького права у 1356 р. вірмени, поряд з іншими народами, отримали право судитись у власному суді під головуванням міського в'їта. Привілей Казимира Великого 1356 р. став правовою основою для функціонування вірменського суду.

У процесі здійснення судочинства, на практиці часто виникали проблеми з правильним трактуванням норм вірменського права, які були написані маловідомою для органів влади вірменською та вірмено-кипчацькою мовами. Для усунення цих суперечностей львівські вірмени підготували кодифікований проект вірменських законів, який з часом дістав назву "Статут львівських вірмен" або "Вірменський Статут" ("Statuta Iuris Armenici") і був затверджений 5 березня 1519 р. королем Сигізмундом I. У Статуті широко регулювалися правові відносини церковного, шлюбного, кримінального, фінансово-економічного, цивільного, а також зобов'язального характеру.

Основним заняттям вірмен, які оселилися в Галичині, було ремісництво і торгівля. Очевидно тому значна частина статей Вірменського статуту (ст.ст.27 – 114) присвячена зобов'язальному праву. Суб'єктами зобов'язальних відносин були фізичні особи, які були здатні нести відповідальність за дані зобов'язання.

Предметом зобов'язань було твердження (обіцянка) щодо виконання певної дії. Твердження вважалось правдивим і відповідало дійсності у випадку виконання цієї дії, або неправдивим – у разі її невиконання та заподіяння шкоди. Ремісник або позичальник, які стверджували (обіцяли) виконання певних дій у відповідний термін, були зобов'язані забезпечити виконання свого твердження (обіцянки).

В залежності від відносин, угод та вчинків виникали відповідні зобов'язання. Під час укладення угод зобов'язання визначалися в умовах кожної угоди. Такими умовами могли бути термін виконання певної дії, порука, присутність свідків, завдаток та інші.

При наданні гарантій, поручитель (гарант) відповідав за суб'єкта зобов'язальних відносин грошима, а при їх відсутності, – своїм майном.

Під час укладення угод різного характеру, а також з метою підтвердження взятих на себе певних зобов'язань, вірмени широко використовували інститут свідків. У ст.48 Статуту вказується, що під час продажу коня вимагалася присутність 2 – 3 свідків, вола 3-х свідків (ст.49), вулика 2 – 3 свідків (ст.51), овочів з саду – 3 свідків (ст.53).

Для надання угодам більш вагомого значення, з метою уникнення у майбутньому можливих суперечок, угоди в багатьох випадках затверджувалися місцевими органами влади. Стаття 88 Статуту постановляє, що угоди з продажу нерухомості повинні складатися в присутності вірменського судді.

Старовірменське право встановлювало, що у випадку усної угоди купівлі-продажу, яка не передбачала сплату вартості угоди та надання завдатку відразу після її укладення, продавець не мав права відпродати річ, яка була предметом угоди, іншому покупцю, якщо перший покупець добровільно відмовився від угоди. У цьому випадку продавець міг розпорядитися цією річчю на користь другого покупця за умови, що перший покупець письмово відмовився від предмету угоди, повідомивши про це продавця поданням відповідного листа. Після цього предмет угоди разом з письмовою відмовою першого продавця переходив до другого. Ці норми старовірменського права в частині зобов'язань продавця перед покупцем при укладенні угоди купівлі-продажу перейшли до Статуту з певними змінами. Статті Статуту не містять поняття усної угоди, а також угоди в якій не вказана ціна та не визначений завдаток. У статті 109 вказується, що у випадку отримання завдатку продавець не мав права продати майно, яке було предметом угоди іншому продавцю, а лише за згодою першого покупця, який вніс цей завдаток. Стаття 110 встановлює, якщо покупець, який вніс завдаток, відмовився від предмету угоди, то він позбавляється задатку.

При відчуженні, статтями 45, 66, 88 Статуту передбачалося пріоритетність права третіх осіб, тобто родичів. Якщо через бідність та без згоди родичів була продана нерухомість, вони мали право протягом року її відкупити; це саме стосувалося проданої речі або користі з неї.

Умови купівлі-продажу в залежності від предмету продажу подавалися в угодах з найменшими подробицями, а в деяких випадках передбачалося розірвання угоди. У випадках недотримання сторонами умов угоди, Статут дозволяв її розірвати. Наприклад, угода втрачала свою чинність у випадку продажу вулика з медом, якщо у вулику не виявилось кількості меду, обумовленої в договорі, а продавець не поповнив відсутньої частини або не зменшив вартості вулика, а також у випадку коли вулик виявився без рою (стаття 51). При продажі саду з плодоносними деревами угоду можна було розірвати протягом 10-ти днів, якщо виявилось, що дерева в цьому саду не плодоносять (стаття 53). Розірвати угоду можна було також при продажі неякісного товару (стаття 82).

Вірменський статут значну частину статей відводив питанню найму, який поділявся на особистий (найом послуг і найом робіт) та майновий наймом.

Відповідно до ст.105 Статуту, особа (замовник), яка замовила в ремісника виготовлення певного виробу, мала право вимагати, щоб її замовлення було виконане відповідно до її вимог та у визначений термін. Якщо ремісник виконав замовлення, яке не відповідало вимогам замовника або зіпсував дану йому річ, замовник мав право вимагати щоб його замовлення було виконане згідно з його вимогами, або відремонтовано зіпсовану річ без повторної сплати коштів. Якщо ремісник відмовився проводити ремонт зіпсованої ним речі, суд зменшував вартість робіт на величину заподіяної шкоди. У випадку привласнення ремісником речі замовника, ремісник був зобов'язаний сплатити замовнику вартість привласненої речі у чотириохкратному розмірі. У випадку загибелі речі замовника, ремісник був зобов'язаний відшкодувати її вартість. У Статуті не згадується про відповідальність ремісника, якщо надану замовником річ вкрадено. Ремісник сплачував замовнику повну вартість речі у випадку, якщо річ була знищена з його вини і не відшкодував шкоду, якщо знищення речі відбулося без його вини. Якщо річ згоріла внаслідок пожежі з вини ремісника, Статут встановлював відповідальність ремісника за втрату цієї речі. У випадку пожежі, який був спричинений ворогом ремісника, ремісник вважався невинним (стаття 105). Ця стаття доповнена королівським зауваженням, яким встановлювалося: якщо вірменин привласнив річ, дану йому для роботи, він підпадав під юрисдикцію магдебурзького права, оскільки розгляд справ крадіжок скоєних вірменами проводився у міському суді за магдебурзьким правом.

Питання особистого найму, відповідно до ст.72 Статуту розглядалося в контексті взаємовідносин між слугами та господарем. Статут забороняв затримувати або зменшувати зарплату слугам. Господар зобов'язаний був при повному розрахунку виплачувати найманому працівникові зарплату до заходу сонця. При відсутності заповіту у випадку смерті господаря, який заборгував слугі зарплату, затриману внаслідок його смерті, відшкодування з виплати зарплати лягало на родича померлого, якщо слуга присягою підтвердив свої претензії щодо заборгованості.

Відповідно до Статуту, майновим наймом вважалися позичка та оренда. У випадку пошкодження чи втрати позиченого або орендованого майна, відповідальність лягала на позичальника. Статтею 39 встановлювалося, якщо хтось позичив зброю і втратив її або зіпсував у присутності власника, то він звільнявся від сплати відшкодування, а якщо річ було знищено без відома та присутності власника, винний відшкодував власнику вартість заподіяної шкоди.

Багато місця у Статуті присвячується зобов'язанням, які виникали при наданні позики. Основною умовою позики було повернення боргу у визначений термін, при цьому дозволялося за відтермінування повернення боргу нараховувати відсотки на позичену суму. Проте заборонялося лихварство (отримання відсотка від відсотка). З особливою увагою Статут відноситься до бідних, від яких забороняється побирати відсотки від позики. Боржник, який з часом став бідним і не мав можливості вчасно повернути борг, звільнявся від сплати відсотків за нього.

Батько не відповідав за борги сина, якщо останній помер або виїхав з країни, якщо борги утворилися без відома батька або без його згоди. За подібної ситуації брат не відповідав за борги брата. Якщо позичені сином речі після його смерті опинилися у батька або брата, або вони володіли майном боржника, тоді кредитор мав право домагатися повернення боргу. Статтею 113 Статуту встановлювалося, якщо син – боржник помер раніше батька, який не записав йому майна, тоді кредитор не міг виставляти претензії батькові. У випадку, коли син помер, а батько залишив йому спадщину, кредитор мав право домагатися повернення боргу шляхом стягнення на спадкове майно.

Відповідно до норм старовірменського права, у випадку продажу міського будинку, за продавцем залишалося право на відкуп свого будинку протягом одного року. Відповідно до ст.46 Статуту ця норма поширювалася також і на родичів продавця. Після закінчення річного терміну будинок переходив у абсолютну власність покупця. Якщо предметом угоди була нерухомість, яка знаходилася за межами міста – час викупу збільшувався до 7 років. У ст.46 Статуту також



зазначалося, що вірменські покупці чи продавці будинків або замиського майна повинні зберегти за ними їх натуральні права та звичаї.

Стаття 82 Статуту зобов'язувала продавця, який продав зіпсований товар, відшкодувати шкоду, заподіяну набувачем, а якщо продавець знав, що товар зіпсований, набувач мав право повернути такий товар або вимагати зменшення його ціни. А якщо продавець не знав, що проданий товар зіпсутий – набувач мав право розірвати угоду купівлі-продажу.

Під час купівлі-продажу значне місце відповідно до "права близькості" надавалося родичам. Вимогою угоди при продажі нерухомості було отримання згоди на продаж від близьких родичів, в тому числі і таких, які могли би бути спадкоємцями цього майна. Якщо майно було продане без згоди "близьких родичів", тоді спадкоємці та близькі могли такого покупця відчужити від цього майна. У випадку, якщо майно було продано боржником примусово та за згодою близьких родичів, тоді правом викупу будинку в межах міста, за відмови викупу власником, володіли близькі родичі протягом одного року, а майном, яке знаходилося за межами міста – 7 років (ст.46). Відповідно до ст.88 Статуту, "право близькості" застосовувалося виключно до нерухомості. Така угода укладалася перед вірменським суддею і скріплювалася його печаткою. В королівському додатку до статті сказано: "Ця постанова має місце стосовно вірменського роду, особливо, коли їх суддя є вїйтом міського магдебурзького права".

Відповідно до ст.37 "Про вірне зберігання та вірну руку", якщо надані у зберігання речі були викрадені злодієм, а зберігач піймав цього злодія під час крадіжки, тоді такий злодій піддавався покаранню через повішання. Якщо злодій не був спійманим, тоді зберігач звільнявся від відповідальності шляхом складання тілесної присяги про те, що викрадення даної речі не є наслідком його недбалства або вини. У цій статті також вказувалося, що претензії до зберігача могли розглядатися тільки за наявності відповідних документів, які підтверджували надання речі на зберігання.

В королівському додатку до цієї статті наголошувалося, якщо вірменин був зберігачем чиеїсь речі, у конфліктних ситуаціях з християнином має керуватися своїм правом, а не правом християнина. Якщо зберігачем є християнин, якому вірменин дав річ на зберігання, а її викрадено, він повинен керуватися своїм правом. Позивач в таких випадках повинен керуватися правом звинуваченого.

Відповідно до норм старовірменського права, у випадку заподіяння умисної шкоди через пожежу, відповідальність лягала на винного, який сплачував відшкодування шкоди у подвійному розмірі, а у випадку спричинення пожежі через недбалство – тільки саму вартість заподіяної шкоди. Відповідно до ст.36 Статуту, норму староєврейського права було змінено, винний у заподіянні шкоди через пожежу, незалежно від того чи це був підпал чи необережність, сплачував подвійну вартість заподіяної шкоди. Якщо в саду було знищено овочеве дерево, тоді винний у скоєному був зобов'язаний на це місце посадити саджанець і сплачувати відшкодування власнику знищеного дерева до того часу, поки саджанець не почне плодоносити. У випадку вбивства чужої худоби, винний був зобов'язаний повернути господареві живу тварину. У Статуті ці положення змінені таким чином, що відповідно до ст.44 винний у вбивстві повинен був повернути вартість худоби, а якщо вбивство сталося через злий намір, суд повинен вивчити справу відповідно до показів сторін.

Згідно з старовірменським правом було встановлено, що у випадку знищення засіяного поля або городу через худобу, її власник зобов'язаний був відшкодувати втрати зі свого огорода відповідно до величини нанесеної шкоди. У статті 35 Статуту зазначено, що величину заподіяної шкоди визначали оцінювачі. Якщо чиясь худоба зайшла на засіяне поле або город і вчинила шкоду, власник поля мав право її прогнати, а власник худоби зобов'язаний був відшкодувати збитки нанесені його худобою. Якщо власник поля убив би худобу, яка нанесла йому шкоду, статтею 95 Статуту він зобов'язувався відшкодувати вартість вбитої худоби, а у випадку поранення – 1/4 від її вартості.

Стаття 101 Статуту встановлювала, що робітникові, якій виконує певну роботу, необхідно платити відповідно до якості та об'єму виконаної роботи. Відповідно до ст.106 ремісник відшкодував шкоду, заподіяну власнику ушкодженням знаряддя праці, якщо він виконував роботу для власної потреби.

Отже, Вірменський статут 1519 року досить широко регулював відносини зобов'язального характеру. Серед цивільно-правових договорів найбільше своє застосування здобули договір купівлі-продажу, найму, позики, підряду, схову та оренди. Також у статуті окреме місце відводилось зобов'язанням, що виникають при заподіянні шкоди. Статут чітко визначав суб'єкт, об'єкт та предмет зобов'язальних правовідносин.

## ZABIEGI PROTESTANTÓW O RÓWNOUPRAWNIENIE WYZNAŃ I SWOBODY RELIGIJNE W RZECZYPOSPOLITEJ W LATACH 1570 – 1595

*W. Sławiński*

Celem niniejszego referatu jest przedstawienie zabiegów protestantów o rozszerzenie i wzmocnienie swoich praw religijnych i wyznaniowych w Rzeczypospolitej Obojga Narodów w latach 1570–1573. Skąd taka cezura czasowa? Rok 1570 – to rok pierwszego sejmku odbytego po unii lubelskiej, rok 1595 pojawienia się nowego sojusznika; wobec coraz realniejszej przyjęcia przez Kościół prawosławny w Rzeczypospolitej unii kościelnej z Rzymem, do walki politycznej o sprawy wyznaniowe na sejmach, sejmikach i synodach włączyli się również późniejsi dyzownicy.

Unijny sejm lubelski 1569 r. nie zajął się w zasadzie sprawami wyznaniowymi. Wobec perspektywy wygaśnięcia dynastii Jagiellonów, wysiłki protestantów o poszerzenie swobód i gwarancji religijnych nie ustawały. W najambitniejszych planach chodziło o uzyskanie dla protestantyzmu statusu Kościoła Państwowego, w projektach bardziej realnych już tylko o zapewnienie spokojnej egzystencji Kościołom protestanckim i ich wyznawcom. Zniesienie egzekucji starościńskiej wyroków sądów duchownych na sejmie roku 1562/63 ewangelickiej szlachty koronnej zupełnie nie satysfakcjonowało.

Opierając się na rzekomej przychylności Zygmunta Augusta, po podpisaniu przez luteran, braci czeskich i kalwinistów w kwietniu 1570 r. Zgody Sandomierskiej, ci ostatni na sejmie warszawskim odbytym tego roku, próbowali forsować projekt konstytucji opracowanej pod kierunkiem wojewodów: krakowskiego Stanisława Myszkowskiego i sandomierskiego Piotra Zborowskiego. "De modo concordiae inter statum spiritualem et saeculare" zawierało projekt zrównania prawnego wyznawców religii katolickiej z ewangelikami do czasu zwołania przez monarchę synodu narodowego. Nikt nie miał być pozywany "pro haeresi" przed sąd duchowny czy świecki i każdemu gwarantowano swobodne praktyki religijne. Kościoły stojące na gruntach szlacheckich, w zależności od woli kolatora mogłyby być albo reformowane zgodnie z przedstawioną i zaakceptowaną na sejmie przez króla konfesją, bądź pozostawione przy Kościele rzymskokatolickim. Dziesięciny, płacone obowiązkowo, miały trafiać do kościoła parafialnego i to bez względu na wyznanie osoby je składającej. Wszelkie zaległości finansowe miały zostać darowane, co było dla szlachty protestanckiej szczególnie ważne. Wszelkie spory w tym zakresie miały trafiać do sądów ziemskich lub grodzkich. Kościół rzymskokatolicki miał zachować pewną, ograniczoną prawem publicznym, formę jurysdykcji duchownej nad swoim wyznawcami.

Rozwój sytuacji sprawił, że zamiast projektu konstytucji ewangelicy reprezentowani przez marszałka izby poselskiej Stanisława Szafrąncę ogłosili deklarację, w której domagali się kompozycji między stanami duchownym a świeckim. Zadowolali się tym, "aby w religii każdy zostać mógł". Jednak i tego nie udało im się osiągnąć. Złożonej jako odpowiedź, królewskiej deklaracji nie udało im się nawet wciągnąć do sejmowych recessów. Ostatecznie Zygmunt August "List Króla J.M. o nie sądeniu pro haeresi" ogłosił oddzielnie 10.VII. tego roku. Obiecał w nim przeprowadzić kompozycję na przyszłym sejmie i zobowiązał się nie pozywać przed sąd z powodów wyznaniowych.

Jednak i ten następny sejm (1572 roku) dla protestantów zakończył się również niepowodzeniem. Rychła śmierć monarchy (7 lipiec 1572 roku) spowodowała, że wszyscy polscy różnowiercy musieli pracować nad zapewnieniem sobie takich gwarancji wyznaniowych, które nie byłyby zależne od dobrej woli jakiegokolwiek króla.

Na sejmie konwokacyjnym w styczniu 1573 r. okazało się, że dla ogółu szlachty najważniejsze było generalne potwierdzenie ich przywilejów, a ewangelicy pragnęli dodatkowo uregulowania spraw wyznaniowych. Niektóre z przedstawianych jeszcze przed sejmem projektów nawiązywały do "De modo concordiae..." z 1570 roku, inne za wzór obierały sobie rozwiązania pokoju augsburskiego z Rzeszy. Bezczylni nie byli również katolicy, zwłaszcza duchowieństwo, które domagało się przywrócenia pełnej jurysdykcji duchownej, wypłaty zaległych dziesięcin, wygnania heretyków i zwrotu zrabowanych przez nich kościołów.

Nic więc dziwnego, że projekt aktu Konfederacji, publicznie przedstawiony 27 stycznia 1573 roku, wywołał ostry sprzeciw hierarchów katolickich. Ostatecznie jednak po wprowadzeniu niewielkich poprawek 29 stycznia przystąpiono do podpisywania dokumentu. Uczyniło to 28 senatorów, w tym tylko jeden biskup – Franciszek Krasiński i ponad 70 z 110 posłów.

Należy jednak stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom zawartym w protestach episkopatu, postanowienia Konfederacji mogą być ocenione tylko jako umiarkowany sukces protestantów. Umawiające się strony, czyli ci, którzy są "dissidentes de religione" obiecali sobie zachowanie pokoju i "dla różnej wiary i odmiany w Kościołach krwi nie przelewać ani się penować confiscatione bonorum, pocziwością, carceribus et exilio..", nie wpsominając jednak o równouprawnieniu wyznań protestanckich z katolicyzmem. Szlachta otrzymała potwierdzenie swoich dotychczas wywalczonych osobistych swobód wyznaniowych, lecz ani słowa nie wspomniano o gwarancjach prawnych dla zborów czy uznaniu ministrów protestanckich za stan duchowny. Zastrzeżono nawet dodatkowo, iż "wszystkie beneficja iuris patronatus Regii prelatorum, ecclesiasticarum (...) i inszych wszelikich beneficj były dawane nie inszym, jedno rzymskiemu Kościoła klerikom". Akt Konfederacji nie obejmował oczywiście chłopów, stan trzeci oddano pod zwierzchnictwo religijne szlachty. Sygnatariuszami aktu zostały zaś miasta królewskie. Na sejmie elekcyjnym dodatkowo uzgodniono tekst przysięgi składanej przez potencjalnego władcę podczas koronacji, oraz warunki od przyjęcia których, Polacy mieli uzależnić oddanie monarszego tronu oraz do nowo spisanego, opieczętowanego i podpisywanego tekstu Konfederacji dodano fragment zastrzegający beneficja Kościoła prawosławnego tylko dla ludzi tego wyznania.

Jednak na sejmie koronacyjnym (22 lutego–2 kwietnia 1574 roku), król Henryk, wykorzystując polityczne podziały szlachty i senatorów, również ewangelickich, zdecydowanie odmówił akceptacji artykułów ustalonych na sejmie elekcyjnym, a katolicy i protestanci toczyli twardą walkę propagandową na temat Konfederacji Warszawskiej. Ostatecznie zasady zawarte w tymże dokumencie nie zostały na sejmie potwierdzone, a mowę rozgoryczonego niepowodzeniem wojewody poznańskiego Stanisława Górki, nowy władca skwitował niezobowiązującą do niczego obietnicą poprawienia praw na przyszłym sejmie. Po wyjeździe Henryka Walezy z Polski do zapowiadzanego sejmu szybko jednak nie doszło.

Dla protestantów kolejna elekcja okazała się szczęśliwszą. Książę Siedmiogrodu Stefan Batory podjąwszy 8 lutego 1576 r. w Medgyes wysłane ze zjazdu Jędrzejowskiego poselstwo, przyjął wybór i złożył na ręce przybyłych delegatów przysięgę według formuły opracowanej na sejmie elekcyjnym trzy lata wcześniej. Powtórzył ją w czasie koronacji dokonanej przez biskupa Stanisława Karnkowskiego na Wawelu 1 maja tegoż roku, potwierdzając trzy dni później artykuły henrykowskie. Nadzieje protestantów na spokojną egzystencję musiały dodatkowo wzrosnąć, gdy na sejmie toruńskim 1576 r. wprowadzono "tekst Konfederacji Warszawskiej do urzędowej wersji konstytucji sejmowych. W ten sposób Konfederacja stała się aktem prawnym obowiązującym w Rzeczypospolitej Obojga Narodów". Do obwarowania Konfederacji Warszawskiej przepisami wykonawczymi jednak nie doszło. Nie powiodły się także próby przeprowadzenia tak zwanej kompozycji między stanem duchownym a szlachtą. Mimo powołania przez sejm warszawski 1578 r. specjalnej mieszanej komisji, weszło w jej skład 10 katolików i 6 protestantów, konstytucji w tej sprawie nie uchwalono. Zamiast tego decyzją sejmu warszawskiego powołano trybunał koronny, w którym, gdy obradował jako "iudicium mixtum" zasiedli jako sędziowie duchowni (oczywiście tylko katolicy) i świeccy w równej liczbie. Stawiało to protestantów od razu na straconej pozycji. Było zaś to szczególnie ważne, gdyż właśnie przed nim miały ostatecznie rozstrzygać się m.in. wszelkie spory majątkowe między Kościołem a szlachtą, również te, które wynikły przed powołaniem trybunału.

Protestantom dalej musieli walczyć o uzupełnienie Konfederacji Warszawskiej przepisami wykonawczymi. Interesującą inicjatywą podjęto w tym zakresie na poznańskim synodzie ewangelików wielkopolskich (14 a 16 lutym 1582 roku). Formą nacisku na monarchę, jak i sposobem mobilizacji nie zawsze w tej sprawie aktywnych protestantów, miało być masowe zbieranie podpisów pod petycją skierowaną w tej sprawie do władcy. Do prac włączono również ewangelickich duchownych, którym nakazano "aby naprzód pasterze w parafijach swych patrony swe wszystkie spisowali i poczet z podpisowaniem rąk ich do senijorów swych oddali". Z prośbą o poparcie inicjatywy zwrócono się również do "panów i ministrów zebrania krakowskiego Małej Polski (...) i do panów a braciej litewskiej i ruskij (...)".

Akcja przygotowywana przez wojewodę poznańskiego nie przyniosła spodziewanego efektu. Nie miała wpływu na to postawa Stanisława Górki stojącego na czele antykrólewskiej opozycji. Na sejmiku województw poznańskiego i kaliskiego w Środzie przeforsował wybór posłów opowiadających się przeciwko projektowanej przez króla reformie wolnej elekcji. Trudno sobie wyobrazić, aby w tej sytuacji król Stefan Batory zecheiał poprzeć zamiary ewangelików.

Niespodziewana śmierć króla – 12 grudnia 1586 r. w Grodnie oraz pierwsze lata panowania Zygmunta III przyniosły dalsze osłabienie politycznych wpływów protestantów Rzeczypospolitej.

Zgłaszającym od lat biskupim propozycjom kompozycji protestanci przeciwstawili nadzwyczaj radykalny program. Postanowili wywalczyć prawne gwarancje na swobodne i publiczne sprawowanie kultu, oraz pomoc państwa w jego ochronie. Wolności religijne wynikające z przywilejów stanowych, miały zostać

wzmocnione odrębnymi konstytucjami sejmowymi. Król, wszyscy senatorowie oraz starostowie, burgrabio wie, sędziowie w sprawie zachowania pokoju religijnego mieli składać uroczyste zobowiązanie, że zachowają Konfederację Warszawską w zgodzie z przepisami, które są i będą do niej uchwalone. Szlachcic ją naruszający w ostatniej instancji stawałby przed sądem składającym się z sześciu katolickich i niekatolickich senatorów, plebejusz sądzony byłby przez starostę. Szlachta posiadałaby w swoich dobrach swobodę przeprowadzania reform wyznaniowych. Z gwarancji prawnych korzystałyby również zbory w miastach królewskich. Małżeństwa zawierane przed ministrami byłyby honorowane, a dzieci duchownych protestanckich zyskałyby, jako poczęte z legalnych związków, dostęp do wszelkich urzędów. Oczywiście tak radykalny projekt nie miał najmniejszych szans na realizację, czy to na sejmie koronacyjnym, czy też sejmie roku 1589. Jednak doszczętne zburzenie zborów kalwinistycznych, najpierw 23 maja w Krakowie, potem dwudniowe, od 9 do 10 czerwca 1591 roku, zamieszki w Wilnie wykazały, że protestanci muszą mocno bronić swych interesów.

Doszło do całej serii kolejnych zjazdów szlachty protestanckiej. Najpierw 25 sierpnia w Chmielniku, skąd po naradach wysłano "posły do KJM szlachty kilkadziesiąt". Mieli oni zapewnić monarchę o uczciwych intencjach zebranych (uczynili to, aby "zabiec (...) wzruszeniu spokoju pospolitego i żeby w całości została przysięga KJM i wolności nasze inter disidentes in fide"). Potem w Radomiu 25 września i 2 lutego 1592 roku, gdzie pojawili się również reprezentanci luteran i braci czeskich z Wielkopolski i zajmowano się "Confederacją inter dissidentes in Religione". Po pewnym czasie jednak dyskusje zaczęły dotyczyć kontaktów Zygmunta III z księciem Ernestem, a nowopowstały sojusz części ewangelików z kanclerzem Janem Zamoyskim nabrał zdecydowanie antykrólewskiego i antyhabsburskiego charakteru. W związku z tym Wielkopolanie na zjazdach w Lublinie i Jędrzejowie, 8 i 18 kwietnia 1592 roku, nie pojawili się a w trakcie sejmiku inkwizycyjnego trwającego od 7 września do 19 października 1592 roku, już ramię w ramię ze Stanisławem Karnkowskim wspólnie bronili autorytetu i tronu Zygmunta III przeciwko swym niedawnym sojusznikom.

Podziały polityczne między ewangelikami przewyciężono po śmierci Stanisława Górki. Pierwszy pozytywny efekt zgodnej współpracy protestantów przyniosły obrady sejmiku warszawskiego 1593 roku. Poświęcony głównie sprawie wyjazdu Zygmunta III do Szwecji, w której miał objąć odziedziczony po ojcu tron, stał się areną ostrego starcia ewangelików z katolikami o gwarancje bezpieczeństwa dla tych pierwszych. Dzięki mediacji Jana Zamoyskiego posłowie przyjęli zaproponowany przez kanclerza projekt ustawy, w myśl której podczas nieobecności króla w kraju wszyscy odpowiedzialni za powstałe w mieście "z którejkolwiek miary i przyczyny" zaburzenia, będą podlegali jurysdykcji starościńskiej i miejskiej. Zachowano przy tym prawo szlachty apelacji od wyroków do trybunału. Jest oczywiste, że bez zajęcia w tej sprawie przez protestantów w miarę jednolitego stanowiska, nie udałooby się nawet tego osiągnąć.

By osiągnąć główny cel jakim było przeprowadzenie tak zwanego "procesu konfederacji", postanowiono skoordynować działania ewangelików i zwołać synod generalny wszystkich protestantów z całej Rzeczypospolitej. Decyzję w tej sprawie podjęli obecni na warszawskim sejmiku: wojewoda wileński Krzysztof Radziwiłł, wojewoda brzeski kujawski Andrzej Leszczyński, wojewoda rawski Stanisław Gostomski, jak i zwierzchnik duchowy braci czeskich Szymon Teofil Turnowski, zwołując na luty 1594 r. zjazd trzech ewangelickich Kościołów do Radomia.

Choć ostatecznie do odbycia synodu generalnego nie doszło (zadecydowała obawa przed reakcją katolików dla których organizowanie przez protestantów zjazdu pod nieobecność monarchy w kraju mogło stać się wymarżonym pretekstem do wystąpienia przeciw znieprawdzonemu heretykom) to nawiązano bliższe kontakty i postanowiono dalej koordynować swe działania na najbliższym sejmiku.

Ten, zwołany przez króla Zygmunta III, według zamierzeń władcy nie miał zajmować się sprawami wyznaniowymi. Nie oznaczało to jednak że ewangelicy złożyli broń. Postanowili ponowić starania o tzw. "proces konfederacji" przy okazji omawiania sprawy tumultu gdańskiego z roku 1593. Toczone przy okazji spór sądowy o budynki kościelne przez Gdańsk z biskupem kujawsko – pomorskim Hieronimem Rozrażewskim sprawiał, że cała sprawa nabierała szczególnego znaczenia.

Co prawda spory o rewindykację kościołów toczyły się już od dawna, ale dopiero za rządów Zygmunta III przed katolikami pojawiła się naprawdę realna możliwość odzyskania utraconych świątyń. Król korzystając z przysługującego mu prawa patronatu mianował kolejno proboszczów w elbląskim kościele św. Mikołaja, w toruńskim kościele św. Janów. W gdańskim kościele Mariackim formalnym proboszczem już od roku 1586 był Mikołaj Miloniusz. Nominaci ci, osobiście, bądź w ich imieniu biskupi, wytaczali przed sądem królewskim sprawy o zatrzymane przez miasta dochody i niewydane budynki świątyń. Choć wyroki zapadały dla skarżących korzystne, rady Gdańska, Elbląga i Torunia poprzez składanie kolejnych apelacji, kontrpозwów uzyskiwały kolejne odroczenia egzekucji, której faktyczne przeprowadzenie było zresztą dość

problematiczne. Jednak pod koniec 1594 r. prawne możliwości uległy wyczerpaniu. Najpierw nakaz oddania kościoła do dnia 14 listopada, pod groźbą grzywny 20 000 złotych polskich, otrzymał Elbląg, potem 10 grudnia sąd asesorski zatwierdził wyrok ciężący na Toruniu, by w końcu 16 grudnia z takim samym skutkiem rozpatrzyć sprawę Gdańska. Tu w razie oporu przewidziano karę 100 000 złotych. Co prawda, póki co wydanie dekretów nie miało najmniejszego wpływu na stan faktyczny, ale sytuacja mogła ulec zmianie w każdej chwili.

Zgodnie z podjętymi zobowiązaniami w trakcie obrad sejmowych interesów miasta bronił wojewoda brzeski kujawski Andrzej Leszczyński. Dzięki jego zabiegom i staraniom posłów protestanckich przedstawiciele miast pruskich otrzymali możliwość przedstawienia swoich racji na forum sejmu. Zostali wysłuchani 6 marca, ale nie otrzymali oczekiwanej odpowiedzi.

Strona katolicka oczywista rzecz na jakiegokolwiek postulaty ewangelików przystać nie chciała, także te zgłaszane przez szlachtę. Sporu nie załagodziła interwencja Jana Zamoyskiego, który zaproponował za aprobatą króla, by przedłużyć do przyszłego sejmku działanie konstytucji przeciw tumultom uchwalonej w 1593 r. na czas wyjazdu Zygmunta III do Szwecji. Ponieważ protestanci swą ewentualną zgodę na ten projekt obwarowali szeregiem warunków propozycja kanclerza wielkiego koronnego nie miała szans na realizację. Zresztą katalog żądań przedstawiony przez różnowierców wyraźnie dowodził, iż nie mieli oni najmniejszej ochoty na jakiegokolwiek kompromis. Wymóg odsunięcia duchownych sędziów trybunału koronnego od spraw o tumulty, z oczywistych względów nie do przyjęcia dla katolików. Nawet groźba protestantów – zapowiedzieli nie tylko bojkot dalszych obrad, ale uniemożliwienie podjęcia jakiegokolwiek uchwał w każdej innej sprawie nie zmusiła ich do ustępstw. Ostatecznie ewangelicy zrezygnowali z tak radykalnych działań, zadawając się wydaniem dokumentu, w którym kolejny raz podkreślali, że ich prawa ze względu na wyznawaną religię są łamane, bez oglądania się na obowiązującą Konfederację oraz obietnice i przysięgi królewskie, a co gorsza ich skargi, także w sejmie nie są wysłuchiwanie. Ponieważ jednak podpisanych pięciu senatorów i jedenastu posłów (wśród obu grup było razem czterech Litwinów) nie zdecydowało się zablokować uchwał podatkowych, ich protest miał tylko formalne znaczenie. Tak naprawdę ewangelicy i na sejmie 1595 r. ponieśli całkowitą porażkę w sprawie najistotniejszej – obwarowaniu Konfederacji Warszawskiej przepisami wykonawczymi, jak i nie zdołali również dopomóc Gdańskowi i pozostałym miastom w ich sporze o kościoły.

Podsumowując: tak w ostatnich latach panowania Zygmunta Augusta, jak również w trakcie trzech kolejnych bezkrólewski i rządów pierwszych królów elekcyjnych Rzeczypospolitej, szlachcie ewangelickiej nie udało się zrealizować swojego programu politycznego, sprowadzającego się do równouprawnienia Kościołów ewangelickich z Kościołem rzymsko – katolickim lub tak zwanego "procesu konfederacji" warszawskiej. Wynikało to nie tyle z politycznego zróżnicowania protestantów, ale z braku poparcia dla przedstawianych przez nich projektów konstytucji, ze strony monarchów i szlachty katolickiej. Chodziło nie tylko o zadość uczynienie wymogowi jedności trzech sejmujących stanów: króla, senatu i izby poselskiej. Problem leżał bowiem w tym, że swobody religijne szlachty Rzeczypospolitej wynikały z przynależności do stanu rycerskiego i były oparte tylko i wyłącznie na wspólnych dla katolików, prawosławnych czy ewangelików przywilejach stanowych. Dlatego zrozumiałe jest gremialne poparcie posłów katolickich dla zniesienia egzekucji starożytnych wyroków sądów biskupich, czy ochrona Konfederacji Warszawskiej jak i wytrwałe torpedowanie prób ustanowienia Kościoła Państwowego, czy równouprawnienia Kościołów ewangelickich, co wolność i równość szlachecką, jak i "starożytne przywileje" naruszać miało.

**РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ НОТАРІАТУ В КРАЇНАХ ЄВРОПИ  
(XVIII – ПЕРША ПОЛОВИНА XX ст.)***Л. Ясінська**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Розвиток інституту нотаріату XVIII – першої половини XX ст. в країнах Західної Європи мав свою специфіку, що обумовлювалась багатьма причинами, пов'язаними в першу чергу з різними шляхами історичного розвитку тої чи іншої країни, а також з правовою системою, яка там панувала. Нижче ми прослідкуємо особливості організації нотаріальної справи цього періоду на прикладі Франції і Німеччини – країн, звідки нотаріат був запозичений багатьма іншими державами, а разом з ними і Україною.

Згідно закону 25 Вантоза XI року (16 березня 1803 р.) нотаріуси у Франції визнавались державними чиновниками, а їх актам і посвідченням надавалась така ж сила, як і судовим рішенням. Нотаріус повинен був проживати в місці, призначеному урядом. В разі порушення цієї вимоги його звільняли з посади. Крім того закон забороняв нотаріусам здійснювати їх повноваження за межами закріплених за ними районів (нотаріуси поділялись на три групи: перші – діяли в межах округу судової палати; другі – суду I інстанції, а треті – в межах дільниці мирового суду). За одноразове недотримання цього положення закону – нотаріус позбавлявся права вчиняти будь-які юридично значущі дії протягом трьох місяців; за повторне порушення – звільняли з роботи з вимогою відшкодування збитків.

Отримати посаду нотаріуса міг громадянин Франції, що відбув військову повинність, досягнув 25 років, мав визначений законом стаж професійної роботи (як правило шестирічний) та представив посвідку про свої моральні якості, підписану мером тієї місцевості, де він проживав. Окрім того, приступаючи до виконання обов'язків, нотаріус повинен був внести грошову заставу, з якої, у випадку потреби виплачувалось відшкодування зацікавленим особам за шкоду, заподіяну посадовими діями нотаріуса. Таким чином, французький закон не пред'являв до кандидатів на посаду нотаріуса і відповідно до нотаріусів вимоги про наявність юридичної освіти, віддаючи перевагу досвіду практичної роботи. В даному випадку це положення законодавця різко розходилося із законами Німеччини і Австрії, в яких закінчення курсу юридичних наук було необхідною підставою для здобуття посади нотаріуса. Зважаючи на рівень освіти у тодішній Франції, зокрема, на існування декількох нотаріальних шкіл таке положення законодавця видається дивним. На нашу думку, воно применшувало авторитет професії нотаріуса і могло бути пов'язаним із прагненням влади забезпечити доступ до посади представникам заможних верств населення, які з тих чи інших причин не отримали юридичної освіти. Адже при призначенні нового нотаріуса, яке здійснювалося президентом республіки, враховувалась думка його попередника на цій посаді, що призводило на практиці до купівлі-продажу посад. Складається в якійсь мірі подвійне становище: з однієї сторони, нотаріат визнавався органом публічної влади, пов'язаним із авторитетом держави, закону, а з іншої – посада нотаріуса ставала предметом купівлі-продажу; нотаріальна контора могла бути купленою чи проданою.

Нагляд за діяльністю нотаріусів здійснювався радами нотаріусів, що створювались при судах першої інстанції, і судом. Ради нотаріусів регулювали відносини між нотаріусами та між нотаріусами і населенням, крім того, вони були вправі накладати на нотаріусів дисциплінарні стягнення. Предметом розгляду в раді були також проступки, які ганьбили честь і гідність стану, причому предметом розгляду могло стати і особисте життя нотаріуса, в тому випадку, якщо воно не відповідало загальноприйнятим принципам, плямувало звання нотаріуса і справа доходила до публічного скандалу.

Контроль за діяльністю нотаріусів здійснювався також й судом, котрий був вправі у випадках, вказаних в законі, накладати на них штраф, відсторонювати від посади і присуджувати до відшкодування шкоди.

Всі нотаріальні акти мали повну доказову силу і підлягали негайному виконанню по всій території французької республіки, подібно до судових рішень. Призупинення їх виконання

відбувалось лише згідно постанови кримінального суду у випадку порушення справи за звинуваченням в підробці документів.

Таким чином, найхарактернішими рисами французької моделі нотаріату були наступні:

- повне відокремлення спірної юрисдикції від безспірної і передача останньої виключно у відання нотаріуса;
- надання нотаріальним актам сили судових рішень, що забезпечувало примусове їх виконання без участі судової влади;
- визнання за нотаріусами права рекомендувати свого наступника на посаді, що спричинило огульні випадки їх купівлі-продажу, на відміну від інших посад публічного характеру;
- призначення нотаріуса на посаду пожиттєво, що забезпечувало його самостійність і незалежність.

Розвиток інституту нотаріату в Німеччині також мав свої особливості. Організація німецького нотаріату характеризувалася, по-перше, – відсутністю єдиного законодавства для всіх земель; по-друге, – суміщенням судових, адвокатських і нотаріальних функцій. Ці особливості були наслідком багатоміської феодальної роздробленості Німеччини, де окремі держави і князівства існували відокремлено один від одного, в результаті чого в кожному із них і склались свої (багато в чому унікальні) юридичні норми. В кінці 70-х рр. XIX ст. після об'єднання Німеччини і проголошення її імперією, розпочався процес уніфікації норм у всіх галузях законодавства. Однак правова роз'єднаність німецьких земель перешкоджала швидкому розвитку цього процесу і він проходив з великими труднощами. Це стосувалось і законодавства про нотаріат. Не дивлячись на те, що у кінці XIX ст. було прийнято два загальноімперських законодавчих акти з питань нотаріату (закон від 15 липня 1890 р. і закон від 25 червня 1895 р.) в різних місцевостях Німеччини продовжували діяти закони, видані в різний час: Баварський 1812 р., Кельнський 1822 р., Рейнських провінцій 1845 р., Ганноверський 1853 р., Франкфуртський 1669 р. Тому, стосовно організації нотаріату Німеччину можна було поділити на 4 системи.

1. Місцевості, де функціонувала французька модель нотаріату з характерними для неї широкими повноваженнями нотаріусів (Ельзас, Лотарингія, Баварія, Гамбург). В цих землях суди не конкурували з нотаріусами, а нотаріальні функції крім них, здійснювали лише органи, передбачені імперським законодавством. Також у вище перелічених областях нотаріат відокремлювався від адвокатури.

2. Землі, де діяла система так званого адвокатського нотаріату (Прусія, Саксонія, Гессен, Бремен, Любек і ін.). За загальним правилом кожен нотаріус був також і адвокатом, але не кожен адвокат повинен був бути нотаріусом. Нотаріальні дії вчиняли також і судді.

3. Області судового нотаріату (Вірттемберг, Баден). Тут судді також мали право вчиняти окремі нотаріальні дії, але й нотаріуси могли виконувати судові функції в сфері спадкового і опікунського права. Тоді як у всій Німеччині нотаріуси, будучи державними службовцями не отримували платні від держави, в Бадені і Вірттемберзі вони були чиновниками у чистому вигляді, тобто утримувалися за рахунок бюджету і мали право на пенсію.

4. Землі, яким взагалі невідомий інститут нотаріату. Це – Ольденбург, Саксен-Веймар, Шварцбург-Рудольштадт і деякі інші. Тут нотаріальні функції здійснювали виключно судді.

Що ж до питання про силу і значення нотаріальних актів, то воно вирішувалося §§794-880 загальноімперського статуту цивільного судочинства 1898 р., який визначав, що законно вчинені німецькими нотаріусами документи підлягають примусовому виконанню без посередницької участі судової влади, причому виконавчий лист видавався нотаріусом.

Нагляд за нотаріусами здійснював міністр юстиції і голови судів (щодо нотаріусів свого округу). Офіційної корпоративної організації, яка б захищала їх інтереси, нотаріуси Німеччини, на відміну від Франції, Австрії, Італії, не мали. Аналіз німецьких законів XIX – XX ст., які регулювали діяльність нотаріату, свідчить, що вони в багатьох положеннях запозичили основні принципи французької моделі нотаріату (як-то можливість безпосереднього примусового виконання нотаріальних актів, пожиттєвий характер посади нотаріуса). Разом із тим, на відміну від неї, тут спостерігається відсутність чіткої межі між спірною і безспірною юрисдикцією, наслідком чого було підпорядкування нотаріусів нагляду судових установ і надання останнім деяких нотаріальних функцій.

**РОЗВИТОК УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ В ГАЛИЧИНІ  
НАПЕРЕДОДНІ ВЕСНИ НАРОДІВ****Т. Андрусак***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Вплив Весни народів 1848 р., яка призвела до повалення абсолютизму в ряді європейських держав, не залишив осторонь Австрійської монархії. 13 березня – початок революційних дій у Відні. Під тиском революційного народу був відправлений у відставку канцлер К. Меттерніх, творець та ідеолог "Священного Союзу" (1815) – об'єднання Австрійської та Російської імперій і Пруссії для боротьби з прогресивними, ліберальними рухами в Європі. Цісар Фердинанд I був змушений 16 квітня скасувати панщину, а 25 квітня проголосити конституцію, а 11 травня було видано тимчасовий виборчий закон, який встановив порядок утворення двопалатного рейхстагу. Закон містив ряд антидемократичних положень, позбавляючи виборчого права широкі верстви населення. В результаті революційних подій уряд 30.05.1848 видав новий виборчий закон, яким було скасовано будь-які обмеження виборчого права, і розпочато процес формування конституанти (установчих зборів), які мали б вирішити питання майбутнього державно-політичного ладу в Австрії.

На західноукраїнських землях вплив цих революційних подій проявився 18 березня 1848 р. Представниками польського народу було складено петицію до цісаря з вимогою політичних прав та твердженням, що Галичина є польський край. Щоб захистити інтереси українського населення 19 квітня представники української духовної та світської інтелігенції під проводом єпископа Григорія Яхимовича (1792-1863) вислали до цісаря окрему петицію, в якій ставилася вимога запровадження викладання українською мовою в навчальних закладах всіх рівнів, право та можливість українцям займати будь-які державні посади, видання чинного законодавства українською мовою та її використання в державних органах краю. І головною ідеєю, яка знаходить своє закріплення в цій петиції і залишається визначальною для всього легального українського політичного руху аж до розпаду Австрійської монархії, була ідея об'єднання всіх українських земель, що знаходилися під владою Австрії, в одну адміністративно-територіальну одиницю – автономний коронний "Руський край" зі своїм сеймом. Крім того, було прийнято рішення про заснування українського політичного репрезентативного органу. Ним стала створена 2 травня 1848 р. у Львові Головна Руська Рада. До її складу входило 66 чол., головно представники духовенства, та нечисленно ще тоді світської інтелігенції (державні службовці, вчителі та юристи). Очоловала Раду Президія, яка складалася з п'яти чол. (Г. Яхимович, М. Куземський, І. Борискевич, М. Малицький, Ф. Леонтович). Рада складалася з восьми відділів (організаційний, кореспондентський, народний, освіти, конституційний, фінансовий, духовний та полюбовний (мировий, який був створений з метою врегулювання спорів, які виникали між селянами та поміщиками). У своїй першій відозві "До руського народу" ГРР проголосила єдність українського народу, зазначивши, що галичани належать до великого українського народу, який говорить однією мовою і нараховував на той час 15 млн., з них 1,5 млн. проживає на галицьких землях. Відозва була опублікована у першому номері "Зорі Галицької" – органі Ради, першому українському періодичному виданні, тижневику, редактором якого був юрист А. Павенцький, пізніше нотаріус у Львові.

Програму Головної Руської Ради підтримали українці Закарпаття. В жовтні 1849 р. делегація закарпатських українців на чолі з А. Добрянським передала свої вимоги, які співпадали з вимогами Ради, уповноваженому комісарові Угорщини у Відні К. Герінгеру. Українська мова стала офіційною мовою на Закарпатті, нею проводилися викладання в Ужгородській гімназії та духовній семінарії, адміністративне листування тощо. Тільки після відновлення абсолютизму все це було скасоване і під тиском угорських властей зліквідоване.

У середині липня 1848 р. у Відні зібрався перший австрійський рейхстаг – Державна Рада. Від Галичини та Буковини було обрано 35 українців. З них 24 селянина (Ю. Андрусак, В. Гарматій, Л. Кобилиця та ін.), 8 священників (М. Ганкевич, К. Блонський, О. Добрянський та ін.), 3 представники інших груп населення (К. Вінковський, Е. Прокопчиць, В. Федорович). Такої кількості послів вже більше ніколи українцям Галичини та Буковини не вдавалося обрати до австрійського парламенту.



Державно-правові прагнення українців у цей період не увінчалися жодним успіхом, проте вони показали високий рівень розвитку української правової думки. З огляду на зазначене важливо проаналізувати ті умови та здобутки періоду що передував Весні народів, і які дозволили українському народові в Австрійській монархії стати в боротьбі за свої національно-державні права та інтереси в рівень з іншими народами.

В 1772 році після першого розділу Речі Посполитої Галичина опинилася в складі Австрійської монархії. В 1774 році до Австрії була приєднана Буковина. Сам факт, що частина українських земель опинилася поза межами Російської імперії, мав для українського народу дуже важливе значення. Галичина і Буковина стала частиною центральноєвропейської держави, держави базованої на західній правовій традиції, держави яка достатньо успішно і динамічно розвивалася. Ці фактори не могли не вплинути позитивно на розвиток українського народу. В той час, коли на Лівобережній та Слобідській Україні запроваджувалося кріпацтво, коли розвиток цих територій був максимально сповільнений, на Галичині було скасовано кріпацтво, селяни стали особисто вільними, і хоча панщина продовжувала існувати, торгівлі людьми, як це мало місце в Російській імперії тут не було. Ці українські землі, які майже зовсім не були охоплені козацьким визвольним рухом і над якими ніколи реально не було встановлено влади українських гетьманів, отримали сприятливі можливості для свого розвитку. Як слушно зазначає Ю. Охрімович, Галичина біля 500 років знаходилася під польським гнітом, а отже не входила до складу Великого Князівства Литовського, тобто була під чужоземною, ворожою українському народові владою на 200 років довше, від інших українських земель. Полонізація досягла тут величезних розмірів: не тільки шляхта, але й духовенство і міщанство значною мірою було зденационалізованим. З далеко більшим правом, ніж про інші українські землі можна сказати, що українську націю в Галичині творив виключно селянин, знедолений, несвідомий ні людських, ні національних прав, що тільки зі стихійною впертістю консерватора зберігав свої звичаї, традиції, мову. Реформи Йосифа II (1780-1790), який за словами сучасників випередив Велику Французьку революцію мали особливо велике значення для Галичини. Вже весною 1784 року він висловив намір "скасувати в цілій державі невільниче підданство". До цього не дійшло, але скасування особистої залежності селян для українського народу, зокрема, мало колосальне значення. Важливо відзначити і той факт, що вже в другій половині XVIII ст. Австрія поступово починає набирати рис бюрократичної держави (за М.Вебером), тобто становий поділ відходить на другий план в системі державно-правових відносин. Основну частину функцій держави починають виконувати державні службовці. Заборона діяльності ордену єзуїтів, суттєва зміна правового статусу церкви приводить до зміни ролі і значення духовенства, і, що для українського народу особливо важливо, до реального зрівняння в правах католицької та греко-католицької церков. Вже в 1774 році при церкві св. Варвари у Відні засновано греко-католицьку духовну семінарію, яка в 1884 році була перенесена до Львова. У 1784 році австрійська влада відкрила у Львові університет, головним призначенням якого власне й була підготовка кадрів для державної служби. Тому основою новоствореного університету був саме юридичний факультет. В 1786 році, з огляду на необхідність ширшого залучення місцевого населення до навчання в університеті, відкрито "Студіум Рутеніум" (Руський інститут). Ця структура повинна була уможливити доступ місцевого українського населення до латиномовної на той час вищої освіти. Юридичний факультет Львівського університету, до якого мали відношення такі представники юридичної науки як М. Балудянський, П.Лодій та ін., відіграв значну роль у піднесенні рівня правової культури місцевого населення Галичини. Ці, створені державою, умови дуже повільно проте все ж таки впливали і на розвиток національної самосвідомості, формування українського громадянського суспільства. Як і в інших східноєвропейських народів важлива роль в цих процесах належала церкві та представникам духовенства. В українському суспільстві ця роль посилювалася тим, що на відміну від католицького духовенства, греко-католицьке мало право одружуватися, мало сім'ї, а отже творило значну і впливову суспільну групу зацікавлену і формуванні всієї структури громадянського суспільства. Саме тому серед провідних національних діячів зазначеного періоду особлива роль належить представникам духовенства, зокрема Івану Могильницькому, Івану Лавровському, Модесту Гриневецькому, Варламу Компаневичу, Йосифу Левицькому, Йосифу Лозинському, і безперечно – Маркіяну Шашкевичу. Це середовище формує і відстоює ідеї єдності українського народу, його окремішності від росіян та поляків, державного минулого українського народу – ідеї без усвідомлення яких український народ в Галичині був би не готовий дати належну відповідь на виклики Весни народів.

**РЕФОРМА ВИБОРЧОГО ЗАКОНУ  
ДО ГАЛИЦЬКОГО КРАЙОВОГО СЕЙМУ: ЙОГО ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ****О. Мікула***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Австрійський імператор Франц-Йосиф I у 1861 р., щоб зміцнити своє панування в Галичині та дещо замаскувати порушення соціально- політичних прав українців, створив тут крайовий сейм, який діяв аж до розпаду Австро- Угорської імперії у 1918 році. Безпосереднє керівництво та головування на засіданнях сейму було зосереджено в руках важливішого крайового чиновника – крайового маршалка або його заступника, які призначалися імператором і від яких в значній мірі залежав перебіг роботи цього органу.

Права сейму були надто мізерні, а його компетенція обмежувалася до вирішення незначних господарських справ. Уся діяльність крайового сейму була підпорядкована центральній владі. Він був частиною колоніального апарату Австро-Угорської імперії. Постанови сейму, хоч і мали характер дрібних актів, були фактично актами імперської волі і вимагали в обов'язковому порядку затвердження імператора.

Склад Галицького крайового сейму, який визначав крайовий статут і положення про вибори від 26 лютого 1861 р., проіснував з незначними змінами до 1914 р. Кількість членів сейму складалася з 9 вірилістів: трьох львівських архієпископів (греко- і римокатолицького та вірменського обрядів), чотирьох єпископів (2 перемиські, 1 станіславський і 1 тарновський) та двох ректорів університетів (Львівського і Краківського); всі інші депутати обиралися в куріях: великої власності – 44, торгових і промислових палат – 3, міст – 20 і сільських громад – 74 (всього 150 чоловік).

Закон від 20 вересня 1866 р. додав до вірилістів князя- єпископа краківського. Закон від 23 травня 1896 р. збільшив кількість львівських міських депутатів з чотирьох до шести, краківських – з трьох до чотирьох. Нарешті, закон від 18 березня 1900 р. додав двох нових вірилістів – президента Краківської Академії наук і ректора Львівського політехнічного інституту та створив п'ять нових одномандатних міських округів. Наприкінці свого існування Галицький сейм налічував 161 члена і складалася з 12 вірилістів та 149 депутатів, обраних у куріях: великої власності – 44, торгових і промислових палат – 3, міській – 28 і сільських громад – 74. У національному відношенні переважну більшість сейму становили поляки.

Виборчий закон до Галицького крайового сейму відображав інтереси заможних верств і мав яскраво виражений класовий характер. Положення про вибори також забезпечувало цілковиту перевагу шляхти у сеймі. По- перше, до складу крайового сейму автоматично за посадою входили так звані вірилісти – митрополити і єпископи всіх конфесій та ректори Львівського та Краківського університетів. По- друге, виборче право не було загальним і рівним. Усі виборці у Галичині, що становили ледве 9-10% населення розділялися на 4 курії, кожна з яких окремо обирала депутатів до сейму строком на шість років. Якщо перші три курії (великої власності, торгово- промислових палат і міська) обирали своїх депутатів безпосередньо, то вибори в четвертій, сільській, курії були двоступеневі: на 500 виборців звичайно обирався один виборець, який мав право голосувати за того чи іншого кандидата в депутати. У четверту виборчу курію входили селяни, які сплачували безпосередні податки не нижче 8 крон. По цій курії обиралися переважно представники польської шляхти, рідше – представники сільського духовенства та української інтелігенції і дуже рідко самі селяни ставали депутатами.

Відкрите голосування давало великі можливості для зловживань шляхом підкупів та терору з боку адміністративного апарату. Так, наприклад, один польський поміщик у Східній Галичині увійшов до складу сейму за допомогою підкупу виборців, на що витратив 12 тис. крон.

На початку ХХ ст. в умовах посилення боротьби за соціальне і національне визволення було поставлено питання про реформу виборчого закону до галицького сейму, його демократизацію. Воно набрало особливої гостроти після 1907 року, коли під впливом першої російської революції відбулася демократизація права виборів до віденського парламенту. Так, Законом від 26 січня 1907 р. в Австрії була скасована куріальна система виборів до парламенту і запроваджено "загальне" виборче право. Але воно мало ряд обмежень: ценз осілості, віковий ценз, позбавлено виборчих прав жінок, молоді до

24 років та військовослужбовців. Однак при всіх обмеженнях закон 1907 р. дав можливість дещо змінити склад австрійського парламенту.

Боротьба за демократизацію галицького сейму була безуспішною, оскільки пропозиції, що вимагали загального і рівного виборчого права до крайового сейму, зустрілися з рішучим протестом австрійського уряду. Консервативна шляхетська більшість сейму докладала всіх зусиль, щоб зберегти куріальну систему виборів до сейму. Водночас польська шовіністична преса закликала дати рішучу відсіч домаганням галицьких українців, які вимагали запровадження загального виборчого права до сейму, який повинен був складатися з 160 депутатів – 89 поляків і 71 українця..

Після довгих дебатів 14 лютого 1914 року галицький сейм прийняв новий виборчий закон, який запроваджував "загальне" і пряме при таємному голосуванні виборче право. Але воно базувалося на засадах представництва інтересів з поділом на шість курій (великої власності, торгових і промислових палат, промислових об'єднань, сільських громад і містечок, цензової міської, загальної міської) і, отже, було нерівним. Крім того, фактором нерівності була так звана плуральність, яка надавала деяким виборцям два, а іноді навіть три голоси в одній або різних куріях. Засобом забезпечення національних інтересів були: національний кадастр і так звана виборча географія. Усе це привело до того, що виборчий закон 1914 року до галицького сейму був досить складний. Однак, в цілому, виборча реформа, незважаючи на її класовий характер, була дещо демократичнішою в порівнянні з реформами, які були проведені у 1902 – 1913 роках в інших австрійських краях.

Польська більшість сейму намагалася мати якнайбільше своїх мандатів у Східній Галичині і створювала так звані пропорційні виборчі округи у найчисленнішій курії сільських громад і містечок. У Західній Галичині було створено 36 одномандатних округів, причому українське населення в деяких прикарпатських повітах національним кадастром вилучалось і утворювало 37-й одномандатний виборчий округ. У тій частині Східної Галичини, де українського і польського населення було порівну, створено 14 двомандатних округів. Решта повітів Східної Галичини утворювали 33 одномандатні українські округи. Вилучені з них польські виборці, які не входили до двомандатних округів, об'єднувалися у 7 великих за територією польських округів (Белз, Немирів, Сокаль та ін.).

За новим виборчим законом до сейму обирались 228 депутатів, але тільки 62 (27,2%) з них могли бути українцями. Отже, депутати-українці, як і до реформи, не могли впливати на рішення сейму. Українське населення Галичини ніколи не мало більше 15% загальної кількості депутатів сейму.

Новий виборчий закон, на відміну від попереднього, скасував у курії сільських громад і містечок багатоступеневі вибори і право голосу надав усім повнолітнім чоловікам. Але закон надав у цій курії право подвійного голосу для тих виборців, які сплачували найбільше податків або мали вищу освіту. До участі у виборах по цій курії не допускалися жінки.

В усіх куріях вводилося таємне голосування і надалі залишався інститут вірилістів (митрополити, єпископи та ректори університетів), серед яких було передбачено місце для ректора майбутнього українського університету в Галичині. Пасивне виборче право надавалося всім, кому виповнилося 30 років і хто не менше трьох років був австрійським громадянином.

У жовтні 1914 року намісник Галичини В. Коритовський таємним циркуляром дав відповідні вказівки всім повітовим старостам про підготовку виборів до сейму за новим виборчим законом. Трохи раніше, в липні 1914 року, австрійський імператор Франц- Йосиф I санкціонував новий виборчий закон, розпустив галицький сейм і призначив нові вибори. Вони повинні були відбутися в жовтні 1914 року. Проте в зв'язку з початком Першої світової війни призначені вибори не відбулися, і новий виборчий закон до галицького сейму не був введений в дію. Фактично галицький сейм припинив свою діяльність у 1914 році, однак формально він був ліквідований після загарбання Галичини Польщею законом Варшавського сейму 30 січня 1920 року.

**ОРГАНІЗАЦІЯ УПРАВЛІННЯ МІСТА ЛЬВОВА  
ЗА ВЛАСНИМ СТАТУТОМ 1870 РОКУ.*****В. Кульчицький, Л. Присташ****Львівський національний університет імені Івана Франка*

14 жовтня 1870 року австрійським урядом був виданий власний статут для міста Львова, котрий діяв до розпаду Австро-Угорщини в жовтні 1918 року і застосовувався там після окупації західноукраїнських земель Польщею аж до 1933 року. Протягом цього часу статут зазнав деяких змін законами від 11 квітня 1896 року та від 25 травня 1909 року. Він налічував 114 статей і передавав управління містом до рук міської ради та магістрату.

Порядок діяльності Львівської міської ради визначався регламентом, який був затверджений нею 18 вересня 1872 року (із змінами і доповненнями від 9 липня 1874 р., 20 травня 1875 р., 20 квітня 1876 р. і 5 червня 1878 р.).

Львівська міська рада складалася зі 100 депутатів, які спочатку обиралися строком на три роки, а з 1896 р. – на шість років, але через кожні три роки в порядку жеребкування 50 депутатів віддавали свої місця заново обраним. Порядок виборів депутатів до міської ради регулювався спеціальною виборчою ординацією, яка була затверджена одночасно з статутом.

Активне виборче право надавалось жителям міста з 24 і пасивне з 30 років, які сплачували не менше 8 крон безпосередніх податків. Звільнялися від майнового цензу духовенство, всі службовці, адвокати, нотаріуси, лікарі, відповідальні редактори газет, професори вищих навчальних закладів, учителі початкових і середніх шкіл та офіцери у відставці. Позбавлялися виборчого права військовослужбовці, особи під опікою і робітники з одноденним або тижневим заробітком. У 1910 році на порядку денному сесії галицького крайового сейму (створений 1861 р.) стояло питання про реформу виборців до Львівської міської ради. Передбачалося збільшення загальної кількості депутатів до 110, зниження майнового цензу і надання активного виборчого права жінкам. але вироблений проект крайового закону не схвалили. Навіть його обговорення не було доведено до кінця. Не дивлячись на це, жінки Львова неодноразово вимагали надання їм виборчого права до міської ради. Особливо посилилася ця боротьба в останньому році існування Австро-Угорської монархії. Національний комітет польок 1 липня 1918 р. організував загальноміські збори жінок Львова, в яких взяло участь 80 жінок і 7 чоловіків. Учасниці зборів у категоричній формі вимагали надання їм виборчих прав не лише до міської ради, але і всіх інших виборчих органів. На зборах виступив від імені українських соціал-демократів М. Ганкевич, як доносила дирекція поліції галицькому наміснику, "гаряче і рішуче висловився за повну рівноправність жінок, закликаючи їх, щоби не зупинилися на якихось дрібних поступках, а рішуче і настирливо домагалися для себе повних прав".

У міській раді, як і в магістраті, засідали промисловці, великі купці, власники будинків, представники буржуазної інтелігенції.

В національному відношенні Львівська міська рада була польською. У 1892 р., наприклад, поряд з декількома представниками верхівки єврейського населення міста, до її складу входили лише 4 українці – директор української споживчої торговельної спілки "Народної торгівлі" В. Нагірний, професор університету І. Шараневич, учитель гімназії В. Шухевич і канонік Л. Туркевич. Таким чином, українці Львова, які становили тоді 17,08 % всього населення міста, одержали в 1892 році лише 4 % всіх мандатів міської ради. Під час наступних виборів до Львівської міської ради не увійшов ні один українець. В 1911 р. до міської ради знову не було обрано жодного українця, але Адміністративний Трибунал у Відні скасував відтак ці вибори "по причині ущемлення меншості (малося на увазі українське населення міста –В.К.) в її політичних представницьких правах". Проте нові вибори, що відбулися 16 січня 1913 р., не принесли майже ніяких змін.

Населення міста, включаючи і виборців, з недовір'ям ставилося як до складу, так і до діяльності міської ради. Цим і пояснюється те, що у виборах брало участь мало львів'ян. Так, у виборах 1877 р. голосувало лише 26,36 %, а в 1880 р. – 44,97 % всіх виборців.

Міська рада складалася з п'яти секцій. Перша секція в складі 11 депутатів займалася справами релігійних культів і опіки в місті. Друга налічувала 25 депутатів і відала майновими справами міста, а

також торгівлею і промисловістю. Третя, також у складі 25 депутатів, займалася будівництвом і публічними роботами. Питання безпеки, порядку, охорони здоров'я, поліцейські і військові справи відносилися до компетенції четвертої секції, до якої обиралося 20 депутатів. П'ята секція налічувала 18 депутатів і вирішувала організаційні та освітні питання. Діяльність кожної секції зводилася до трьох моментів: розгляду пропозицій ради, вирішування справ, що відносилися до її компетенції, і виконання функцій контролю.

Крім секцій рада створювала комісії, які поділялися на постійні й тимчасові, причому до роботи в комісіях могли залучатися і не депутати, але лише з правом дорадчого голосу. Кількість комісій з п'яти в 1871 р. зросла до 76 в 1913 р. Кожний депутат міської ради був членом якоїсь комісії, а багатьом з них доводилось брати участь і в декількох комісіях.

У зв'язку з поділом Львова на 5 районів (Центральний, Галицький, Краківський, Жовківський, Личаківський) міська рада обирала з числа своїх депутатів спочатку 18, а з 1896 р. 25 делегатів строком на один рік, а пізніше – на три роки, котрі від її імені виконували в районах функції уповноважених.

Виконавчим органом міської ради був магістрат, який складався з президента, одного, а пізніше двох віце-президентів, делегатів і радників магістрату. Загальна кількість працівників львівського магістрату становила в 1870 році 362, а в 1895 році – 532 чоловіки. Президент міста обирався радою на весь строк її повноважень, тобто на 6 років і затверджувався імператором. Віце-президенти і делегати обиралися радою строком на три роки, але всі вони могли переобиратися заново. Президент міста очолював і раду, і магістрат та виконував функції повітового старости, причому в деяких питаннях його повноваження були навіть ширшими, ніж повноваження повітового старости.

З розвитком капіталістичних відносин, зростанням Львова ускладнювалися функції міського магістрату. Наприкінці XIX ст. він поділявся на 8 департаментів (міських маєтків і фінансів, промислових і торгових справ, місцевої поліції, санітарії й опіки та ін.).

В 1882 році було створено новий департамент торгових і санітарних справ, а трохи пізніше – департаменти для справ обліку населення, статистичних справ і справ архівних. Таким чином, львівський магістрат складався на початку XX ст. з 12 департаментів.

У роки першої світової війни кількість департаментів зросла до 17, що було тісно зв'язано з умовами воєнного часу. Після 10-місячного перебування у Львові російських військ, 22 червня 1915 р. місто знову опинилося в руках Австрії. Галицьке намісництво своїм розпорядженням від 30 червня 1915 р. розпустило Львівську міську раду і управління містом передало урядовому комісарові і двом його заступникам. При урядовому комісарові була створена, як дорадчий орган, так звана Прибічна рада в складі призначених намісником 18 членів і 6 їх заступників. Рада обирала свою президію, яка під головуванням урядового комісара слідувала за роботою всіх департаментів.

Прибічна рада не користувалася авторитетом, і тому багатолюдне віче жителів Львова, що відбулося 3 листопада 1917 року, висловило гострий протест і вимагало відновлення розпущеної міської ради. Проте вона відновлена не була, але в січні 1918 р. намісник К. Гуйн призначив тимчасову міську раду в складі 100 членів і 30 їх заступників.

Міська рада і магістрат виконували подвійні функції. Вони з одного боку, вирішували питання, що відносилися до їх власної компетенції самоврядування (управління маєтками і фінансами міста, торгівлею, школами і т.п.), а з другого – виконували так звані доручені їм справи (проведення виборів до крайового сейму і загальнодержавного рейхсрату, військові та інші питання), тобто виконували деякі функції державної адміністрації. По першій категорії справ вищестоящою інстанцією був крайовий комітет (виконавчий орган сейму), а по другій – намісник. Проте влада останнього зводилася не лише до розгляду скарг на рішення міської ради та її магістрату по доручених справах. Він міг в будь-який час розпустити раду.

Міська рада, її магістрат, як і весь апарат управління Галичиною, ретельно захищали існуючий порядок і всіма способами підтримували інтереси заможних класів. Більшу частину прибуткового бюджету міста становили міські податки і додатки до них, які стягалися в першу чергу з незаможної частини міського населення. Львівська міська рада та її магістрат були організовані на таких же бюрократичних основах, як і інші установи Австро-Угорської імперії, і виключали будь-яку можливість участі в їх роботі представників трудящих міста.

**PRAWO PRYWATNE NA UNIWERSYTECIE LWOWSKIM  
W LATACH 1871 –1939****A. Redzik***Europejski Kolegium Polskich i Ukraińskich Uniwersytetów w Lublinie*

Założona w 1661 r. przez króla Jana Kazimierza Akademia Lwowska nie od razu mogła stać się pełnoprawnym uniwersytetem. Mimo wydania aktu fundacyjnego i starań Jezuitów napotykała ona wiele przeszkód. Zakonnicy zadbali jednak by szkoła posiadała strukturę uniwersytecką, dlatego też od początku jednym z wydziałów był wydział prawa. Podstawę nauczania prawa w tym okresie stanowiło prawo rzymskie i prawo kanoniczne. Po kasacie zakonu Jezuitów, która zbiegła się z I Rozbiorem Rzeczypospolitej Uniwersytet Lwowski przestał funkcjonować. Odnowił go cesarzowa Teresa, lecz także nie na długo. Trzeciej fundacji uniwersytetu dokonał cesarz Franciszek I w 1817 r. Od tej pory do dziś Uniwersytet Lwowski działa w zasadzie bez przerwy, choć wielokrotnie zmieniał swą nazwę (w okresie 1941-1942 funkcjonował Tajny Uniwersytet Jana Kazimierza, uznany po wojnie). Wydział Prawa stanowił w każdym okresie jeden z filarów uniwersytetu. Początkowo nauczano przede wszystkim, w języku łacińskim, rzymskiego prawa prywatnego i prawa kanonicznego. W okresie od fundacji teresjańskiej do lat sześćdziesiątych XIX stulecia, językiem wykładowym był język niemiecki. Nauka prawa obejmowała już wówczas austriacki system prawa prywatnego, co było konsekwencją intensywnego rozwoju nauki prawa w XVIII i XIX w. Już w latach sześćdziesiątych, czyli zaraz po powstaniu tzw. autonomii, pozwolono wykładać prawo w językach krajowych: polskim i ruskim (ukraińskim). Ostatecznie jednakże wszelkie ograniczenia w odbywaniu wykładów w językach krajowych na Uniwersytecie zniesiono rozporządzeniem z 4 lipca 1871 r. Podstawowymi przedmiotami wykładowymi na uniwersytecie były prawo cywilne materialne i procesowe, prawo karne i prawo handlowe, a to ze względu na ich praktyczny charakter – z przedmiotów tych zdawało się państwowy teoretyczny egzamin sądowy. Jak widać, trzy z czterech przedmiotów egzaminów sądowych wiążą się z prawem prywatnym (prawo cywilne, handlowe i procesowe).

Pierwszymi wykładowcami prawa cywilnego procesowego w języku ukraińskim był Emil Łopuszański z Prokuraturii Skarbu we Lwowie, który wykład rozpoczął już w 1862 r. Prawo cywilne materialne w języku ukraińskim wykładał w latach 1870-1872 Władysław Srokowski, dotychczasowy suplent prawa karnego, którego w 1872 r. zastąpił Aleksander Ogonowski (Oleksandr Ohonovskij). Zarówno Łopuszański jak i Srokowski byli praktykami – nauczycielami, ale nie naukowcami.

Inaczej było z Aleksandrem Ogonowskim (1848-1891), który wykładał prawo cywilne austriackie od 1870 r., aż do swej przedwczesnej śmierci. W 1877 r. został on mianowany profesorem nadzwyczajnym, a w 1882 r. profesorem zwyczajnym austriackiego prawa cywilnego z ruskim (ukraińskim) językiem wykładowym. Był zatem pierwszym profesorem zwyczajnym prawa prywatnego wykładowym po ukraińsku. Uchodził za człowieka szlachetnego serca i wielkiej dobroci. Jednocześnie był wybitnym uczonym. Przygotował podręcznik z prawa prywatnego austriackiego w języku ukraińskim – co było bardzo ważnym wyzwaniem, zważywszy na to, że ukraiński język prawny ciągle się kształtował. Ogonowski zmarł nieukończony swego fundamentalnego dzieła. Uporządkował je i wydał kilka lat później prof. prawa karnego Piotr Stebelski (*O. Ohonovskij, System austrijskiego prawa prywatnego, t. 1 Nauki zahalni i pravo rичeve, t. 2 Pravo obligacyjne i spadkove, Lviv 1897*).

Pierwsze wykłady w języku polskim z zakresu prawa procesowego cywilnego, prawa cywilnego materialnego i prawa handlowego rozpoczęły się w 1867 r. Wykład z prawa procesowego prowadził Maurycy Kabat. Prawo cywilne wykładał Ferdynand Źródłowski, a prawo handlowe Ludwik Pełowski, zastąpiony niebawem przez Leonarda Piętaka (1841-1909). Warto zaznaczyć, że już od lat pięćdziesiątych XIX w. prawo prywatne w języku polskim wykładał prof. Andrzej Fangor (1814-1884). Uchodził on za znakomitego nauczyciela, choć nie zajmował się pracą naukową. Jako wychowanek starej austriackiej szkoły prawniczej, nie był zwolennikiem nowinek w prawie prywatnym. Mimo iż wychował kilka pokoleń prawników, sam nie ogłaszał drukiem prac naukowych. Maurycy Kabat (1814-1890). zajmował się już nauką prawa. Choć nie był płodnym naukowcem, pozostawił po sobie kilka prac z zakresu procedury cywilnej (m.in.: *Postępowanie sądowe w sprawach drobiazgowych, Lwów 1873, O procesie cywilnym, Lwów 1881*). W związku z tym, że zajmował stanowisko dość liberalne w nauce prawa, zawsze krytykował pozostałości prawa z okresu oświeconego absolutyzmu. Ferdynand Źródłowski był również uczonym, podobnie jak i Leonard Piętak

wykładający prawo handlowe i wekslowe w latach 1869-1891. Piętaś interesował się też prawem zobowiązań i rzymskim prawem prywatnym. Opublikował m.in.: *Miscellanea z prawa handlowego, Lwów 1877; Pandekta. O zobowiązaniach. Część ogólna i szczegółowa, Lwów 1880*. W późniejszym okresie prawo cywile austriackie w języku polskim wykładał Aleksander Janowicz, zostawiając po sobie podręcznik, a proces cywilny August Balasits (1845-1918). Wychowali oni wiele pokoleń prawników, choć ich dorobek naukowy nie jest pokaźny.

Najwybitniejszym cywilistą polskim tego okresu, który nieprzerwalnie od 1877 do 1926 r. wykładał prawo cywilne na Uniwersytecie Lwowskim był Ernest Till (1846-1926). Uchodzi on za nestora polskiej cywilistyki. Choć wykształcony w Krakowie, niemal przez całe życie związany był z Uniwersytetem Lwowskim. Fundamentalnym jego dziełem było wydanie sześciotomowego *Systemu Austriackiego Prawa Prywatnego*. Było to pierwsze, tak szczegółowe opracowanie z zakresu prawa cywilnego w języku polskim. Praca ta przeszła do historii jako jeden z najważniejszych pomników polskiej literatury prawniczej. Till zorganizował i do końca życia wydawał *Przegląd Prawa i Administracji* – jedno z najważniejszych czasopism prawniczych. Wychował też liczne grono wybitnych cywilistów. Stworzył swego rodzaju szkołę prawa cywilnego. Uczniami jego byli m.in.: Aleksander Doliński, Roman Longchamps de Berier i Kazimierz Przybyłowski. Już jako starzec podjął się dzieła tworzenia prawa w Państwie Polskim, powstałym z trzech części, mających inne systemy prawne. Był członkiem i wiceprezydentem Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej, przygotowując projekt prawa zobowiązań. Zmarł niedokończywszy zadania.

Wśród wykładających prawo cywilne w języku ukraińskim na szczególne uznanie zasługuje Stanisław Dniestrzański (Dnistrianyj) (1870-1935). Był on następcą na katedrze prof. Ogonowskiego, choć nie był jego uczniem. Gruntownie wykształcony na uniwersytetach austriackich i niemieckich, uchodził za znakomitego uczonego i organizatora. Wykładał prawo cywilne od 1898 do 1914 r. (w czasie I wojny światowej służył w wojsku, a po jej zakończeniu wykładał prawo cywilne na ukraińskich uniwersytetach w Wiedniu, a następnie w Pradze). Publikował w językach niemieckim, ukraińskim i polskim (m.in. *Das Wesen des Werklieferungsvertrages, Wien 1899; Istota prawa gospodarczego, Warszawa 1933*). Przetłumaczył na język ukraiński i wydał austriacki kodeks cywilny. Zorganizował i wydawał *Czasopis Prawnicza i Ekonomiczna*. Był obok Ogonowskiego najwybitniejszym cywilistą ukraińskim tego okresu.

Przez wiele lat prawo cywilne w zastępstwie Dniestrzańskiego wykładał prof. prawa karnego z ukraińskim językiem wykadowym – Piotr Stebelski (1857-1923). Proces cywilny w języku ukraińskim do 1920 r. wykładał Włodzimierz Werhanowski (Volodymyr Werhanovskij). Był on przede wszystkim praktykiem. W okresie II Rzeczypospolitej był sędzią apelacyjnym. Na uniwersytet powrócił w 1939 r., zostając kierownikiem katedry prawa procesowego cywilnego. Publikował głównie w *Czasopis Prawnicza*, pod red. K. Lewicko.

Proces cywilny w języku polskim wykładał od 1910 r. następcą i uczeń Augusta Balasitsa Kamil Stefko (1875-1966). Zwizany przez ponad trzydzieści lat z Uniwersytetem Lwowskim, wyszkolił wiele pokoleń prawników. Uczniami jego byli: Marian Waligórski, Mieczysław Honzato, Tadeusz Kosiński, Władysław Mikuszewski. Był aktywnym członkiem Komisji Kodyfikacyjnej RP. Uczestniczył w pracach sekcji prawa cywilnego, handlowego i procesowego. Był głównym referentem prawa o ustroju sądów powszechnych. W czasie wojny wykładał prawo cywilne na tajny Uniwersytecie Jagiellońskim, a po wojnie tworzył jako dziekan Wydział prawa na Uniwersytecie Wrocławskim, gdzie też przez wiele lat wykładał. Opublikował m.in.: *Faktyczne przytoczenia stron w procesie cywilnym, Lwów 1909, Grundprobleme des Zivilprozessrechts, Kraków 1915; Dyplomatyczne zwolnienia od jurysdykcji w sprawach cywilnych, Lwów 1938*, a po wojnie: *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym, Warszawa 1956*. W latach 30-tych zorganizował na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza Studium Sądowe – jako studia uzupełniające. Wykładał prawo procesowe i teorię prawa, kierując przez wiele lat obydwojoma katedrami.

Innym wybitnym procesualistą związanym od 1909 – 1941 r. z Uniwersytetem Lwowskim był Maurycy Allerhand (1868-1942), specjalizujący się zarówno w prawie procesowym jak i handlowym. Wybitny nauczyciel, sprawny kodyfikator i ceniony lwowski adwokat. Jego seminaria były zawsze chętnie wybierane – nie tylko przez studentów. Autor bardzo wielu opracowań z dziedziny prawa cywilnego i handlowego, m.in. *Prawo imion, Lwów 1899; Kwestye procesowe, Lwów 1902; Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 1-2, Lwów 1932-1933; Kodeks handlowy. komentarz, Lwów 1935; Prawo upadłościowe. Komentarz, Lwów 1936*. Był członkiem Komisji Kodyfikacyjnej RP, od momentu jej powstania w 1919 r. Był referentem projektu prawa upadłościowego i egzekucyjnego, a także uczestniczył w tworzeniu, Kodeksu handlowego, Kodeksu postępowania cywilnego i prawa o notariacie. Na uniwersytecie prowadził wykłady z procedury cywilnej, prawa egzekucyjnego i prawa handlowego. Zamordowany w sierpniu 1942 r. w Obozie Janowskim we Lwowie.

Najwybitniejszym przedstawicielem nauki prawa handlowego na Uniwersytecie Lwowskim, był bez wątpienia Aleksander Doliński (1866-1930). Uczeń Ernesta Tilla, kształcony również na uniwersytetach niemieckich. Członek Komisji Kodyfikacyjnej RP, prezes sekcji prawa handlowego i główny autor Kodeksu handlowego z 1934 r. Powszechnie szanowany za gruntowną wiedzę, pracowitość, wyrozumiałość i "umiejętność szanowania czyjegoś zdania". Od 1899 r. do śmierci wykładał prawo handlowe i wekslowe, prowadząc jednocześnie seminarium. Po odejściu na emeryturę prof. Tilla wykładał przez kilka lat prawo cywilne (w roku 1897/98 wykładał prawo cywilne w języku ukraińskim). Uczniami jego byli m.in.: Tadeusz Blumenfeld i Roman Piotrowski. Napisał m.in.: *O zastępstwie przy zawieraniu aktów prawnych, Lwów 1895; Austriackie prawo spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, Lwów 1908; Polskie prawo wekslowe, Poznań 1925*; wspólnie z Antonim Górskim, bardzo wartościowe opracowanie: *Austriackie prawo handlowe, Lwów 1912*.

Następcą na katedrze prof. Tilla, a zarazem jego najwybitniejszym uczniem był Roman Longchamps de Berier (1883-1941), którego wkład w dziedzinę polskiej myśli cywilistycznej, podobnie jak w przypadku Tilla, trudno przecenić. Longchamps de Berier posiadał gruntowne wykształcenie prawnicze, zmysł organizacyjny i rzadko spotykaną umiejętność erudycji. Podobnie jak Till, był członkiem Komisji Kodyfikacyjnej RP, kontynuując po śmierci Mistrza, prace nad Kodeksem Zobowiązań, który przyjęty w 1933 r., był niejako jego dziełem. Do dziś ogromną wartość przedstawiają jego: *Uzasadnienia projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu projektu, Warszawa 1934-1939*, czy też znakomity podręcznik: *Zobowiązania, Lwów 1939*. Wcześniej opublikował cenną pracę: *Studia nad istotą osoby prawniczej, Lwów 1911*, oraz m.in.: *Rękopis z powodu wad i braków a obowiązek świadczenia, Lwów 1916; Wstęp do nauki prawa cywilnego, Lublin 1922; Projekt francusko-włoski o zobowiązaniach, Warszawa 1929*. Uczestniczył w pracach nad projektami jednoczenia europejskiego prawa cywilnego, często biorąc udział w międzynarodowych kongresach. Od 1920 do 1941 r. wykładał prawo cywilne, a w latach 1922-1939 prowadził bardzo popularne i lubiane seminarium. W latach 1920-1939 wykładał też prawo cywilne na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim. Uczestniczył w życiu Uniwersytetu Lwowskiego, będąc przez cztery lata dziekanem, a w 1939 r. ostatnim Rektorem Uniwersytetu Jana Kazimierza. Uczniami Longchamps de Berier'a byli m.in.: Józef Fiema, Adam Radziszowski, Zdzisław Thulie. Ten wybitny uczony zginął wraz z trzema synami i kilkudziesięcioma profesorami lwowskich uczelni, rozstrzelany przez hitlerowców na Wzgórzach Wóleckich we Lwowie w nocy z 3-4 lipca 1941 r.

Najmłodszym uczniem prof. Tilla, a później także prof. Longchamps de Berier'a był Kazimierz Przybyłowski (1900-1987). Wiedzę zdobytą we Lwowie zgłębiał na uniwersytetach niemieckich i francuskich. Był lubianym nauczycielem, a jednocześnie wybitnym uczonym. Interesował się przede wszystkim prawem cywilnym obligacyjnym i prywatnym międzynarodowym. Przez wiele lat kierował katedrą prawa prywatnego międzynarodowego na Uniwersytecie Lwowskim. Opublikował m.in. *Kilka uwag o wpływie konkordatu z 10 lutego 1925 r. w dziedzinie prywatno-prawnej, Lwów 1926; Klazula "Rebus sic stantibus" w rozwoju historycznym, Lwów 1926; Podstawowe zagadnienia z zakresu ochrony posiadania, Lwów 1929; Prawo prywatne międzynarodowe, Część ogólna, Lwów 1935*. W latach 1937-1939 był dziekanem Wydziału Prawa UJK. W okresie 1939-1941 i 1944-45 był kierownikiem katedry prawa cywilnego na Uniwersytecie, a w latach 1941-1944 dziekanem tajnego Wydziału Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza. W styczniu 1945 r. aresztowany przez NKWD – więziony przez kilka miesięcy. Po obuszczeniu obozu we wrześniu 1945 r., wyjechał do Krakowa, gdzie wykładał prawo cywilne i prawo prywatne międzynarodowe na Uniwersytecie Jagiellońskim. Od 1934 r. był członkiem Komisji Kodyfikacyjnej RP, będąc referentem prawa spadkowego. Po wojnie miał ogromny udział w pracach nad Kodeksem cywilnym i ustawą o prawie prywatnym międzynarodowym. Jego uczniowie to m.in.: Bronisław Walaszek, Mieczysław Sośniak, Sylwester Wójcik, Maksymilian Pazdan, Andrzej Mączyński.

By uzupełnić obraz cywilistów związanych z Uniwersytetem Lwowskim, należy chociażby wymienić nazwiska profesorów, którzy prawem prywatnym zajmowali się niejako ubocznie: Oswalda Balzera (1858-1933) – interesujący się procedurą cywilną i historią prawa prywatnego; Władysława Abrahama (1860-1941) – wybitnego znawcę prawa rodzinnego i kanonicznego i członka Komisji Kodyfikacyjnej RP; Leona Pinińskiego (1857-1938) – romanistę, piszącego też prace z zakresu prawa cywilnego czy Przemysława Dąbkowskiego (1877 – 1950) zgłębiającego historię prawa prywatnego. Nie sposób nie wymienić Mieczysława Honzatko (1903 –?) wykładającego prawo handlowe w latach 1934-1939 i kierującego w tym okresie katedrą, czy Waława Osuchowskiego – adwokata i wybitnego romanistę, piszącego też prace z prawa prywatnego współczesnego. Listę tę uzupełniają dobrze zapowiadający się młodszy pracownicy naukowcy, z których nie wszyscy przeżyli wojnę.



Wkład Uniwersytetu Lwowskiego w naukę polskiego prawa prywatnego jest ogromny. Dorobek naukowy lwowskich uczonych do dziś stanowi podstawową literaturę dla prawników zajmujących się nauką prawa. Warto tu zaznaczyć, że regulacje prawne, tworzone w dużej mierze wg projektów lwowskich uczonych, obowiązywały przez szereg lat: – Kodeks handlowy z 1934 r. (dzieło przede wszystkim Dolińskiego i Allerhanda), choć okrojony, obowiązywał do 2000 r., Prawo upadłościowe i egzekucyjne wg projektu Allerhanda obowiązywało do 2003 r., a Kodeks zobowiązań z 1933 r., z którego tak dumny był Roman Longchamps de Berier, został niejako inkorporowany w Kodeks Cywilny z 1964 r., który obowiązuje do dziś. Trudno przecenić dorobek uczonych wykładających w języku ukraińskim. Choć nie uczestniczyli w tworzeniu prawa, mają ogromny wkład w dziło tworzenia się ukraińskiej terminologii prawniczej. System prawa prywatnego Aleksandra Ogonowskiego stanowi bezwątpienia jeden z najpiękniejszych pomników ukraińskiej literatury prawniczej, podobnie jak przetłumaczony przez Dniestrzańskiego kodeks cywilny.

**МІСЬКЕ САМОВРЯДУВАННЯ НА БУКОВИНІ ЗА АВСТРІЇ (1774-1918 рр.)*****М. Никифорак****Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича,*

На час приєднання Буковини до Австрії у містах останньої адміністративно-правові відносини будувались на принципах магдебурзького права. Магдебурзьке право узаконувало стан міського населення як самостійного прошарку, визначало основні норми самоврядування.

До буковинських міст перший австрійський військовий намісник краю генерал Г. Сплєні у своєму "Описі Буковини" відніс Сучаву, Чернівці, Серет і Вижницю. У 1774 році у Чернівцях проживало 290 сімей, у Вижниці – 125, у Сучаві – 76, у Сереті – 72.

Вже у 1775 році Сплєні запропонував утворити в буковинських містах магістрати, які мали складатися із міського судді, нотаря, шести сенаторів, ярмаркового судді і певного числа виконавчих урядників.

Пізніше, у 1779 році подібну пропозицію зробив і другий військовий намісник Буковини генерал К. Енценберг. На його думку, магістрати мали складатися з бургомистра і 4-х членів міської ради, до відома якої входив розгляд дрібних правопорушень і судових спорів. Якоюсь мірою Енценберг реалізував свій задум. З його донесення Генеральному командуванню у Львові від 6 жовтня 1781 році довідуємось, що міське управління у Чернівцях складалося з міського судді, 4 радників (або батьків міста) та одного міського писаря.

До австрійських часів у Чернівцях діяв інститут старост (з 1499 року їх змінилось більше 50). Старости відповідали за збір податків, за порядок, за проведення ярмарків. Староста Чернівців також підтримував дипломатичні відносини з Польщею, мав суддівську владу. Старостами призначалися лише знатні бояри. В разі відсутності старости його повноваження виконував митник.

Рескриптом двора від 25 серпня 1785 року Придворна військова рада (Hofkriegsrath) доручила Енценбергу розробити проект міського порядку (Städteordnung) для трьох міст – Чернівців, Сучави і Серету та представити його для схвалення урядові. Такий проект вироблений і всередині грудня 1885 р. направлений Галицькому генеральному командуванню. Найбільший інтерес у цьому документі викликають розділ I ("Про конституцію 3-х міст і їх магістрати") та розділ V ("Розподіл обов'язків між членами магістрату").

Львівське генеральне командування без жодних змін направило проект Енценберга до Відня. 26 січня 1786 року Придворна військова рада отримала його і вже 8 лютого схвалила більшу частину пропозицій. Одночасно були внесені деякі поправки. Рішення Придворної військової ради стало першим спеціальним правовим актом, що визначив статус буковинських міст і порядок управління ними.

Перші вибори до Чернівецької міської ради (управи) відбулися 7 травня 1786 року. Міським суддею став В. Палладій, а радниками – Г. Димитрович, Т. Попович, Й. Гампель і Н. Фльондор. У наступні роки на посаду голови Чернівецької міської управи обирались Леопольд фон Лаутербах (1787-1794), Антон Тома (1794-1795), Йозеф Гампель (1796-1800, 1802-1811), Карл Фугнер (1800-1802), Олександр Бельдович (1811-1817), Андреас Клуг (1817-1832).

Уже через 5 місяців після введення розглянутого вище міського порядку колишня система управління краєм розпалася. Буковина (як 19-й округ) була приєднана до Галичини. Чернівці перетворилися в головне окружне місто. Тут знаходилось окружне управління.

Декретом Придворної канцелярії від 12 березня 1807 року була врегульована і діяльність міської управи. Вона складалася з голови, актуарія, міського касира, 2-х канцеляристів та 7 поліцейських службовців. Такі управи існували тоді в більшості міст Галичини. До їх відома належало управління міськими маєтками, адміністративні справи, поліція, а також суд для вирішення справ про опікунство, цивільних і карних справ.

Нове врегулювання самоврядування у Чернівцях відбулося в 1829-1832 роках у відповідності з директивами Придворної канцелярії від 29 жовтня 1829 року та від 2 вересня 1832 року. Міська управа була реорганізована в магістрат з обмеженими правами. Його очолював бургомістр. Першим з них

став Франц Лігоцький з Моравії (1832-1848). Далі бургомістрами іменувались Адальберт Суханек (1848-1856), Йозеф Ортинський (1856-1859), Йозеф Лепши (1859-1861), Юліус Губріх (1861-1864).

Лише закон від 8 березня 1864 року дав Чернівцям окремий статут, що запровадив автономію міської громади. З невеликими змінами (від 15 жовтня 1869 року, 23 грудня 1873 року та ін.) цей статут діяв до кінця входження Буковини до складу Австро-Угорщини. Він налічував 109 статей і передав управління Чернівцями до рук міської громадської ради і магістрату. §12 статуту визначив, що рада громади є постановляючим і контролюючим органом, а магістрат – адміністративним, виконавчим.

Наприкінці XIX ст. подібну автономію мали 33 міста в Ціслеїтанії, 26 – в Угорщині і 21 – в Хорватії та Словенії. За числом жителів серед міст Австро-Угорщини Чернівці у 1896 р. посідали 12-е місце (позаду Відня, Будапешта, Праги, Трієста, Львова, Граца, Брно, Кракова, Дебрецена, але нарівні, наприклад, з Лінцем).

Чернівецька міська рада складалася із 50 виборних представників громади. Члени ради обирались на 4 роки. Через кожні два роки половина складу ради оновлювалась шляхом виборів (вперше ця половина була визначена жеребкуванням).

У розділі II статуту визначались повноваження міської ради. В §57 зокрема говорилось, що вона "повинна всебічно охороняти інтереси громадян і законним шляхом піклуватись про їх задоволення". На практиці це означало управління майном міста; вирішення питань безпеки, охорони порядку, поліцейської справи; організація піклування про бідних і турбота про добродійні заклади; вирішення питань розвитку освіти в місті; розгляд спорів між членами громади.

Відповідно до цих завдань міська рада поділялася на секції. У 1887 році їх було 5. Перша секція у складі 7 осіб займалася організаційно-правовими питаннями, переписами, статистикою, ощадними касами. Друга секція (7 осіб) відала фінансами, розквартируванням військових. Третя, також у складі 7 осіб, займалася будівництвом, технічними роботами, протипожежною службою, освітленням міста. До компетенції четвертої секції (5 осіб) належали питання діяльності місцевої поліції, санітарної служби, допомоги бідним. П'ята секція (5 осіб) вирішувала культурні та освітні справи. Для вирішення окремих питань у складі ради створювались і спеціальні комісії.

Міська рада підлягала безпосередньо земельному урядові, який стежив за тим, щоб вона не переступала своїх повноважень. Від сейму міська рада залежала лише у випадках великих продаж нерухомого майна (на суму більше 10.000 фл.), отримання значних субсидій і т.ін.

Статут 1864 року визначив і порядок виборів до міської ради. Як активним, так і пасивним виборчим правом володіли тільки члени громади та почесні громадяни. Встановлювався досить високий майновий ценз: не менше 5 гульденів прямих податків на рік у центрі міста і 3 гульденів – у передмісті. У зв'язку з цим, наприклад, у 1897 році із 60 тисяч населення Чернівців право голосу мали лише 2200 осіб.

Окремої уваги заслуговує питання про національний склад міської ради. У 1890 році, наприклад, в ній було 20 євреїв, 13 німців, 9 румунів, 2 українці і 1 чех. Українське населення міста було малочисельне і десятиліттями не мало представництва у міській раді. Тільки на виборах 1911 році українці міста вперше виступали самостійно (на цей час вони мали у складі ради 4-х представників). У 1909 році членом президії міської ради (правда, з дорадчим голосом) вперше став українець – надрадник Ясеницький.

Виконавчим органом Чернівецької міської ради був магістрат. Він складався з бургомістра, віце-бургомістра (за рішенням від 23 грудня 1873 року була введена і посада другого віце-бургомістра), 4-х міських радників та необхідної кількості службовців і обслуговуючого персоналу. У 1893 році, наприклад, Чернівецький магістрат складався з бургомістра, двох віце-бургомістрів, 4-х міських радників (Stadträthe), 48 радників громади (Gemeinderäthe), 3-х радників магістрату, міського фізика, міського лікаря, міського будівельного інспектора, міського касира, інспектора поліції, ярмаркового комісара, міського ветеринара, коменданта пожежників, керівника лісників, міського садовода і 32 службовців (діяльність останніх визначалась спеціальним розпорядком).

Радівці, Сучава і Серет мали тоді ж міські управи, а Гура-Гумора, Кимполунг, Садгора, Вижниця, Заставна, Путила, Дорна-Ватра – лише голів громад.

У складі магістрату виділялися департаменти. У 1887 році їх було 3. Перший департамент (12 осіб) вирішував правові, особисті та економічні справи. Другий (8 осіб) займався питаннями будівництва і підприємництва, військовими питаннями. До відомо третього департаменту (16 осіб) входили поліція, ярмарковий комісаріат, транспортна і протипожежна служби. Загалом протягом цього року департаменти провели 109 засідань, розглянувши на них 1132 справи. З розвитком

міського господарства число департаментів зросло. У 1914 році їх було вже 5. Департаменти ж ділилися на відділи.

У кінці XIX – на початку XX ст. міські фінанси значно зросли. Так, якщо у 1887 році загальна сума доходів склала 29078, то у 1903 році – 1 693 919 крон. Основну частину доходів становили міські податки всіх видів (у 1903 році – 1033484 крони), доходи від громадського майна, транспорту, санітарно-комунального господарства.

Відповідно змінилися і витрати з міського бюджету: у 1887 році – 34767 флоринів, у 1903 році – 1870150 крон. Основні видатки у 1903 році стосувались представництва громади та організації її служб (273754 крони), забезпечення правопорядку (100685 крон), для утримання та освітлення вулиць, парків і алей (252565 крон), санітарної та ветеринарної служби (422062 крон), організації освіти (318418 крон). Всього 18821 крона виділялась на розвиток культури в краї.

Очоловав міське самоврядування бургомістр. Він обирався радою з числа її членів на 4 роки, а віце-бургомістр і міські радники – на 2 роки. Вибір бургомістра підтверджувався цісарем.

Бургомістр наглядав за адміністративним діловодством громади, йому підпорядковувалися всі установи і службовці громади, йому належало право усунення з посад у громаді, він представляв громаду як у цивільних, так і в адміністративних справах.

З 1864 року бургомістрами Чернівців були: Яків Петрович (1864-1866), Антон Кохановський (1866-1874, 1887-1905), Отто Амброс Рехтенберг (1879-1880), Вільгельм Клімеш (1881-1887), Едуард Райс (1905-1907), Фелікс Бревер фон Фірт (1907-1913), Сало Вейсельбергер (1913-1914).

Загалом органи міського самоврядування здійснювали подвійні функції, вирішуючи питання власної компетенції (управління маєтками і фінансами міста, торгівлею, школами тощо) та виконуючи делеговані доручення (проведення виборів до сейму і рейхсрату, військові та інші питання). Вищестоящими крайовими органами в цих справах були відповідно сейм і "крайова політична інстанція" – крайовий уряд на чолі з президентом. Міська рада могла бути розпущена крайовим президентом. Тим підкреслювалося, що міське самоврядування – це частина державної адміністрації.

**ПРО ХАРАКТЕР КАНАДСЬКОГО ФЕДЕРАЛІЗМУ ЗА АКТОМ 1867 Р.*****В. Качур****Національний аграрний університет*

1 липня 1867 р. на північноамериканському континенті з'явилося нове державно-політичне утворення – домініон Канада. Початок самостійному розвитку канадської держави поклав "Акт про Союз Канади, Нової Шотландії і Нью-Брансуїка, про їх управління і пов'язані з цим питання" (далі – Акт 1867 р.). Незважаючи на те, що "батьки конфедерації" обрали для майбутньої канадської держави принцип федералізму, вони були єдині в тому, що центральні органи влади повинні зосередити у своїх руках усі головні важелі управління, а в разі потреби й володіти відповідними правами для обмеження автономії провінцій або прямого втручання у сферу їхньої юрисдикції. Про це переконливо свідчить текст Акта 1867 р., витриманий для федеративної держави у надцентралістичному дусі.

Зокрема, яскраво виражена централістична спрямованість закону виявилася у характері вертикального розподілу повноважень між двома рівнями влади, федеральним і провінційним. Наприклад, ст.91 Акта 1867 р., в якій окреслена юрисдикція федерального парламенту, складається з двох частин. Перша містить положення про загальні гарантії влади, а саме – видавати закони для "підтримання миру, порядку і доброго управління" у всіх питаннях, які не віднесені цим Актом до юрисдикції провінцій. Потім йде перелік питань, які належать до виняткової юрисдикції федерального парламенту – всього 29 пунктів. Серед них – питання власності, оборони країни, фінанси, сфера шлюбу і розлучення, кримінального права, оподаткування тощо. Крім того, передбачалось верховенство загального федерального законодавства над провінційним у перелічених у цій статті питаннях, так зване остаточне право (VI, 92,2).

Законодавча компетенція провінцій набагато вужча і охоплює лише 16 питань. До провінційного відання віднесено: пряме оподаткування в межах провінції, питання про укладення шлюбів, про провінційну власність і цивільне право, здійснення правосуддя та ін. (VI, 92).

Незважаючи на це, федеральна влада могла втручатися і у виняткову компетенцію провінцій. Так генерал-губернатор, згідно із ст.90, мав право накласти вето на закони, прийняті законодавчими зборами навіть у тих сферах, які, згідно з Актом 1867 р., належать до виняткової компетенції провінцій (так зване право інтервенції). З 1942 р. це положення практично не використовується.

Акт 1867 р. проголосив також сферою компетенції провінцій питання освіти (VI, 93). Це була одна з найбільш спірних статей в конституції, яка була причиною постійних суперечностей між франко- і англомовними канадцами. Однак, ця стаття містить і певні обмеження щодо її виконання. По-перше, закріплено, що жоден закон провінції не може упереджено впливати на будь-яке право чи привілей щодо католицьких чи протестантських шкіл, які існували до утворення союзу. По-друге, права окремих шкіл у Верхній Канаді зберігатимуться і після створення союзу. По-третє, закріплено право звертатися до генерал-губернатора з апеляційними скаргами на порушення провінціями освітніх прав протестантських чи католицьких меншин. Важливість цієї статті полягає в тому, що федеральний уряд був наділений владою захищати освітні права релігійних меншин від втручань з боку провінції. Однак нерідко федеральний уряд зазнавав труднощів, оскільки йому доводилося втручатися в автономію провінцій. Врешті-решт, це викликало двоєке реагування: 1) національні меншини засуджували федеральний уряд, якщо він не втручався у вирішення справи, 2) якщо ж втручався, то засуджувався з боку провінції.

Спільну федерально-провінційну юрисдикцію встановлювала ст.95, яка регулювала конкуруючу законодавчу компетенцію і стосувалася лише сільського господарства та імміграції.

Специфічну гарантію федеративної законодавчої компетенції відображено і в ст.132 Акта 1867 р., яка проголошувала, що парламент Канади повинен бути наділений всією повнотою влади для здійснення зобов'язань Канади чи будь-якої іншої провінції як частини Британської імперії стосовно іноземних держав, які уклали договори з імперією.

Отже, "батьки конфедерації", чітко розподіляючи повноваження між провінційними та федеральними урядами, прагнули уникнути "американської помилки" і надати велику владу суб'єктам федерації.

Водночас постає питання: чому "батьки конфедерації", проголошуючи положення "про мир, порядок і добре управління" як гарантію федеральної влади, часто відносили деякі положення ст.91 і до ст.92? Якщо вони вважали торгівлю, комерційну владу і укладення шлюбу як широке повноваження федеративного парламенту, то чому вони розміщували інші підзаголовки в ст.92, які також стосувалися торгівлі, комерції і укладення шлюбу? Якщо вони бажали бачити провінції з незначною часткою їхньої участі в управлінні Канади, то чому тоді вони наділили їх незрозумілою і потенційно об'ємною владою над правом власності і цивільними правами в провінціях? Лише час та інтерпретаційна діяльність Судового комітету Таємної ради зробили спробу дати відповідь на ці запитання і внести свої корективи у розуміння федерально-провінційних повноважень.

Централістичний характер Акта 1867 р. засвідчив, що в руках Оттави, яка стала місцем перебування канадського уряду, і, отже, столицею країни (ст.16), були зосереджені головні важелі влади для досягнення максимальної централізації у межах утвореного домініону, а провінції "фактично стали колоніями федерального уряду". Уряди провінцій, позбавлені своїх попередніх повноважень у сфері грошового обігу, банківської справи, торгівлі, транспорту, а також інших важливих джерел надходжень до скарбниці, потрапляли в дедалі більшу залежність від федеральних щедрот.

## РОЛЬ ГУБЕРНСЬКОГО ПРАВЛІННЯ У ЗМІЦНЕННІ ДЕРЖАВНОГО ЛАДУ В ГАЛИЧИНІ

### *І. Настасяк*

*Львівський інститут внутрішніх справ при НАВС України*

Австрійська монархія у XVIII – першій половині XIX ст. була багатонаціональною державою, у якій спадковий монарх зосереджував у своїх руках усю повноту законодавчої, виконавчої, військової і судової влади. Польські, румунські і угорські поміщики ввійшли у тісний контакт з австрійськими правлячими колами, використовуючи австрійський державний апарат для збереження свого панування.

У 1772 р. більша частина західно-українських земель була об'єднана в адміністративно-територіальну одиницю, яка мала назву "Королівство Галичини і Володимирії з великим князівством Краківським і князівствами Освенцімським і Заторським". У тому ж році у Львові було створене губернське правління. Губернії виникли на австрійських землях ще у 1748 р. і на момент анексії Галичини вже були зміцнілими та перевіреними на практиці установами.

Галицьке губернське правління було підпорядковане безпосередньо центральній владі у Відні. Ця влада часто змінювалась: до 1776 р. вона здійснювалась Галицькою надвірною канцелярією, у 1776-1782 р.р.- Об'єднаною надвірною чесько-австрійською канцелярією. Згодом, до 1792 р. Об'єднаною надвірною палатою; у 1792-1797 р.р. – Дирекцією з фінансових та суспільно-політичних справ; з 1797 до 1802 р. – знову Галицькою надвірною канцелярією і, нарешті, у 1802-1848 р.р. – Об'єднаною надвірною канцелярією.

Губернське правління складалося з губернатора, президента чи віце-президента, придворних радників, губернських радників та нижчого канцелярного персоналу. Очолював його губернатор, який був наділений досить широкими повноваженнями. Першим губернатором Галичини був граф Антон Перген.

Першу губернатори Галичини не мали жодних конкретних інструкцій щодо виконання покладених на них обов'язків. Губернатор призначався і звільнявся лише імператором. Його діяльність підлягала суворому контролю з боку австрійського уряду. Щотижня він зобов'язаний був подавати до Відня детальні звіти про свою роботу у вигляді виписок з протоколів, якими називали рішення або відповідь на конкретне питання.

Із зростанням значення губернського правління як установи, що представляє вищу австрійську владу на місцях, посилювалась і влада самого губернатора. Інститут радників при губернаторові був, по-суті, лише згадкою про колегіальну систему управління, оскільки їх думка не була обов'язковою. Усі найбільш важливі питання він вирішував самостійно; радники, зазвичай, займались другорядними справами.

Губернатор був незалежним від Галицького станового сейму. Більше того, згідно своєї посади він був головою сейму і його виконавчого органу – Станового комітету. У 1783-1890 р.р. губернатор самостійно виконував функції Станового комітету.

Губернське правління поділялося на департаменти, склад та функції яких підлягали постійним змінам. У 1793 році налічувалось 14 департаментів. Департаменти діяли під керівництвом начальників, повноваження яких виконували старші за стажем та досвідом радники. Праця у департаментах становила лише підготовчі стадії, а остаточне рішення було за губернським правлінням, до складу якого входили усі начальники департаментів. Контроль за їх діяльністю здійснювала президія; до її складу входили: губернатор, придворні радники та директор губернського бюро, умовно віце-президент. Губернське бюро складалося з окремих дирекцій, а саме: губернської дирекції протоколів взаємозаліку, губернської дирекції реєстрації актів, губернської дирекції експедиції, групи службових перекладачів (звичайно двоє з польської мови, один з молдавської та один з російської) та ін.

Спочатку коло питань, якими займалось губернське правління, охоплювало всі адміністративно-поліцейські справи у сфері внутрішнього управління. Перша детальна інструкція, яка визначала його компетенцію, була видана лише у 1801 р. Згідно її приписів на губернське правління

покладались наступні обов'язки: виконувати доручення Надвірної Канцелярії та складати у зв'язку з цим відповідні звіти; "наглядати за релігією, звичаями, майном та безпекою підданих", здійснювати управління державним майном, стягувати податки, втілювати у життя закони та інші юридичні норми.

Питання, які не були врегульовані законом, губернія сама не вирішувала, лише подавала щодо них мотивовані висновки до Надвірної Канцелярії, а та, у свою чергу, представляла їх імператору. Систематичне зібрання приписів, які регулювали питання управління львівською губернією було видане не у Відні, а опрацьоване у Львові та оголошене тут рескриптом від 22 грудня 1803 р.

Віденський уряд намагався належним чином публікувати норми, щоб в усній чи письмовій формі вони могли бути доступними для найширших верств населення. Губернське правління здійснювало контроль за виконанням цього завдання. Тим часом уряд не визначив способу публікації юридичних норм, змушуючи місцеву владу керуватись звичаями, які існували у даній провінції чи краю. В Галичині, однак, не звернулися до польських традицій, а запровадили таку систему, яка відповідала імпортованому загарбником адміністративному апарату.

Отримавши з Відня новий патент чи будь-яку іншу норму, губернія була зобов'язана якомога швидше ввести її у дію. Приписи, які стосувалися безпосередньо діяльності губернії називали "нормаліями", їх записували до зведень, що носили таку ж назву. Норми, що видавала сама губернія називались циркуляром, їх підписував губернатор та один з губернських радників. Крім того губернія видавала ряд інших документів (*Avertissement* – сповіщення, *Nachricht* – повідомлення, *Kundmachung* – оголошення, *Ruf* – заклик).

Губерніальна влада не охоплювала усіх колишніх польських земель, які опинилися під австрійським пануванням. Район Спижу, захоплений ще перед першим поділом Польщі, був приєднаний до Угорщини та становив там окрему одиницю (графство), підпорядковану Надвірній Угорській Канцелярії. Не підлягала їй також Австрійська Сілезія, тобто та частина Сілезії, котра залишилася за Австрією після прусько-австрійських трактатів 1742-1763 р.р. Проте австрійський уряд не наважився на відокремлення давніх Королівств Освенцимського та Заторського від Галичини. Вони входили до складу велицького округу, а потім мисленицького та не були пов'язані адміністративно з рештою Сілезії.

Територія, зайнята у результаті третього поділу Польщі також не підпорядковувалась львівській губернії, лише у 1796 р. була утворена окрема провінція під назвою Західна Галичина зі столицею у Кракові. Першим губернатором та організатором місцевої адміністрації став Ян Вацлав Маргелик колишній референт Об'єднаної Надвірної Чесько-Австрійської канцелярії та близький соратник імператора Йосифа II, добре обізнаний з польською проблематикою. Його завдання було значно легшим ніж у Пегена в 1772 р. – він приступав до вже знайомої роботи, знав її специфіку.

Однак, Маргелик повинен був впоратись з різними труднощами, найважчим з яких був той факт, що Краків, визначений як столиця нової провінції, знаходився на самій її околиці, тому комунікаційні зв'язки з рештою анексованих територій були дещо ускладнені. Маргелик, попри це, досить швидко ввів чіткіший поділ нової провінції на округи та організував їх адміністрацію. Однак 13 травня 1803 р. Західна Галичина була приєднана до Львівської губернії і така ситуація проіснувала аж до кордонних змін 1809 р.

У 1786 р. до Галичини приєднали Буковину, підпорядкувавши її галицькому губернському правлінню. Однак господарська, суспільна і релігійна специфіка цього гірського краю була дуже складна, і перешкодила його повній асиміляції. У 1790 р. Буковину від Галичини відокремили, але залишили її надалі під владою галицького губернатора.

У зв'язку з військовими та політичними подіями першої третини XIX століття в деяких районах Галичини виникали тимчасові управління, які надіялись на підпорядкованих їм територіях повноваженнями губернського правління. Так, з 24 травня до 1 червня 1809 р. існували Тимчасові управління східних дистриктів Галичини в Станіславі і Чернівцях; з 21 липня до 26 грудня 1809 р. – Тимчасове управління східною частиною округу; з 1 липня до 19 листопада 1813 р. – Управління генерального крайового комісара у Львові; з 21 листопада 1809 р. до 4 травня 1810 р. – Управління верховного комісара Тернопільського і Заліщицького дистриктів; з 14 жовтня до 7 грудня 1812 р. – Комісія при армії в Коломийському дистрикті; з 28 вересня до 25 жовтня 1831 р. – Управління комісара при армії Перемишльського дистрикту.

Поза компетенцією галицького губернського правління, але за його прикладом функціонував цілий ряд відділів адміністрації, підлеглих окремим урядам. Тут, передусім, потрібно назвати "солянську адміністрацію", яка створювала багато труднощів австрійській владі. Після анексії Галичини соляни



джерела опинилися спочатку у віданні військового управління, потім підпорядковувались губернії, згодом була організована Галицька Соляна Дирекція для нагляду за продажем копальної та виварної солі. У 1843 р. у Відні було створено Центральну Дирекцію Гірничої Справи з метою управління усім гірництвом, в тому числі і соляними копальнями.

Крім того, слід згадати окрему тютюнову адміністрацію, влада якої охоплювала німецькі та польські краї монархії та утворену у 1788 р. будівельну дирекцію. З установ меншого значення слід згадати утворену у 1789 р. комісію з продажу камеральних земель, цеховий уряд, монетну пробірну палату та санітарну владу.

Отже, губернське правління являло собою основний орган, що проводив австрійську поміщицько- буржуазну політику в Галичині. Воно було наділене широкими повноваженнями, але в той же час перебувало під постійним контролем центрального уряду.

**ЗУНР: ДИПЛОМАТИЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ (1918 – 1919 рр.)****Б. Тищик***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Як відомо, після розпаду у другій половині XVIII ст. Польської держави західноукраїнські землі захопила Австрія (Східну Галичину і Буковину). У складі Австрії, а з 1867 р. – Австро-Угорщини вони перебували до 1918 р., коли остання в результаті поразки у Першій світовій війні і під впливом могутнього революційного руху розпалася. Звільнилися і проголосили свої суверенні держави чехи і словаки, поляки, угорці і інші раніше поневолені народи, піднявся на боротьбу за свою державність і український народ. Але тут же на Східну Галичину пред'явила свої претензії польська держава, яка вважала її "історичною польською територією", на Північну Буковину – Румунія, а на Закарпаття – Угорщина.

Отож, Українська Національна Рада, яка утворилася у Львові 18 жовтня 1918 р. як повноважний представницький орган українського населення, ще до остаточного розпаду Австро-Угорщини, 19 жовтня проголосила утворення на етнографічних українських землях імперії, де до того ж значну більшість складало корінне українське населення, Української держави.

1-го листопада 1918 р. з приводу реальної загрози нового поневолення цих земель, зокрема Східної Галичини Польщею, – за допомогою своєї військової організації українці взяли владу у Львові у свої руки, а в кілька наступних днів – в усьому краї. 13 листопада була проголошена суверенна українська держава – Західноукраїнська Народна Республіка. Її найвищим законодавчим органом стала УН Рада, створено уряд – Державний секретаріат, місцевий апарат управління, судові та правоохоронні органи, збройні сили.

Стала налагоджуватися й дипломатична служба ЗУНР. У складі уряду було створене державне секретарство закордонних справ на чолі з державним секретарем В. Панейком. Утворено дипломатичні представництва ЗУНР: у Києві, Відні, Будапешті, Празі. У Відні, крім того, створено Українську пресову службу, яка публікувала у закордонних газетах матеріали про українську державність, боротьбу за неї з агресією Польщі, брошури, законодавчі акти ЗУНР, влаштовувала прийоми для іноземних журналістів, дипломатів тощо.

Проте вже з перших днів існування української держави їй довелося воювати, оскільки Польща не бажала миритися з втратою Галичини і польські війська розпочали тут військові дії.

Польща, яка у п'ять разів перевищувала Східну Галичину територією і у шість разів – населенням та була значно розвиненіша в політичному і економічному відношенні, надсилала у Галичину все більші військові сили. Правителі ЗУНР з самого початку усвідомлювали, що без допомоги ззовні у цій війні невеликій українській державі з її обмеженими матеріальними і людськими ресурсами не встояти. Спершу головну надію покладали на допомогу Великої України, розраховуючи, що тоді вдасться витіснити поляків за межі української етнографічної території, зокрема, за ріку Сян, яка була б природнім кордоном між обома державами, і підписати з ними якщо не мир, то хоча б довготривале перемир'я, а остаточно завершить справу Паризька мирна конференція на підставі принципу самовизначення народів, проголошеного президентом США В. Вільсоном.

Однак влада Директорії на Україні не зміцнювалася, а слабшала. Її війська відступали до Галицького кордону. В такій ситуації правлячі кола ЗУНР поклали щораз більшу і, по суті, єдину надію на Паризьку мирну конференцію. Там діяла делегація ЗУНР, яку очолював державний секретар зовнішніх справ ЗУНР В. Панейко. Вона згодом об'єдналася з делегацією УНР в єдину делегацію Української держави, проте справи цієї делегації склалися погано. Західні держави не хотіли нічого слухати про якусь там Україну, намагаючись створити на антибільшовицьких засадах єдину, в крайньому разі федеративну Російську державу. До її складу мала, на їх думку, увійти і Україна. Негативну роль на міжнародній арені для України відіграли також тісні контакти Центральної Ради та її уряду з державами Центрального блоку, які завершилися підписанням Брестського миру.

Знала Антанта і про ЗУНР, державницькі перспективи якої були дещо кращі, оскільки у Вільсонівській програмі мирного врегулювання європейських міжнаціональних і політичних проблем за народами колишньої Австро-Угорської імперії визнавалось право на самовизначення. Очевидно

через це делегація ЗУНР у Парижі фактично діяла самостійно. Можливо, в цьому й була певна рація, враховуючи негативне ставлення Антанти до ідеї створення незалежної української держави за Збручем.

Проте й В. Панейко не добився в Парижі нічого вагомого. Цьому в значній мірі перешкодили поляки, які мали значно сильнішу дипломатичну службу, тісніші контакти з правителями і урядами західних держав. Делегати Польщі на Паризькій мирній конференції І. Падеревський та Р. Дмовський були особисто знайомі з президентом США В. Вільсоном, прем'єр-міністрами Франції Ж. Клемансо і Англії – Ллойд-Джорджем та ін. Особливо велику підтримку їм надавала Франція, яка намагалась на східних кордонах Німеччини утворити менш-більш міцну, прихильну собі державу – Польщу. Поляки постійно засипали держави Антанти меморандумами, заявами тощо, в яких зображали Східну Галичину як історично польську територію, українців краю – русинами, тобто етнографічною групою польського народу. Вони, мовляв, занадто відсталі, щоб мати власну державу, а їх особність як нації – це "вигадка німців"; вони, крім того, дуже схильні до "пробільшовицьких тенденцій", а в Галичині воюють не галицькі українці, а послані Петлюрою війська. Українців поляки зображали не інакше, як "хлопськими бандами", які все нищать, палять, грабують і мордують мирне польське населення. До речі, після об'єднання УНР і ЗУНР начальник Польської держави Ю. Пілсудський писав у Париж: "Русини (тобто галичани) і більшовики (тобто східні українці) порозумілися, щоб атакувати нас". Поляки зуміли переконати голову Паризької мирної конференції Жоржа Клемансо, в якого, як згадували сучасники, "душа була повна ненависті й духа відплати Німеччині і тим народам, що мали з нею будь-які зв'язки", що саме німці зорганізували в Галичині українську державу, бо хотіли "створити свій власний блок народів проти нового ладу, який установлять держави Антанти".

Прихильником поляків у конфлікті з ЗУНР був і президент США В. Вільсон, на якого вплинув Ж. Клемансо. На одному з засідань Верховної Ради Антанти Вільсон, будучи інформованим виключно в пропольському напрямку, навіть запропонував вислати у Київ ноту, щоб Петлюра забрав з Галичини свою армію (малась на увазі УГА) і не розпалював конфлікт з Польщею.

Тільки англійський прем'єр-міністр Ллойд-Джордж був обережнішим в оцінці подій в Галичині, не дуже довіряючи польським і французьким інформаціям і в цілому прихильно ставився до українців та їх проблем. Тим не менш, польська дипломатія і пропаганда як у Парижі, так і у всій Західній Європі "виявилась ефективною, оскільки європейці майже нічого не знали про Україну та українців" – пише відомий західний історик Орест Субтельний.

Не знаючи про усі закулісні аспекти політики і мотиви рішень країн Антанти, які були між собою зв'язані всякими явними і таємними договорами і угодами, кожна з яких вела свою політику, відстоювала свої власні інтереси, але яких всіх об'єднував страх перед "більшовизмом" – власті ЗУНР, вірячи у демократизм і справедливість Антанти, продовжували важку боротьбу з Польщею.

Але коли у лютому українські війська добились у війні серйозного успіху, то це налякало не тільки Польщу, а й її західних покровителів. Вже 18 лютого командуючий УГА генерал М. Омелянович – Павленко отримав з Парижа телеграму з вимогою припинити військові дії і зустріти місію Антанти на чолі з французьким генералом Бартелемі. 22-го лютого ця місія справді прибула в Галичину. Місія й сам Бартелемі явно сприяли полякам. Місія визначила між воюючими сторонами демаркаційну лінію, поза яку повинні були відступити українські війська. Вона залишала понад третину краю враз зі Львовом та Дрогобицько-бориславським нафтовим басейном на польському боці. Українці, не дивлячись на тиск з боку місії та особисто Бартелемі, інших представників Антанти, відмовились підписати перемир'я на таких несправедливих щодо них умовах.

Проблема Східної Галичини не раз розглядалася як на засіданні Ради десятиох, так і Верховної Ради Антанти. На них запрошували польських делегатів або зачитували їх меморандуми – але довго не запрошували українську делегацію, не зачитували її заяв чи інших документів. Цьому категорично противились головоючий Ради десятиох – французький прем'єр-міністр Жорж Клемансо і головоючий Верховної Ради – француз, маршал Фердинанд Фош. Делегацію ЗУНР взагалі довгий час тримали подалі від Парижа, у Відні, бо французи не давали їй візи для прибуття в Париж. Французькі політики чинили постійний тиск на інші країни Антанти, що чим швидше дати згоду на відправку у Польщу армії під командуванням генерала Ю. Галлера, сформованої у Франції з польських емігрантів і повністю оснащеної Францією. В кінці березня таку згоду Верховна Рада Антанти справді дала.

Правда ще 18 квітня Верховна Рада Антанти призначили для вияснення причин конфлікту у Галичині і укладення між воюючими сторонами перемир'я ще одну комісію – під головуванням британського генерала Луїса Боти. Комісія 12 травня представила сторонам проект перемир'я, в

цілому вигідний для українців, оскільки нафтовий басейн залишався в їх руках. Але з ним не погодилися поляки і 14 травня війська Ю. Галлера заатакували українські війська по всьому фронту.

Не дивлячись на завзятий опір і навіть певні успіхи (наприклад, Чортківський контрнаступ), Галицька армія була витіснена з території Східної Галичини і була змушена відійти за Збруч, на територію Великої України. Відійшли туди й українські власті. Там УГА спільно з військами С.Петлюри продовжувала боротьбу вже за звільнення Наддніпрянської України – від більшовиків та денікінців. Щодо Східної Галичини, то Верховна рада Антанти 25 червня 1919 р. прийняла рішення про "уповноваження" збройних сил Польщі зайняти цю територію – аж до ріки Збруч.

З цього приводу дипломатична місія ЗУНР у Парижі, місія УНР, президент Є. Петрушевич висловили рішучі протести. Протестаційні віча пройшли і по всій Галичині. Але це нічим не допомогло. Отже, Антанта допомогла Польщі зайняти всю Галичину.

Коли після польсько-радянської війни (1920 р.) у Ризі почались між воюючими сторонами мирні переговори, приїхала туди і українська делегація ЗУНР на чолі з К. Левицьким. Але з нею не бажали рахуватися ні радянська, ні польська делегація. 18 березня 1921 р. між Польщею, з одного боку, і РРФСР і УСРР з другого боку, був підписаний мирний договір, згідно з яким, не дивлячись на протести делегації ЗУНР, західноукраїнські землі відійшли до відновленої Речі Посполитої. Остаточню їх долю 14 березня 1923 р. визначили знову ж таки чужі держави – Рада послів країн Антанти ухвалила рішення про анексію Східної Галичини Польщею.

**ВІДРОДЖЕННЯ ПОЛЬСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1918 – 1921 рр.)***О. Паславська**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Події в Росії наприкінці лютого – на початку березня 1917 року призвели до змін політичних орієнтацій поляків. Тимчасовий уряд Росії 28 березня 1917 року утворив Ліквідаційну комісію в справах Королівства Польського, яку очолив близький до кадетів Олександр Ледніцький. У Росії виникли десятки польських громадських організацій і товариств. Активізувалися польські емігранти в країнах Західної Європи і Північної Америки, де були створені різноманітні польські громадські організації, які надавали допомогу жертвам війни, військовополоненим, підтримували ідею Польської держави.

Однак, лише після краху центральних держав, під владою яких знаходилися польські землі, можна було приступити до створення незалежних державних органів. Діяльність в цьому напрямку розпочалася на території, яка належала Австрії. Польські депутати австрійського парламенту прийняли рішення вважати себе з 15 жовтня 1918 року громадянами польської держави. 28 жовтня 1918 р. політичні партії Галичини утворили Польську ліквідаційну комісію (ПЛК) – тимчасовий орган з законодавчими і виконавчими повноваженнями. Головним завданням цієї комісії було припинення державно-правових відносин, які пов'язували Галичину з Австрією.

Але боротьба за державу продовжувалася. У ніч з 6 на 7 листопада 1918 р. за ініціативою лівих партій при підтримці загонів ПОВ, керованих Е. Ридз-Сміглим, у Любліні був створений Тимчасовий народний уряд Польської Республіки під керівництвом галицького соціаліста І. Дашинського. 7 листопада уряд опублікував Маніфест, в якому оголосив про свою владу на всіх польських землях і проведення радикальних соціальних реформ: передачу землі селянам; націоналізацію усіх галузей промисловості; демократизацію суспільного устрою; запровадження 8-ми годинного робочого дня. Проте влада цього уряду не поширилася за межі Люблінщини.

В результаті революційних подій в Німеччині з магдебурзької в'язниці був звільнений Юзеф Пілсудський, який 10 жовтня 1918 року повернувся в Варшаву. Він користувався великим авторитетом серед широких мас польського суспільства, тому взяв в свої руки ініціативу створення центральних державних органів. Йому передала повноваження Регентська рада. На вимогу Пілсудського, Люблінський Тимчасовий народний уряд саморозпустився, передавши йому владу. Розпочалося формування кордонів і устрою Польщі.

Найважливішим завданням було формування уряду і організація тимчасових державних органів. 16 листопада 1918 року Ю. Пілсудський скерував до всіх держав і урядів відозву про утворення незалежної Польської держави, що "охоплює усі землі об'єднаної Польщі". 18 листопада 1918 року був сформований Тимчасовий народний уряд Польської Республіки, главою якого Ю. Пілсудський призначив соціаліста Є. Морачевського. 22 листопада Уряд видав декрет про вищі органи влади, проголосив Польську Республіку, в якій до скликання Законодавчого сейму вся повнота влади належала Тимчасовому Начальнику Держави, який мав право давати розпорядження уряду. Ним став сам Ю. Пілсудський. Одночасно Тимчасовий Начальник Держави обіймав поста Верховного головнокомандуючого війська польського.

28 листопада 1918 р. Ю. Пілсудський видав декрет про порядок проведення виборів до Законодавчого сейму, які були призначені на 26 січня 1919 р. Згідно положення про вибори, вони проголошувалися загальними, безпосередніми, таємними, рівними і пропорційними. Право голосу отримали всі громадяни Польщі, які досягли 21 року. Вперше виборчі права отримали жінки.

17 січня 1919 р. було сформовано новий уряд, в якому І. Падеревський став прем'єр-міністром і міністром закордонних справ. Тоді ж його представники увійшли в склад Польського національного комітету, який діяв в Парижі з 1917 р. і представляв польські інтереси на світовій конференції. 15 серпня 1919 року Польський національний комітет був формально розпущений.

26 січня 1919 року відбулися вибори до Законодавчого сейму, які пройшли тільки на території Королівства і Західної Галичини. У виборах взяли участь до 80% виборців, які віддали перевагу

ендемам, що виступили під назвою Народно-національний союз. Згодом до складу Законодавчого сейму були кооптовані послы від Великопольщі, Східної Галичини і Цешинської Сілезії.

Доволі скоро загальнопольський характер створених в Варшаві державних органів отримав місцеве визнання. Суттєвий вплив на хід цього процесу мав одногосно прийнятий Законодавчим сеймом 20 лютого 1919 р. закон, який отримав назву Малої Конституції, або закон про вищі органи влади Польщі. Мала Конституція знову довірила Ю. Пілсудському пост Начальника Держави. Начальник Держави обирався сеймом і представляв її в зовнішніх відносинах, виконував рішення сейму і призначав уряд, погоджуючи з сеймом. Постанови Начальника Держави вважалися недійсними без підпису відповідного міністра. На чолі уряду залишився І. Падеревський. Таким чином, була узаконена існуюча структура центральних державних органів. Схвалення Малої Конституції відкривало шлях до міжнародного визнання Польщі.

Міжнародне визнання Польської держави відбувалося або *via facti* шляхом встановлення дипломатичних відносин, або з попереднім опублікуванням декларації, яка підтверджувала визнання відродженої держави. Особливе значення мало визнання Польської держави країнами-учасниками розділів. Дипломатичні відносини з Австрією були встановлені вже 11 листопада 1918 р., з Німеччиною – 21 листопада 1918 р. Радянська Росія 27 листопада 1918 р., керуючись Декларацією прав народів Росії від 16 листопада 1917 р., запропонувала обмінятися дипломатичними представництвами.

Союзні держави, учасниці світової конференції, визнали Польщу 15 січня 1919 р., допустивши її представників до участі в засіданнях. Офіційно Польща була визнана: США – 30 січня 1919 р., Францією – 23 лютого 1919 р., Великобританією – 25 лютого 1919 р., Італією – 27 лютого 1919 р.

Визнання Польщі великими державами і іншими країнами означало, що вона допускається до повноправної участі в міжнародному житті. Це підкреслювало факт відновлення державності, якої польський народ був позбавлений в кінці ХУІІІ століття.

Разом з тим, питання кордонів новоствореної держави залишалося відкритим. 18 січня 1919 р. в Парижі відкрилася мiрова конференція, на якій Польща була представлена двома делегатами Р. Дмовським та І. Падеревським. Західні і північні кордони Польщі були встановлені мирним договором з Німеччиною, підписаним 28 червня 1919 р. в Версалі. За ним до Польщі відходили Східне Помор'я без Гданська, майже вся Великопольща. Натомість у Верхній Сілезії, Варамії і Мазурах передбачалося провести плебісцит. Гданськ проголошувався "вільним містом" під контролем комісара Ліги Націй.

Південний кордон Польщі був встановлений безпосередньо після того, як Австрія в договорі 10 вересня 1919 р. (в Сен-Жермені) відмовилася в користь держав Антанти від всяких претензій на території, які належали австро-угорській монархії і які не увійшли в нові австрійські кордони.

Встановлення кордонів між Польщею і Чехословаччиною викликало затяжні суперечки, які протягом багатьох років впливали на атмосферу політичних взаємовідносин. Справами східного кордону Польщі на конференції займалася спеціальна Польська комісія під головуванням прихильного полякам Ж. Камбона. 26 липня 1919 р. Верховна Рада конференції ухвалила лінію розмежування між Польщею і Литвою (т.зв. "лінія Фоша"), яка залишала Вільно за Польщею.

Не менш складною була ситуація в Галичині і на Волині. 25 червня 1919 р. Верховна Рада Паризької конференції ухвалила рішення передати Східну Галичину під тимчасове управління Польщі за умови надання їй автономії і проведення плебісциту. 21 листопада 1919 р. Верховна Рада затвердила Статут для Східної Галичини. Вона оголошувалася підмандатною територією Ліги Націй, а Польща отримувала мандат на управління нею впродовж 25 років за умови запровадження автономії з окремим сеймом, судівництвом, військом. 2 грудня Верховна Рада прийняла ще одне рішення, яке встановлювало кордони етнічного розмежування між поляками, українцями та білорусами. Він проходив по лінії Буг-Пінськ-Німан. Ухвала забороняла поляками творити адміністрацію на схід від цієї лінії, але польські керівники проігнорували нею.

22 квітня 1920 р. було підписано Договір між Польщею і Україною (договір Пілсудського-Петлюри), у якому Польща визнавала Україну незалежною державою і зобов'язувалася надати уряду УНР матеріальну та військову допомогу. Ю. Пілсудський форсував підписання договору з Директорією УНР, тому що завершував підготовку сил для наступу проти більшовиків, який розпочався 25 квітня 1920 року. Питання кордонів на сході було відкладено до завершення польсько-радянської війни. 18 березня 1921 року в Ризі було підписано мирний договір між Польщею і трьома радянськими республіками – Росією, Україною та Білорусією. Всі територіальні вимоги Польщі були

задоволені: за нею залишилися західноукраїнські землі по ріки Двіна і Березина та українські по ріки Збруч і Дністер. Польща визнала радянські республіки Україну та Білорусь. Обидві сторони зобов'язалися створити належні умови для вільного культурно-національного розвитку національних меншин. Росія зобов'язувалася сплатити Польщі 30 млн. карбованців за участь у господарському житті царської Росії і повернути культурні цінності, вивезені з польських земель. Ризький договір був вигідний Польщі. Він означав збереження незалежності, піднесення гідності нації. Поразка більшовиків поклала край планам експорту комунізму до Західної Європи.

У відповідності до одного з пунктів Версальського договору не визначені договором кордони Польщі повинні бути затверджені великими державами. На виконання цього положення Рада послів великих держав 15 березня 1923 року прийняла резолюцію, яка остаточно визнавала східні і північні кордони Польщі.

Таким чином, завершилося формування території Польської держави, яке відбувалося за умов складних взаємин між провідними європейськими країнами. Народилася незалежна держава, про яку мріяли численні покоління поляків і з якою вони пов'язували надії на краще життя. За період від поділів Речі Посполитої до невпізнання змінилося обличчя Центрально-Східної Європи. Польща відроджувалася поряд з багатьма іншими державами регіону. Її устрій і кордони залежали від численних внутрішніх і зовнішніх чинників. Серед яких не останню роль посідала історична великодержавна традиція, що тягнулася від часів шляхетської Речі Посполитої і передбачала включення до її складу територій з переважанням непольського населення. Аналізуючи історичні факти, можна ствердити, що через цю традицію Польща змушена була пройти такий тернистий шлях випробувань у 1918-1921 роках.

Польща сформувалася як держава з капіталістичним суспільним ладом. Місцеві і центральні органи нової держави, не дивлячись на неоднорідний соціальний склад і різницю в політичній орієнтації, займали єдину позицію: зберегти в незалежній Польщі лад, заснований на принципах приватної власності на засоби виробництва.

Конституція відродженої Польщі була прийнята 17 березня 1921 року і запроваджувала пост президента. Вона складалася з 126 статей і визначала Польщу як республіку (Жечпосполиту), в якій влада належить народу. Законодавча влада надавалася двопалатному парламенту (Національним зборам), який складався з сенату (верхня палата) і сейму (нижня палата). Порядок виборів до Сейму і Сенату визначався Конституцією і положенням про вибори. Активне виборче право було засноване на всезагальному, рівному, прямому, таємному і пропорційному голосуванні. У виборах до Сейму міг брати участь будь-який громадянин, який досяг 21 року, а в Сенат – 30 років. Пасивним виборчим правом на виборах в Сейм були наділені всі громадяни, які досягли 25 років, а в Сенат – 40 років. Сейм складався із 444 депутатів, Сенат – із 111 сенаторів. Строк повноважень Сейму і Сенату – п'ять років. Сейм міг бути розпущений до закінчення строку його повноважень президентом за згодою 3/5 з числа членів Сенату. У випадку розпуску Сейму Сенат також розпускався..

Повноваження законодавчих органів ділилися на: законодавчі, контрольні, елекційні і конституційні.

Конституція гарантувала всі демократичні права і свободи, право приватної власності, соціальне забезпечення на випадок хвороби і безробіття. В загальному, Конституція Польщі 1921 року була прогресивною, взірцем для неї послужив основний закон Франції. Прийняття Конституції завершило період відродження Польської державності.

**ЗАКОН "ПРО ОРГАНІЗАЦІЮ ВІЙСЬКОВО-СУДОВИХ ІНСТИТУЦІЙ  
ТА ЇХ КОМПЕТЕНЦІЮ" УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ 1918 Р.  
ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ РОЗВИТКУ  
СИСТЕМИ ВІЙСЬКОВО-СУДОВИХ УСТАНОВ В УКРАЇНІ**

*Н. Єфремова*

*Одеська національна юридична академія*

7 лютого 2002 р. був прийнятий Закон України "Про судоустрій України", який ознаменував завершення важливого етапу судової реформи в Україні, пов'язаного з нормативним закріпленням організації судової влади, і започаткував етап нормативного регулювання судової влади, тобто прийняття процесуальних кодексів.

Цей Закон розвинув і деталізував основні положення, закріплені Конституцією України щодо побудови судової системи, самостійності судів, незалежності і недоторканності суддів, ролі органів суддівського самоврядування та їх повноважень.

Статтю 19 вищевказаного Закону було визначено, що військові суди належать до загальних судів і здійснюють правосуддя у Збройних Силах України та інших військових формуваннях, утворених відповідно до закону.

Слід зауважити, що у порівнянні з визначеною зараз юрисдикцією військових судів з 1 червня 2002 р. згідно з ч.2, 4 ст.22 Закону України "Про судоустрій України" підсудність справ військовим судам дещо розширилася за рахунок розширення повноважень місцевого військового суду гарнізону: до його юрисдикції згідно з зазначеним Законом віднесено розгляд у першій інстанції, крім кримінальних та цивільних справ, ще й справ про адміністративні правопорушення та справ адміністративної юрисдикції у сфері військового управління.

Таким чином, з набранням чинності нового Закону "Про судоустрій України" слід очікувати змін у процесуальному законодавстві, які зумовлені введенням в Україні нової ланки адміністративної юрисдикції та покладенням адміністративного провадження на військові суди, що потребує визначення предметної юрисдикції цих судів.

Але, на жаль, аналіз внесених на розгляд Верховної Ради України проектів Цивільно-процесуального кодексу України та Адміністративно-процесуального кодексу України висвітлює певну неузгодженість ст.16 проекту АПК України та ст.22 проекту ЦПК України з вищевказаною нормою Закону "Про судоустрій України", якою визначена підсудність.

Отже Закон поставив на порядок денний низку питань, які необхідно вирішити в процесуальних кодексах узгоджено, гармонійно. Це, зокрема, стосується змісту процесуальних принципів, поняття і сутності доказів і процесу доказування, статусу осіб – учасників судочинства, підстав перегляду рішень, структури і змісту процесуальних актів, але зробити це без врахування історико-правового досвіду України – є неможливим, що у свою чергу ще раз наголошує на необхідності ретельного дослідження в галузі історії держави і права України.

З цього приводу, надзвичайний інтерес викликає досвід судової реформи часів Української революції 1917 – 1921 рр., особливо часів П. Скоропадського.

Щодо історіографії питання організації військово-судових інституцій та їхніх компетенцій, то тут слід зазначити лише невеличкі розвідки таких сучасних українських вчених, як О. Мироненко та О. Тимошук, що здійснювалися протягом останніх 5-ти років. У цілому ж зазначене питання і досі не має свого чіткого, комплексного наукового дослідження.

Реформацію судової системи в Українській Державі Павло Скоропадський почав фактично з першого дня свого правління. Так, у проголошених ним "Законах про тимчасовий державний устрій України" містився окремий розділ "Про Генеральний Суд", де у стислій формі, трьома статтями, й була започаткована дана реформа. Загальне керування системою правосуддя покладалося гетьманом на міністерство судових справ, яке 15 липня 1918 р. спеціальним законом перейменовувалося на міністерство юстиції, а його першим міністром став М.П. Чубинський. Аналізуючи цю реформу слід зазначити деякі специфічні особливості її проведення.



По-перше, і П. Скоропадський і М. Чубинський частково відкинули варіант судоустрою УНР й переважно тяжіли до реформованої судової системи колишньої Російської імперії. По-друге, порівняльний аналіз дат виготовлення законів про суд та судочинство в державі показав, що військово-судові органи були сформовані одними з перших – протягом травня – червня, а закони про суди загального порядку, такі як Закон "Про утворення Державного Сенату" та Закон "Про судові палати й апеляційні суди" – 8 липня 1918 р.

Взагалі, система військово-судових установ існувала і в УНР. Цю недосконалу і нежиттєздатну модель почав активно реформувати гетьман, і вже 30 травня ним був схвалений Закон "Про військовою підсудність". 10 липня 1918 р., у зв'язку з прийняттям законів щодо реформування центральних органів юстиції, Головне управління військово-судових справ отримало нову назву – Головне військово-юридичне управління, яке очолив К. Чивадзе.

Таку активність гетьмана щодо збільшення обсягу діяльності військово-судових установ за рахунок підпорядкування до їхньої юрисдикції цивільних осіб було небезпідставним. Таким чином уряд намагався використати механізм військової юстиції для боротьби з анархічними тенденціями та більшовицькою діяльністю в державі.

Важливим кроком у цьому напрямку став Закон "Про організацію військово-судових інституцій та їх компетенцію", ухвалений Радою Міністрів 21 червня 1918 р. Цей документ зберігається в Центральному державному архіві Вищих органів влади та управління України у м. Києві і досі лишається не опублікованим.

Згідно зі ст.1. Закону, всі військові суди поділялися на вищі (Київський та Катеринославський) і штабні (при Штабах дивізій, корпусів та Головному Штабі).

До компетенції вищих судів під час існування нормальної підсудності належали наступні справи: "всі справи про військових, займаючих посаду не нижче командира окремої частини, а також такі справи про військових, займаючих посаду нижче командира окремої частини, і про приватних осіб, по яких винуватим загрожує кара з позбавленням або обмеженням загальних громадянських прав". Під час існування виняткової підсудності – всі справи про військових української армії, які займали посаду не нижче командира окремої частини, і про такого ж службового стану тих старшин закордонних армій, котрі знаходяться при українській армії, коли відносно них не буде видано окреме розпорядження, а також про належних до війська цивільних урядовців, що займали посаду не нижче V класу, та священнослужителів усіх вір. До компетенції штабових судів належали всі справи, які не підлягали згідно арт. 2 вищим судам.

Далі містилась примітка про те, що: "бранці підлягають військовій підсудності на тих підставах, що й військові української армії".

Згідно ст.4 Закону, судова колегія у всіх судах повинна була складатися з голови – "особи військово-судової офіції" та виборних суддів, кількість яких у вищих судах встановлювалась у вісім осіб, а в штабовому – чотири. При цьому, судді обиралися жеребком на два місяці зі складу старшин та підстаршин, підлеглих відповідному військово-судові.

Отже у даному випадку, законодавцями чітко зберігалися принципи колегіальності, законності та неупередженості суду. Це також підтверджує ст.6 та 7 Закону, де зазначалось, що у судовій колегії під час розгляду справ за участю старшин не можна залучати підстаршин, а за участю командирів частин – старшин, що займали посаду нижче командира окремої частини.

В судовому засіданні, крім судової колегії, обов'язково брав участь секретар, а в вищому суді також "прокуратор і оборонець", при цьому у ст.8 зазначалось, що:

"Участь обвинувача та оборонця в штабових судах необов'язкова", а вироки та рішення всіх військових судів можна було оскаржити тільки в касаційному порядку у Генеральному Суді.

Для провадження слідств при всіх військових судах утворювались посади військових слідчих, визначаючи при цьому, що військові слідчі штабових судів повинні проводити слідства в усіх тих випадках, в яких XXIV книга рос. С. В. П. встановлює провадження дізнання через військових.

З метою покращення прокурорської діяльності у військових судах Законом закріплювалось положення, за яким при вищих військових судах повинні були працювати прокурори, маючи в своєму розпорядженні Товаришів Прокуратора та кандидатів на військово-судові посади".

Наприкінці документу авторами наголошувалось, що: "Всі військові суди повинні керуватися в своїй організації та діяльності, крім цього закону та закону про військовою підсудність, також

російською XXIV кн. С.В.П. і наказами військової офіції 1917 р. №№336 і 334, оскільки постанови цих законів не будуть суперечити новим законам Української Держави".

Отже з документу ми бачимо, що гетьманський уряд всіма силами намагався взяти кримінальну ситуацію у країні під контроль, також і за допомогою застосування механізму військової юстиції до покарання цивільних осіб. Але тут слід наголосити, що коло суб'єктів з їхнього числа, котрі підпадали під юрисдикцію військово-судових установ, було обмеженим й стосувалося військового часу.

Характеристика діяльності військово-судових установ в Українській Державі була б не повною, якщо б ми не згадали тут про дію німецьких та австрійських військово-польових судів в Україні, які діяли на підставі законів своїх держав, згідно яких до карної відповідальності теж притягали українських громадян. Окупаційні військові суди стали винятковими судами особливого роду в Українській державі. Розгул їх свавілля міністерство юстиції виправдовувало послабленням функцій національного судового апарату. Військова влада Німеччини і Австро-Угорщини прямо зобов'язувала власні військові суди приймати до розгляду будь-які кримінальні справи щодо українських громадян.

Несміливо протестуючи проти такого роду дій, міністерство врешті-решт домовилося з німцями про створення особливої узгоджувальної комісії по розмежуванню функцій військових судів Німеччини і судів України. Формально було досягнуто домовленості про деяке звуження компетенції окупаційних судів і посилення прокурорського нагляду з боку України щодо таких справ. Але на ділі свавілля німецького і австро-угорського судів тривало практично без обмежень.

## ПРАВОВА ОХОРОНА ПАМ'ЯТОК ІСТОРІЇ ТА КУЛЬТУРИ В УКРАЇНСЬКІЙ РСР (1917-1991рр.)

*Т. Курило*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Одним із перших декретів Радянської влади був декрет "Про знесення пам'ятників, споруджених на честь царів та їх слуг і вироблення проектів пам'ятників Російської соціалістичної революції" від 14 квітня 1918 року, який свідчив про ставлення до історичної спадщини. У червні 1918 року було ухвалено рішення "Про націоналізацію Третьяковської галереї", а в липні були прийняті постанови Раднаркому РРФСР "Про встановлення в Москві пам'ятників видатним людям" та "Про затвердження списку пам'ятників видатним людям". 19 вересня Раднарком прийняв декрет про заборону вивезення за кордон художніх цінностей, 5 жовтня – про реєстрацію, взяття на облік і охорону пам'яток мистецтва та старовини, 5 грудня – про охорону наукових цінностей.

Велике значення для поповнення державних музеїв експонатами мистецтва і старовини мав декрет Раднаркому УРСР від 11 березня 1921 року "Про купівлю для державних музеїв у приватних осіб музейних цінностей". В інших законодавчих актах йшлося про націоналізацію музеїв і музейних колекцій, про взяття їх на державний облік, а також про встановлення запобіжних заходів щодо вивезення за кордон творів живопису та історичних реліквій.

Протягом 1919-1920 рр. майже всі музеї України, що існували до 1919 року були націоналізовані і включені в мережу державних музеїв республіканського чи місцевого підпорядкування.

У лютому 1919 року у Харкові, тодішній столиці УРСР було створено державний комітет по охороні пам'яток мистецтва і старовини (ВУКОППіС), де було розглянуто питання про охорону пам'яток історії та мистецтва. Сферою компетенції цієї структури було: проведення реєстрації всіх архівів, бібліотек, монастирів, церков, археологічних пам'яток, розробка проекту по їх охороні, організація центральних національних музеїв в Києві та Харкові, складення археологічної карти України.

Певну роботу у справі охорони пам'яток історії та культури в республіці проводила Київська крайова інспектура по охороні пам'яток, Київський губернський комітет охорони пам'яток мистецтва і старовини, такі діячі, як історик мистецтва Ф. Ернст, український мистецтвознавець та археолог Д.Щербаківський та інші.

На початку 1926 року у складі Наркомату освіти почала діяти Головна інспектура охорони пам'яток культури України, на яку покладалося керівництво пам'яткоохоронною справою. Також працювали чотири крайові комісії з центрами в Харкові, Києві, Одесі та Дніпропетровську.

Передбачалося заснувати подібні комісії в усіх округах і на місцевому рівні. Проте на кінець 20-х поч. 30-х рр. діяло всього 11 округових (з 40 округів) комісій.

Протягом 1927-1929 рр. було проведено первинну реєстрацію пам'яток. На державний облік було взято 562 об'єкти археології, історії та архітектури, а також понад 2000 пам'яток природи.

В другій половині 30-х рр. справу охорони пам'яток було покладено на Управління у справах мистецтв при Раднаркомі України. Проте в його складі не було створено спеціальних структур, у зв'язку з чим реальний контроль поширювався лише на заповідники.

РНК УРСР 11 серпня 1935 року прийняла постанову "Про впорядкування братніх могил". Передбачалося взяти на облік, привести в належний стан, систематично піклуватися про всі могили загиблих червоноармійців.

Проте охорона та збереження пам'яток на протязі 20-30-х рр. мала й трагічні моменти. Так, поширеними були факти руйнування, знищення культурних споруд, пам'яток матеріальної культури. Використовуючи гасла боротьби з релігією та планами перебудови і реконструкції населених пунктів приймалися рішення про руйнування культурних надбань. Так, церковне начиння деяких монастирів

Чернігівщини було перетворене на металобрухт, а давній церковний одяг перекроювався для театральних костюмів, приміщення монастирів перетворювалися на майстерні. Дерманський, Новгород-Сіверський та Преображенський монастирі були передані для потреб психічно хворих.

Початок Другої світової війни та вторгнення німецьких військ зумовили руйнування та знищення історико-культурних цінностей. Нищення історико-художніх цінностей супроводжувалося також їх планомірним пограбуванням. Згідно з директивою рейхсміністра окупованих областей Розенберга рейхскомісару України Коху щодо конфіскації культурних цінностей України від 3 жовтня 1941 року було організовано оперативний штаб для східних областей. Оперативний штаб виявляв, обліковував та конфіскував культурне майно і вивозив його до Німеччини.

Лише в 1942 році до Німеччини з музею Житомира було відправлено колекцію картин (2000 полотен), 11 жовтня 1943 року з музеїв Харкова близько 300 картин та ін. цінностей, 26 жовтня 1943 року культурні цінності з музеїв Києва: унікальні колекції археологічних розкопок в Ольвії, пам'ятки Київської Русі, вітрина запорізької зброї тощо.

Виведення історико-культурних пам'яток з аварійного стану та відновлення діяльності державних органів охорони пам'яток передбачалися постановою РНК УРСР і ЦК КП(б)У від 6 грудня 1945 року "Про заходи до впорядкування стану пам'ятників культури, старовини і природи на території УРСР". Цією постановою було організовано урядову комісію по охороні пам'яток, яка здійснювала загальнодержавний нагляд за пам'ятками та координувала роботу державних органів, що відали охороною, збереженням і використанням історико-культурних цінностей.

14 травня 1954 року у Гаазі міжнародна конференція, скликана ЮНЕСКО, прийняла Конвенцію "Про захист культурних цінностей в разі збройного конфлікту". Українська РСР одна з перших її ратифікувала. Вона була першою міжнародною угодою універсального характеру, в якій було об'єднано багато правових норм, що передбачали охорону культурної спадщини у світовому масштабі.

В конвенції зазначалося, що шкода заподіяна культурним цінностям кожного народу, є шкодою для культурної спадщини всього людства, оскільки кожний народ вносить свій вклад у світову культуру.

Рада Міністрів УРСР 28 серпня 1965 року прийняла постанову "Про організацію республіканського Добровільного товариства охорони пам'яток історії і культури Української РСР". У грудні 1966 року відбувся 1-й установчий з'їзд Товариства, а в червні 1967 року Уряд республіки затвердив Статут цього товариства.

Створення добровільного товариства охорони пам'яток стало вагомою подією пам'яткоохоронної справи в Україні. Вперше за повоєнні роки українська громадськість отримала можливість реально впливати на стан охорони пам'яток в цілому та втручатися в події в разі виникнення небезпеки існуванню конкретних об'єктів історико-культурної спадщини.

У середині 70-х років в Україні сформувалася система охорони пам'яток. Вона ґрунтувалася на засадах відомчого розподілу пам'яток між Міністерством культури (історія, археологія, монументальне мистецтво) та Держбудом (архітектура та містобудування).

Загальна відповідальність за їх збереження покладалася на Раду Міністрів та відповідні обласні, міські, районні ради.

29 жовтня 1976 року Верховною Радою СРСР прийнято Закон "Про охорону і використання пам'яток історії та культури". Відповідно до союзного Закону Верховна Рада УРСР 13 липня 1978 року прийняла Закон УРСР "Про охорону і використання пам'яток історії та культури". Закон встановлював основні принципи охорони і використання пам'яток, визначав відповідні права і обов'язки державних установ, громадських організацій та громадян. Закон передбачав правовий режим власності на пам'ятки історії та культури та порядок їх відчуження.

Для збереження культурних цінностей та запобігання їх вивезенню за кордон Рада Міністрів СРСР 12 листопада 1979 року прийняла відповідну постанову. В ній зазначалися заходи щодо попередження вивозу пам'яток за межі країни, а також посилення охорони музеїв, художніх галерей та інших сховищ культурних цінностей.

В Конституції СРСР та Конституції УРСР було проголошено, що держава турбується про охорону, примноження і широке використання духовних цінностей для морального і естетичного виховання радянських людей, підвищення їх культурного рівня.

Як зазначає провідний український фахівець, д.ю.н., професор Акуленко В.І., шлях становлення і розвитку радянського законодавства про охорону культурної спадщини є суперечливим та неоднозначним. Неоднаковим було ставлення до пам'яток минулого на всіх етапах, є здобутки в їх збереженні і реставрації, є немалі втрати та волюнтаристські перекося.

На сьогодні актуальним є питання не тільки висвітлення досягнень та помилок, що мали місце за часів радянської влади, а й вироблення належних висновків для подальшого розвитку українського законодавства в галузі охорони культурної спадщини.

**FILOZOFICZNE ASPEKTY REGULACJI NIELECZNICZYCH ŚRODKÓW  
ZABEZPIECZAJĄCYCH W POLSKIM KODEKSIE KARNYM Z 1932 r.***F. Cieply*

Polski kodeks karny z 1932 r. opierał się na nowoczesnych zasadach – na zasadzie subiektywizmu oraz indywidualizacji odpowiedzialności karnej. Podstawą ukarania przestępcy była wina. Kodeks utrwał zasady, które współcześnie zalicza się do podstawowych standardów praw człowieka. Kodeks miał jednak charakter dwutorowy. Oznacza to, że posługiwał się zarówno karami, jak i środkami zabezpieczającymi. Podstawowym celem stosowania środków zabezpieczających była ochrona społeczeństwa przed najbardziej niebezpiecznymi przestępcami. Środki te zrywały ścisły związek pomiędzy czynem, winą i sankcją. Były podobne do kar, ale nie były karami. Były środkami prewencji, a nie represji. Były stosowane nie jako reakcja na czyn, ale jako odpowiedź na niebezpieczeństwo sprawcy. Patrząc z dzisiejszej perspektywy ich obecność w katalogu sankcji tak nowoczesnego kodeksu może wydawać się niezrozumiała i nieuzasadniona. Dlatego aby zrozumieć *ratio legis* tamtych konstrukcji należy uwzględnić kontekst historyczny ówczesnej doktryny prawa karnego i kryminologii. Koncepcja środków zabezpieczających jest bowiem ściśle związana z rozumieniem genezy przestępstwa oraz z koncepcją kary.

*1. Podłoże filozoficzne*

Od połowy XIX wieku prawo karne oparte na zasadach klasycznej szkoły prawa karnego zaczęło przeżywać kryzys. Społeczeństwa Europy Zachodniej, dzięki dynamicznie rozwijającej się statystyce, zostały przysłonięte wiadomościami o wzroście przestępczości. Europejska opinia publiczna poddała w wątpliwość skuteczność dotychczasowych środków karnych. W tym samym czasie w coraz szerszych kręgach wzbudzały zainteresowanie teoria ewolucji K. Darwina oraz nauka o dziedziczności i biologii ras. Popularność zdobywały poglądy A. Comte'a i H. Spencera, którzy widzieli społeczeństwo na sposób biologiczny, a zachowania społeczne interpretowali w świetle praw przyrody. W myśl idei organicznych należało podjąć wyężone próby zwalczania różnorodnych chorób, które niszczyły społeczny organizm.

Na tym podłożu zrodziły się nowe koncepcje kryminologiczne oraz alternatywne sposoby walki z przestępczością. W 1876 r. C. Lombroso ogłosił tezę, że przestępstwo jest atawizmem, zwyrodnieniem natury, właściwością przyrodzoną pewnych typów ludzi, zapoczątkowując tym samym antropologiczną (pozytywną) szkołę prawa karnego. W 1881 r. E. Ferri wskazał, że przyczyny zachowań przestępczych tkwią w czynnikach zewnętrznych, środowiskowych. Rok później F. von Liszt uzależnił przestępstwo od natury i otoczenia z akcentem na otoczenie. Był to załazek nurtu socjologicznego w prawie karnym. W najbliższych dekadach słuszność nowych idei zdawały się potwierdzać wyniki psychologicznych badań Z. Freuda, według którego przestępstwo było tylko zewnętrznym przejawem głęboko uwięzionych afektów czy zaburzeń mózgowych. Amerykanie M. Shlapp i E. Smith próbowali nawet wytłumaczyć przestępczość na drodze chemicznej twierdząc, że źródłem zachowań sprzecznych z normami prawa karnego są zaburzenia określonych gruczołów wewnętrznych.

Cechą wspólną tych poglądów było podważenie zasady wolnej woli i odpowiedzialności człowieka za swoje zachowanie (determinizm), a co za tym idzie zanegowanie kary kryminalnej jako sprawiedliwej odpłaty za czyn. Akcent przesunął się od tej pory w mniejszym lub większym stopniu w stronę środków ochronnych, które zabezpieczyłyby społeczeństwo przed niebezpiecznymi (aspołecznymi) osobnikami. Na Zachodzie Europy poglądy te postrzegano jako nowoczesne, realistycznie ujmujące rzeczywistość kryminalną oraz dające nadzieję na skuteczność walki z przestępczością.

Na ziemiach polskich jako pierwszy z polskich autorów poglądy Lombrosa ocenił krytycznie L. Krzywicki jeszcze w latach osiemdziesiątych XIX wieku. Krzywicki zaprzeczał istnieniu przestępcy urodzonego, ale uważał, że istnieją ludzie o szczególnie mocnych skłonnościach do popełnienia przestępstwa i takim należy wymierzać kary uwzględniając typ sprawcy. E. Krzymuski, reprezentant szkoły klasycznej prawa karnego, nie uległ wpływom antropologicznym. Widział w nich aspekty pozytywne, ale generalnie zarzucał im zanegowanie wolnej woli, "co może doprowadzić do upadku porządku moralnego, na którym opiera się prawo karania". Profesor prawa karnego uniwersytetu lwowskiego F. Gryziecki, w swojej pracy z 1891 r. wzorował się na Liszcie. Uznawał istnienie przestępców niepoprawnych, "których nie można ani poprawić, ani odstraszyć, a których należy uczynić nieszkodliwymi".

Z autorów młodszych kategoryzując przestępców niepoprawnych oraz celowość orzekania wyroków nieoznaczonych akceptował A. Mogilnicki oraz W. Makowski. Makowski uważał, że przestępców należy badać pod kątem społecznej szkodliwości. Koncepcję winy i czynu uznał za "przeżytek indeterminizmu", a więzienia chciał zastąpić instytucjami o charakterze więziennie-szpitalnym. Najwybitniejszy przedstawiciel polskiej doktryny prawa karnego, a zarazem główny twórca kodeksu z 1932 r. – J. Makarewicz – genezę przestępstwa widział zarówno w czynnikach biologicznych ("niskich porywach ludzkiej natury"), jak i w czynnikach społecznych (alkoholizm, rozprężenie rodziny, brak religijności). Kładł nacisk na wagę rodzinnego i religijnego wychowania, aczkolwiek twierdził, że istnieją przypadki, w których sumienne wychowanie nie jest w stanie oddziaływać skutecznie. Klasycznej szkole prawa karnego zarzucał operowanie abstrakcyjnym pojęciem przestępcy, jako wyłącznie "człowieka, który wszedł w konflikt z ustawą karną", przez co zaniedbano rozróżnienie rzeczywistych, indywidualnych różnic pomiędzy przestępcami. Sam w swoich pracach poświęcił wiele miejsca problematyce "stanu niebezpieczeństwa". V Zjazd Prawników i Ekonomistów Polskich, który odbył się we Lwowie w 1912 r. można uznać za oficjalny zwrot polskiej nauki prawa karnego w stronę zapatrywania szkoły socjologicznej. To ukierunkowanie nie pozostało bez znaczenia dla późniejszej regulacji środków zabezpieczających.

## 2. Nielecnicze środki zabezpieczające – zagadnienia doktrynalne

Centralnym zagadnieniem rozwijającej się polityki kryminalnej była kwestia stosowania środków zabezpieczających. Wśród autorów byli tacy, którzy chcieli całkowicie zanegować instytucję kary kryminalnej i w pełni zastąpić ją środkami ochronnymi, aczkolwiek bardziej liczni byli zwolennicy dwutorowości środków: kara + środki zabezpieczające. Skrajne stanowisko, czyli postulat stopniowego wyeliminowania kar z kodeksu karnego, przyjmowali w początkowym okresie: L. Radzinowicz, A. Ettinger, a w sposób najbardziej radykalny mjr dr B. Matzner, który wystąpił z koncepcją społecznego "stanu groźności", którego stwierdzenie uprawniałoby państwo do zastosowania środków zabezpieczających pomimo braku przestępstwa (środki predeliktualne). Za kodyfikacją dwutorową opowiadali się: Reinhold, Krzymuski, Makarewicz, Glaser, Wróblewski, Rappaport i inni. Warto zauważyć charakterystyczną prawidłowość, iż stosunek polskich uczonych do środków zabezpieczających zmieniał się. Po pierwotnej fascynacji kierunkami pozytywistycznymi tonowali swoje poglądy uznając, że środki zabezpieczające powinny być stosowane nie zamiast, ale obok kary. W doktrynie prawa karnego tamtego okresu wśród nielecniczych środków zabezpieczających omawiano najczęściej następujące instytucje: 1) domy pracy przymusowej, 2) zakłady dla przestępców niepoprawnych, 3) przymusową sterylizację przestępców.

### a) domy pracy przymusowej

Od połowy XIX w. zwolennicy kierunków pozytywistycznych, w niechęci do pracy osób bezdomnych, żebraków, włóczęgów, prostytutek, sutenerów, zawodowych graczy hazardowych itp., dostrzegali źródło popełnianych przez nich przestępstw. Zapobiegać nowym przestępstwom w tego typu środowiskach można więc było jedynie przez zwalczanie wstępu do pracy i przyzwyczajanie do uregulowanego trybu życia, wypełnionego pracą. Temu miały służyć instytucje domów pracy przymusowej. Geneza przymusowej pracy przestępców sięga jednak głębiej, bo aż do przełomu XV/XVI w. Pierwsze więzienia zakładane w tym czasie były faktycznie zakładami zabezpieczającymi. Oprócz przestępców gromadzono w nich włóczęgów, żebraków, ludzi o nieokreślonym źródle dochodu czy miejscu zamieszkania. Domy pracy funkcjonowały później w Prusach, Austrii, Szwajcarii. Obowiązujące w Królestwie Polskim: Kodeks kar głównych i poprawczych z 1847 r. oraz rosyjski kodeks karny z 1903 r. zawierały także tzw. przepisy przeciw-włóczęgowskie. Idea wprowadzenia do polskiego kodeksu karnego instytucji domów pracy przymusowej nie była więc rozwiązaniem nowatorskim. Obecność sankcji pracy przymusowej w takiej czy innej formie była żywa w świadomości prawników i opinii społecznej.

### b) zakłady dla niepoprawnych

Koncepcja izolowania w specjalnych zakładach określonych kategorii przestępców, wywodzi się bezpośrednio z dziewiętnastowiecznych teorii pozytywistycznych. Pod wpływem postulatów kryminologii w doktrynie prawa karnego wyróżniano następujące typy przestępców:

- *niepoprawni* – to generalnie przestępcy, których kara kryminalna nie jest w stanie zmotywować do poszanowania norm prawa karnego;
- *recydywiści* – którzy ponownie dopuścili się popełnienia przestępstwa. Zależność pomiędzy recydywistą a przestępcą niepoprawnym jest taka, że nie każdy recydywista musi być przestępcą niepoprawnym, natomiast każdy przestępca niepoprawny popada w recydywę;
- *zawodowi (z rzemiosła)* – to ci, którzy z częstego popełniania przestępstw stworzyli sobie wyłączone lub przeważające źródło dochodu;

- *nałogowi (z nawyknięcia)* – którzy popełniają przestępstwa jako rzecz zwyczajną, nie mogąc się od tego powstrzymać, chociaż nie przynoszą im one dochodu. Ta kategoria dotyczyła najczęściej przestępców seksualnych.

Problematyka niepoprawności przestępców to rdzeń rozważań na temat nieleczniczych środków zabezpieczających. Podstawowe pytania, jakie się w związku z tym pojawiały to: Czy istnieje grupa przestępców niepoprawnych? Jakie kryteria służą do rozpoznania tej grupy? Jak powinno reagować na tę grupę prawo karne? Istnienie typu przestępców niepoprawnych uznawała zdecydowana większość uczonych. Jeśli chodzi o kryteria niepoprawności, przyjmowano najczęściej stwierdzenie wielokrotnej recydywy oraz szczególnie rodzaj charakterologiczny sprawcy, jego motywacje i strukturę psychiczną. W zakresie prawno-karnych środków postulowano bezwzględną izolację.

### *C sterylizacja*

Idea przymusowej sterylizacji przestępców powstała na gruncie założeń deterministycznych oraz uznania struktury wrodzonych i dziedzicznych cech przestępczych. Dynamicznie rozwijająca się eugenika pracowała nad powiększeniem populacji ludzi utalentowanych, pełnowartościowych, a jednocześnie chciała wypracować naukowe metody ograniczenia rozmnażania się ludzi stanowiących ciężar dla społeczeństwa. Jeśli przestępstwo jest dziedziczne, to ubezplodnienie całych grup przestępców znacząco zmniejszyłoby wskaźnik przestępstw popełnianych w przyszłości, zmniejszyłoby ilość samych przestępców.

W Polsce zwolennicy sterylizacji stanowili zdecydowaną mniejszość. Pod koniec lat trzydziestych Prokurator Sądu Najwyższego St. Czerwiński postulował wprowadzenie sterylizacji do systemu prawa jako jeden ze środków profilaktyki kryminalnej. W 1935 r. Polskie Towarzystwo Eugeniczne opublikowało projekt ustawy "o zmniejszeniu ciężarów związanych z opieką społeczną", który zmierzał do wprowadzenia do polskiego ustawodawstwa zabiegów pozbawiających płodności w celu hamowania rozrodczości "ludzi niepożądanych". Do tej grupy zaliczono m.in.: nałogowych i zawodowych przestępców, odczuwających wstręt do pracy, żebraków i włóczęgów. W tym samym roku na łamach czasopisma "Higiena Psychiczna" H. Żółtowski opublikował projekt nowego rozdziału kodeksu karnego, który dawałby sądom możliwość orzeczenia przymusowej sterylizacji wobec sprawców całkowicie i częściowo niepoczytalnych, alkoholików, narkomanów, osób przejawiających wstręt do pracy, trzykrotnych recydywistów oraz przestępców zawodowych i z nawyknięcia.

Projekty legalizacji sterylizacji napotkały wyraźny sprzeciw ze strony opinii publicznej. Dlaczego idea sterylizacji napotkała w Polsce na tak duży opór? G. Wirszubski (zwolennik kastracji przestępców-sic!) w 1935 r. wyraził opinię, że poglądy prosterelizacyjne nie znalazły w Polsce podatnego gruntu ze względu na przekonania moralne katolickiego społeczeństwa. Warto zauważyć, że Papież Pius XI w 1930 r. w encyklice "O małżeństwie chrześcijańskim" (*Casti Conubii*) oficjalnie potępił sterylizację. Oto wyjątek z encykliki: "Państwu nie przysługuje żadna bezpośrednia władza nad ciałem podwładnych. Jeśli nie ma winy i tym samym powodu do kary cielesnej, nie wolno mu naruszyć całości ciała albo go kaleczyć, ani ze względów eugeniki, ani z jakichkolwiek innych powodów". Propozycja wprowadzenia dodatkowego nieleczniczego środka zabezpieczającego w postaci przymusowej sterylizacji przestępców nie pojawiła się w trakcie prac nad projektem kodeksu.

### *3. Środki ochronne w kodeksie karnym z 193 r.*

Kodeks karny wszedł w życie na mocy Rozporządzenia Prezydenta RP z 11 lipca 1932 r. Wprowadził dwa rodzaje nieleczniczych środków zabezpieczających o charakterze izolacyjnym. Były to:

- umieszczenie w domu pracy przymusowej dla sprawców "ze wstrętem do pracy" (art.83 k.k.);
- umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych: dla recydywistów, przestępców "nałogowych" i "zawodowych" (art.84 k.k.).

Warunkiem ich orzeczenia było: a) popełnienie przestępstwa – co uniemożliwiało zastosowanie środków zabezpieczających tytułem prewencji predeliktualnej; b) stwierdzenie stanu niebezpieczeństwa przestępcy.

Przestępcą mógł być umieszczony w **domu pracy przymusowej** po odbyciu kary, jeżeli jego czyn pozostawał "w związku ze wstrętem do pracy". O umieszczeniu sąd orzekał w wyroku. Czas trwania tego środka wynosił ustawowo pięć lat, jednak już po upływie roku sąd w formie postanowienia mógł zarządzić wcześniejsze zwolnienie (art.83 §2).

Obligatoryjne umieszczenie w **zakładzie dla niepoprawnych** po odbyciu kary kodeks przewidywał wobec: a) recydywistów, którzy popełnili przestępstwo po raz czwarty (przy czym poprzednie trzy skazania można policzyć jako powrót do przestępstwa według zasad art.60), b) przestępców zawodowych, c) przestępców nałogowych.



W każdym przypadku warunkiem umieszczenia w zakładzie było stwierdzenie, że zachodzi ze strony sprawców niebezpieczeństwo dla porządku prawnego. Kodeks przewidywał, że zamknięcie w zakładzie dla niepoprawnych "trwa w miarę potrzeby, w każdym razie najmniej 5 lat". Oznaczało to, że ustawa nie określała zasadniczych granic trwania zamknięcia. Możliwe było przetrzymywanie dożywotnie. Kodeks przewidywał jednak okresowe (co 5 lat), obligatoryjne badanie czy konieczne jest pozostawanie przestępcy w zakładzie na dalszy okres. Z tego wynika, że mimo nazwy zakładu, kodeks nie traktował umieszczonych w nim przestępców jako absolutnie i nieodwołalnie niepoprawnych. Pobyt w zakładzie dawał możliwość poprawy i powrotu do społeczeństwa.

Instytucja domu pracy przymusowej nie została wprowadzona w życie ze względu na brak przepisów wykonawczych. Zakłady dla niepoprawnych powstały w Koronowie, Lublińcu, Bojanowie oraz Trzemasznie. Generalnie sędziowie niechętnie korzystali z tej instytucji. Tłumaczono to przywiązaniem sędziów do wyrokowania na podstawie ciężkości przestępstwa, nie zaś odpowiednio do stanu niebezpieczeństwa sprawcy. Po II wojnie światowej sądy w dalszym ciągu wydawały wyroki o umieszczeniu w zakładzie dla niepoprawnych. Jako pierwsze typologię przestępców wykreśliło prawo karne procesowe w 1949 i 1950 r. Wykreślone z k.p.k. pojęcia przestępcy nałogowego i przestępcy zawodowego przekreśliło praktyczne znaczenie art. 84 k.k.

1 stycznia 1970 r. kodeks z 1932 r. przestał formalnie obowiązywać. Nowa ustawa karna z 1969 r. zawęziła katalog środków zabezpieczających i wyeliminowała już formalnie z polskiego prawa karnego nielecnicze środki zabezpieczające o charakterze izolacyjnym. Na miejsce zakładu dla niepoprawnych ustawodawca socjalistyczny wprowadził jednak postpenalny środek resocjalizacji recydywistów – ośrodek przystosowania społecznego, który w rzeczywistości przypominał przedwojenne zakłady dla niepoprawnych. Aktualnie obowiązujący kodeks karny z 1997 r. w katalogu sankcji nie zawiera nielecniczych środków zabezpieczających o charakterze izolacyjnym.

#### 4. Podsumowanie

W pierwszych dekadach XX w. nielecnicze środki zabezpieczające zdobyły sobie wielką popularność w europejskiej doktrynie prawa karnego. Miały one stanowić remedium na nieskuteczność prewencyjną kary pozbawienia wolności. Powtarzającym się leitmotiwem szerokich dyskusji nie było pytanie: "Czy należy stosować środki ochronne w prawie karnym?", ale "Czy środki ochronne mają zastąpić karę całkowicie, czy tylko ją uzupełnić?". Polski kodeks karny z 1932 r. miał charakter dwutorowy. Wyszedł naprzeciw nowoczesnym nurtom kryminologicznym i polityczno-kryminalnym. Środki zabezpieczające w postaci w jakiej występowały w kodeksie należą już do historii prawa karnego, w tamtym czasie były jednak nowością.

Kodeks nie stał na stanowisku bezwzględnej niepoprawności przestępców – jak mu to niejednokrotnie zarzucano. Takie zarzuty wynikają z nieporozumień terminologicznych. Jeśli sprawcy zarzucano niepoprawność, to tylko w perspektywie wielokrotnie przebytej już drogi penitencjarnej, która pokazywała, że *do tej pory* kara go ani nie poprawiła, ani nie odstraszyła. Ustawa nie wykluczała możliwości powrotu do społeczeństwa. Świadczy o tym obowiązek okresowego badania przez sąd stanu niebezpieczeństwa umieszczonych.

Na dewaluację typologii przestępców, czyli poglądów leżących u podstaw stosowania środków ochronnych wpłynęła II wojna światowa. Ideologia rasistowska oparta na pseudonaukowych twierdzeniach antropologów i genetyków doprowadziła do programowych mordów milionów ludzi. Rasa miała świadczyć o wrodzonej antyspołeczności. Ludzkość zareagowała na informacje o nieludzkich zbrodniach odrodzeniem idei praw człowieka. Wszelkie szczegółowe podziały ludzi straciły na znaczeniu. Zaczęto podkreślać godność każdej osoby ludzkiej oraz powszechny i niezbywalny charakter praw człowieka.

Doświadczenie II wojny światowej i związane z nią nadużycia represji karnej przyniosły falę postulatów humanitaryzacji prawa karnego. Ale chociaż prawo karne pożegnało się z instytucją nielecniczych środków zabezpieczających idee, które się za nimi kryły wcale do końca nie zbankrutowały. Na fali powojennej odnowy zrodziły się bowiem tzw. ruchy "obrony społecznej", które sankcję karną także chciały przemianować na środek prewencji specjalnej. Cechą tych doktryn było odrzucenie klasycznych zasad odpowiedzialności karnej, skrajny subiektywizm i mocno przesadzony ideał resocjalizacyjny. Humanistyczne i humanitarne kierunki "obrony społecznej" zapoczątkowane przez Ph. Gramaticę i M. Ancela uznały za fikcję takie pojęcia jak wolna wola, czy wina. Z sankcji chciano wyeliminować dolegliwość, karanie zastąpić leczeniem. Zanegowano po raz kolejny koncepcję kary jako sprawiedliwej odpłaty. W związku z tym do końca XX wieku w literaturze penologicznej dominowały zagadnienia wyprowadzone paradoksalnie z tego samego źródła co przedwojenne koncepcje stosowania środków ochronnych. Nauka o karze na całym świecie zasymilowała hasła: izolacji, uniemożliwienia, resocjalizacji, rehabilitacji, reedukacji itd. Nielecnicze środki zabezpieczające stały się więc ogniwem w ewolucji rozumienia kary.

Według klasycznych zasad odpowiedzialności prawo karne powinno być zbudowane na zasadzie wolnej woli. Warunkiem pociągnięcia człowieka do odpowiedzialności karnej jest bowiem uznanie jego wolności, wyrażającej się w tym, że on sam jest autorem własnych decyzji i czynów. Człowiek popełnia przestępstwo dlatego, że chce, a nie dlatego, że jest do tego wewnętrznie zmuszony (zdeterminowany), i właśnie dlatego za nie odpowiada. Z wolności wynika także możliwość poprawy. U podstaw stosowania nielecniczych środków zabezpieczających leżała deterministyczna wizja człowieka rozpowszechniona w prawie karnym głównie przez pozytywistyczne teorie kryminologiczne. Ze względu na wolność człowieka prawo karne nie powinno wracać do tych środków. Z tego samego powodu nie powinno także rezygnować z kary. Przed karą należy stawiać jednak realistyczne cele. Konsekwencją wolności jest bowiem nie tylko niemożność stwierdzenia absolutnej niepoprawności, ale także niemożność zagwarantowania skuteczności oddziaływań resocjalizacyjnych. Jeśli przestępca ma wolną wolę, to sam siebie może uczynić niepoprawnym. Jeżeli nie chce, żadne metody medyczne, psychologiczne, pedagogiczne mu nie pomogą. Tego jednak nigdy nie da się założyć z góry. Jak stwierdził jeden z niemieckich praktyków więziennictwa Krebs: "o niepoprawności człowieka można orzec najwcześniej w jego nekrologu". Winnych popełnienia przestępstwa należy karać, chorych należy leczyć, przed bezpośrednim zamachem człowiek ma prawo się bronić. To są zasady uniwersalne, które zapewne nie tracą na swej aktualności.

## SYSTEM OBSADY FOTELE SĘDZIOWSKICH W POCZĄTKOWYM OKRESIE ISTNIENIA PARLAMENTU PARYSKIEGO

*W. Bednaruk*

*Katolicki Uniwersytet Lubelski*

Parlament we Francji był najwyższym sądem rozpatrującym w imieniu króla apelacje od wyroków sądów niższej instancji. Wyodrębnił się on ze składu Rady Królewskiej na początku XIII wieku, stopniowo rozszerzając zakres swoich kompetencji. Rozwój właściwości Parlamentu postępował niemal do końca XV wieku, kiedy to objął on swoją jurysdykcją całość spraw karnych, cywilnych oraz częściowo administracyjnych.

Oprócz kompetencji sędziowskich miał też Parlament pewne uprawnienia administracyjne, takie jak nadzór nad urzędnikami prowincjonalnymi, a także uprawnienia w dziedzinie ustawodawczej. Do tych ostatnich możemy zaliczyć obowiązek rejestracji i stosowania w praktyce ordonansów królewskich, rozporządzeń i zarządzeń, które władca przysyłał Parlamentowi w celu wciągnięcia do prowadzonych przez niego rejestrów. Na początku XIV wieku obarczono sąd najwyższy obowiązkiem badania nadesłanych aktów prawnych pod kątem ich zgodności z zasadami obowiązującego we Francji prawa. W razie stwierdzenia niezgodności danego aktu z zasadami prawa, Parlament odsyłał go królowi. Uprawnienie do badania wydawanych przez króla ordonansów miało zapobiegać wcielaniu w życie aktów przypadkowych, wydanych pochopnie, nieświadomie lub też błędnie skonstruowanych. Korzystając z przysługującego mu prawa odmowy rejestracji aktów niezgodnych z zasadami obowiązującego prawa, uzyskał Parlament z czasem przywilej kontroli ordonansów królewskich, poprzez możliwość odmowy zarejestrowania tych aktów, nazywano tę instytucję "remonstracją".

Sędziowie Parlamentu francuskiego nazywani byli radcami. Od początku istnienia tej instytucji radcy powoływani byli przez króla. We wczesnym okresie funkcjonowania Parlamentu, kiedy nie wyodrębnił się on jeszcze całkowicie z Rady Królewskiej, jego skład nie był stały. Sesje sądu odbywały się w miarę potrzeby dwa, trzy a później cztery razy do roku. Na każdą sesję król powoływał nowych sędziów, najczęściej spośród członków swojej Rady zwanej Kurią (*curia regis*). Poczynając od panowania króla Ludwika IX, można zaobserwować pewną ciągłość w składzie Parlamentu, ponieważ władca wyznaczał ciągle te same osoby na kolejne sesje. W tym wczesnym okresie, funkcje sędziowskie sprawowali: urzędnicy nadworni, dostojnicy świeccy i duchowni, najwięksi feudałowie Francji. Z czasem jednak ilość napływających do Parlamentu spraw oraz stopień ich skomplikowania wzrastał, w miarę powiększania się domeny królewskiej i podporządkowywania jurysdykcji sądów królewskich coraz nowych terenów. Pojawiła się więc potrzeba zastąpienia niefachowych lenników przez wykształconych prawników. Już od XII wieku władcy zaczęli więc (początkowo sporadycznie, później coraz częściej) powoływać w skład Rady zaufane osoby spośród biedniejszego rycerstwa i niższego duchowieństwa, a nawet osoby pochodzenia plebejskiego, które miały zajmować się sprawami sądowymi. Ci nowi członkowie Kurii, zwani byli legistami, znawcami prawa. Ludzie ci to absolwenci uniwersytetów, biegli w prawie rzymskim, a czasem też kanonicznym. Grupa legistów w łonie Rady coraz bardziej się powiększała, otrzymując od monarchy stałą delegację do rozpatrywania spraw w jego imieniu i pod jego nieobecność, jako Rada Królewska, w parlamencie" (czyli w miejscu, w którym się rozmawia). W połowie XIII wieku wykształceni prawnicy stanowili już dość liczną, bo kilkudziesięciuosobową grupę w otoczeniu króla. W tym okresie postępował proces usuwania z Parlamentu, osób nie mających fachowego przygotowania, dalej zasiadali w nim dostojnicy duchowni i wielcy feudałowie, ale z roku na rok było ich coraz mniej. Proces ten powodował liczne protesty arystokracji świeckiej i duchownej, której prawo lenne gwarantowało przywilej odpowiadania tylko przed równymi sobie. Coraz bardziej plebejski Parlament nie dawał im już takiej gwarancji. Ulegając naciskom arystokracji, monarchowie francuscy poręczyli utrzymanie, tego przywileju w stanie nienaruszonym. Pozostawiono więc w składzie Parlamentu dostateczną liczbę tzw. parów Francji, którzy w przypadku rozpatrywania sprawy para, stanowili Sąd Parów. Sędziowie ci stanowiący czynnik niefachowy nie uczestniczyli w posiedzeniach, na których rozpatrywano inne sprawy (chyba, że spełniali dodatkowe kryteria związane z wykształceniem).

Kandydaci na radców sądu najwyższego kształcili się początkowo na uniwersytecie paryskim, jednak w 1219 roku papież Honoriusz III zakazał wykładania prawa świeckiego na tym uniwersytecie. Musieli więc zdobywać wiedzę na uniwersytecie w pobliskim Orleanie, gdzie nauka prawa stała na wysokim poziomie

(król Filip III Śmiały, tak bardzo cenił legistów wykształconych na tym uniwersytecie, że w okresie jego panowania praktycznie zmonopolizowali oni stanowiska dworskie i zarządzali państwem w imieniu władcy), lub na innych uniwersytetach francuskich. Początkowo przedmiotem studiów prawniczych było wyłącznie prawo rzymskie (obowiązujące na południu kraju) lub kanoniczne, nie nauczano zaś w ogóle, lub tylko na marginesie właściwego programu, prawa zwyczajowego, obowiązującego na północy Francji. Poważnym problemem utrudniającym naukę i stosowanie prawa zwyczajowego, był brak oficjalnych spisów tego prawa, aż do początku XVI wieku. Powstawały natomiast od XIII wieku prywatne spisy prawa zwyczajowego, a na przełomie XIII i XIV wieku wydano zbiory wyroków Parlamentu paryskiego.

W połowie XIV wieku, w okresie panowania króla Filipa VI, został ostatecznie ustalony skład Parlamentu oraz określona liczba jego członków. Od tej pory zasiadało w nim 78 sędziów (nie licząc prezesów poszczególnych izb). Większość członków Parlamentu stanowili radcy duchowni, było ich 44, sędziów świeckich zaś było 34. Członków sądu najwyższego powoływał król dożywotnio, mógł jednak odwołać swą nominację. Usunięcie radcy parlamentarnego ze stanowiska było rzadkością, czasem jednak się zdarzało np.: w 1357 roku podczas posiedzenia Stanów Generalnych, zażądano od króla usunięcia złych doradców i nieuczciwych urzędników, „Postanowiono zatem, że ci urzędnicy zostaną raz na zawsze pozbawieni swoich godności. Byli wśród nich prezydenci parlamentu, naczelnicy Izby Obrachunkowej, referendarze Izby Skarg Pałacu oraz inni urzędnicy pałacu jego wysokości...”

Na przełomie XIV i XV wieku Parlament uzyskał prawo samodzielnego wyboru swoich członków, na miejsce opróżnione wskutek śmierci jednego z radców. Jednak już w połowie XV wieku przywrócono stary system nominacji królewskiej, Parlament zaś uzyskał przywilej wskazywania trzech kandydatów, spośród których władca wybierał jednego i powoływał go w skład sądu najwyższego. Jeśli któryś z radców chciał ustąpić z zajmowanego stanowiska – z racji podeszłego wieku lub z innych przyczyn – miał prawo wskazania swojego następcy, spośród trzech kandydatów przedstawionych królowi. Zwyczaj ten wzorowany był na kościelnej instytucji *resignatio in favorem*. W zamian za wskazanie jednego z kandydatów, ustępujący sędzia otrzymywał od swojego następcy prezent. Prezent ten, początkowo czysto symboliczny, z czasem przekształcił się w dużą sumę pieniędzy i był swoistym zabezpieczeniem emerytalnym dla radców. *Ordonanse* królewskie zabraniały pod groźbą surowych kar, tej ukrytej formy sprzedaży urzędów. *Proceder* jednak nie zniknął, wręcz przeciwnie rozszerzył się na całą administrację, pomimo wprowadzonej przysięgi, składanej przed objęciem danego stanowiska, w której kandydat zapewniał, że nie nabył urzędu za pieniądze. W późniejszym okresie monarchia zaakceptowała, taką formę przekazywania stanowisk. Od tej pory sędzia Parlamentu można było zostać wyłącznie drogą dziedziczenia, bądź też kupna urzędu.

Z czasem królowie nauczyli się korzystać z tej instytucji, dla powiększania swych dochodów – zwiększali liczbę miejsc w Parlamencie i zapewniali sobie dopływ gotówki. W XV wieku zwyczaj sprzedawania i kupowania urzędów tak się rozpowszechnił, że król Franciszek I wprowadził oficjalną sprzedaż stanowisk przez państwo – na początku XVI wieku. Utrzymała się więc odpłatna rezygnacja ustępującego radcy, tyle że odtąd korzystała na tym również korona. Karol IX uznał ważność odpłatnej rezygnacji na rzecz osoby trzeciej, pod warunkiem uiszczenia pewnej, dosyć dużej, kwoty na rzecz króla. Jeśli zaś sędzia (lub inny urzędnik) zmarł nie wskazując następcy lub zmarł przed upływem 40 dni od dnia dokonanej rezygnacji, wówczas urząd wracał do króla. Wkrótce znaleziono sposób, by i ten przepis ominąć, wypracowano zasadę zwaną *survivance*, zgodnie z którą sprzedający urząd mógł wyznaczyć swojego następcę wcześniej i dopełnić wszelkich formalności, związanych z przekazaniem stanowiska (w tym opłacić koronie specjalny podatek od cesji), choć nominalnie sprawował je do śmierci. Nabywca przejmował wszelkie kompetencje i obowiązki, a po śmierci poprzedniego właściciela urzędu, również nominalny tytuł.

Jeszcze dalej w tej kwestii poszedł Henryk IV w 1604 roku, który pozwolił nabywcom urzędu sprzedawać go dalej i przekazywać dziedzicom w zamian za opłacanie swoistej renty królowi – rocznie 1/60 część ceny urzędu. System tych opłat nazwany został od nazwiska jego wynalazcy Charles'a Pauleta – La Paulette lub potocznie *paulette* i w znacznym stopniu uniezależnił od władcy dobór kadr urzędniczych, ponieważ władca, jeśli nie zachodziły jakieś ważne przeszkody (na przykład brak odpowiedniego wykształcenia), nie mógł odmówić nominacji nabywcy urzędu. Ustalono też wysokość opłaty uiszczanej królowi przy zmianie właściciela, miała ona wynosić 1/8 część ceny urzędu. Już kilka lat przed tą reformą w 1598 roku wykreślono z tekstu przysięgi, składanej przy obejmowaniu stanowiska, oświadczenie, iż kandydat nie nabył urzędu za pieniądze.

Reforma ta, która tylko ujęła w ramy prawne od dawna funkcjonujący zwyczaj, przyczyniła się do znacznego powiększenia dochodów królewskich, spotkała się jednak z szeroką krytyką współczesnych, szczególnie szlachty rodowej. Zarzucano jej, że może przyczynić się do zmniejszenia wymagań, stawianych kandydatom; że wzrosną opłaty, gdy właściciele stanowisk przerzucą ciężar renty na klientów. Istotnie

częściowa utrata kontroli nad obsadą stanowisk w sądownictwie i administracji, stwarzała takie zagrożenie. Jednak negatywne aspekty tej reformy ujawniły się w pełni dopiero w następnym wieku, zaraz po jej wprowadzeniu zaś dała pozytywne rezultaty w postaci znacznego wzrostu prestiżu posiadaczy urzędów, zwłaszcza radców Parlamentu.

Zyski osiągane z paulette i ze sprzedaży nowych urzędów przerosły najśmielsze oczekiwania. Tuż po wprowadzeniu nowego systemu Charles Paulet utworzył wraz z grupą finansistów francuskich specjalne konsorcjum, które wydzierżawiło od korony prawo do ściągania nowego podatku. W pierwszym roku konsorcjum zapłaciło władcy milion liwrów tytułem dzierżawy, w następnych latach zyski monarchy z tego tytułu ciągle rosły, dochodząc w latach dwudziestych XVII wieku do dwudziestu i więcej milionów liwrów rocznie.

Konsekwencją ukształtowania się systemu sprzedaży stanowisk sędziowskich w Parlamencie, była praktyczna nieusuwalność radców. Król mógł co prawda usunąć niewygodnego członka sądu, ale musiał zwrócić mu zapłaconą kwotę, co wobec ciągłych niedoborów w kasie królewskiej i dużej solidarności sędziów, broniących się przed taką ingerencją w skład Parlamentu, było praktycznie niemożliwe. Reforma Henryka IV wykluczała jedynie stanowisko pierwszego prezesa sądu najwyższego z pod ogólnych reguł. Król pozostawił sobie obsadę tej najważniejszej godności w Parlamencie, by nie utracić całkowicie kontroli nad tą instytucją. Jednocześnie jednak udzielił aktualnemu prezesowi przywileju wyznaczenia swojego następcy, odnawianie przywileju doprowadziło wkrótce do dziedziczności i tego stanowiska.

System obsady foteli sędziowskich, jaki wykształcił się w pierwszych wiekach funkcjonowania Parlamentu paryskiego, zapewnił radcom dość duży zakres niezależności od monarchy. Niezależność taka była niemile widziana w okresie pełnego absolutyzmu francuskiego, dlatego w późniejszym okresie podejmowano kilkakrotnie próby likwidacji systemu sprzedaży miejsc w sądzie najwyższym. Jedną z najpoważniejszych podjął sam kardynał Richelieu. Próby te jednak zakończyły się niepowodzeniem i system ten z niewielkimi zmianami przetrwał aż do końca istnienia ancien regime'u we Francji.

## DZIAŁALNOŚĆ RADY NIEUSTAJĄCEJ W ZAKRESIE POLICJI

M. Lipska

Administracja Rzeczypospolitej ukształtowana jeszcze w dobie monarchii stanowej przetrwała bez większych zmian do połowy XVIII wieku. Była ona z jednej strony silnie zdecentralizowana, ze znaczącą pozycją organów samorządu szlacheckiego- sejmików ziemskich, z drugiej zaś wyraźnie anachroniczna i odbiegająca od rozwiązań stosowanych w tym czasie w innych państwach europejskich. Zasięg oddziaływania urzędów centralnych na administrację terenową uległ daleko idącemu ograniczeniu. Konieczna była zasadnicza reforma państwa.

Praktyczna realizacja postulatów zgłaszanych przez publicystykę polityczną najwcześniej została przeprowadzona w administracji publicznej, w której to lata 1764-1795 przyniosły zasadnicze zmiany w jej funkcjonowaniu.

Powołana na sejmie w roku 1775 **Rada Nieustająca** miała pełnić funkcje rządu centralnego, ograniczając jednocześnie maksymalnie władzę królewską. W jej ręce została złożona cała władza rządowo-administracyjna poza sprawami nauki i szkolnictwa, przekazanymi wyodrębnionej z ogólnego aparatu Komisji Edukacji Narodowej. Oprócz zebrań plenarnych prace Rady odbywały się w pięciu departamentach, na które się dzieliła. Jednym z nich był **Departament Policji**, czyli **Dobrego Porządku** – sprawującej nadzór administracyjny nad miastami królewskimi

Przewodniczył mu ten spośród marszałków, który aktualnie wchodził w skład Rady Nieustającej, a w razie jego nieobecności posiedzeniom przewodniczył *primus in ordine* tegoż Departamentu.

Departament zawdzięcza swą nazwę stopniowo wyodrębniającej na przełomie XVII i XVIII wieku się jako odrębna dziedzina nauki – "nauka o policji". Zaś pod pojęciem "policji" rozumiano wówczas nie tylko sprawy związane z ochroną porządku i bezpieczeństwa wewnętrznego, ale również wiele innych dziedzin administracji wewnętrznej.

Departament Policji był zatem pierwszą centralną magistraturą policyjną w Polsce, choć wszelkie próby wprowadzenia centralnej administracji spraw wewnętrznych spotykały się z silnym przeciwdziałaniem ze strony magnatów, piastujących dożywotnio godności ministrów, dotąd niekontrolowanych i faktycznie przed nikim nie odpowiedzialnych.

Zakres działania Departamentu Policji na mocy ustawy z 1775 roku był niewielki i ograniczał się w zasadzie do okresowego nadzorowania działalności Komisji Marszałków Obojga Narodów. Nadzór ten miał zresztą charakter interwencyjny, gdyż odbywał się dopiero wówczas, gdy na Komisję wpłynęły skargi.

Komisja ta od 1776 roku przejęła kompetencje dawnej jurysdykcji marszałkowskiej, do której obowiązków należało: dbanie o spokój, bezpieczeństwo i porządek w miejscu rezydencji królewskiej, ustalanie cen żywności w mieście, *wyjąwszy zboże i produkta szlacheckie* oraz kontrolowanie miar i wag; pilnowanie czystości; nadzorowanie cudzoziemców i zwalczanie żebractwa.

Wraz z dodanymi jej asesoriami sprawowała również sądownictwo we wszystkich sprawach kryminalnych.

Departament Policji mógł żądać od Komisji Marszałków przedstawienia jej protokołów obrad, *gdy uzna potrzebę*.

Równie istotnym ograniczeniem władzy Departamentu Policji był fakt, że nie podlegały mu wszystkie miasta królewskie, w zasadzie włącznie z rezydencją królewską, która podlegała mu tylko pośrednio z tytułu kontroli nad Komisją Marszałków.

Głównymi zadaniami Departamentu Policji był nadzór nad finansami i dochodami miast królewskich, starania skierowane ku podźwignięciu ich gospodarki oraz usprawnienie w nich administracji wewnętrznej, czyli urządzenie tzw. policji.

W ustawie z 1776 roku *Powinności y władze Departamentow w Radzie przy boku naszym Nieustającej, oraz tłumaczenie obojętności prawa 1775 ustawy teyże Rady* kompetencje Departamentu uległy daleko idącej rozbudowie. Oprócz spraw, które należały doń od 1775 roku dodano również *moc examinowania rachunków wszystkich miast królewskich podług praw dawnych i obracania dochodów na rozrządzenie policji najpożyteczniejsze*. Ponadto upoważniono Departament do *zawierania kontraktów z kompaniami* oraz *do zamysłów potrzebnych w materji policji*, czyli porządkowania miasta, naprawy dróg,

budowy mostów itp., ale tylko odnośnie do Warszawy i tylko za zgodą Rady in pleno. Jednocześnie zastrzeżono, że zawieranie tych kontraktów nie może się łączyć z nakładaniem nowych podatków ani też stanowić utrudnienia dla wolności handlu.

W zakres kompetencji policji wchodził również nadzór nad warunkami zdrowotnymi ludności, który obejmował obok troski o zapewnienie odpowiednich warunków higienicznych również sprawę dostarczania krajowi potrzebnej liczby należycie wykształconych pracowników służby zdrowia.

Ze szpitalnictwem ściśle związane było wówczas zwalczanie żebractwa. Walka z żebrakami zarówno w drodze zmuszania ich do pracy, jak i umieszczania w szpitalach weszła w zakres działalności Departamentu, zwłaszcza od czasu likwidacji Komisji Szpitalnych.

W oparciu o podstawę prawną, jaką stanowiły ustawy sejmowe z 1775 i 1776 roku oraz wytyczne zawarte w uniwersale z 1777 roku, zobowiązujące magistraty i starostów do wysyłania dokładnych raportów o dochodach miast i miasteczek królewskich oraz nawiązując do uniwersału z dnia 7 marca 1777 roku pt.: *Do miast i miasteczek królewskich w Koronie względem licytowania propinacyi*, żądającego od miast przesyłania kopii kontraktów licytacyjnych, Departament Policji rozpoczął swą blisko trzynastoletnią działalność.

Departament Policji przedstawiał na sesjach plenarnych raporty czynności będące informacjami o sprawach, wsparte odpowiednią dokumentacją, przy których formułowano wnioski lub propozycję ich załatwienia, tzw. *zdania*.

Ze sprawozdań Departamentu Policji Rada Nieustająca dowiadywała się o sytuacji w miastach i stanie bezpieczeństwa publicznego.

Pomimo, że dalsze ustawy sejmowe nie rozszerzyły zwierzchnictwa Departamentu nad Komisjami Boni Ordinis, faktycznie rozciągał on nad nimi pewną kontrolę. Komisje przysyłały do zatwierdzenia Departamentowi kosztorysy ważniejszych robót, jakie miały przeprowadzić na swoim terenie oraz diariusze swoich czynności.

Komisje nie były jednak lokalnym organem władzy Departamentu. W tej sytuacji z biegiem lat stawało się zupełnie oczywiste, że Departament pozbawiony egzekutywy w terenie jest zupełnie bezsilny wobec częstych przypadków ignorowania jego zarządzeń oraz nieposłuszeństwa magistratów. W tej sytuacji ostatni zespół Departamentu Policji, działający w latach 1786-1788, zlecił subalternom swojej kancelarii przeprowadzenie kontroli w miastach umożliwiającej zorientowanie się w ich sytuacji gospodarczo-finansowej. Ten sposób kontroli, ze względu na niemożliwość rzetelnego jej wykonania nie rozwiązywał na przyszłość trudności administrowania krajem. Zdając sobie z tego sprawę członkowie Departamentu widzieli konieczność powołania stałego lokalnego aparatu władzy, złożonego z urzędników mianowanych przez Departament, zależnych od niego i przed nim odpowiedzialnych. Realizując to zamierzenie miasta królewskie koronne zostały podzielone na 15 wydziałów policyjnych, stawiając na czele każdego wydziału zależnego od siebie komisarza policji.

Dzieląc kraj na wydziały policyjne Departament uwzględnił ogólny podział Korony na dwie prowincje: Małopolską i Wielkopolską. Wydziały, na ogół swym obszarem pokrywały się z podziałem kraju na województwa.

W myśl opracowanej instrukcji do obowiązków komisarza należał dwukrotny objazd w ciągu roku, miast i miasteczek danego wydziału, z których zobowiązany był składać Departamentowi szczegółowe raporty. Do jego obowiązków należało również dopilnowanie, aby wszystkie zarządzenia Departamentu dotarły do miast. Komisarz miał być jedynie wykonawcą zarządzeń Departamentu i nie mógł powziąć żadnej decyzji nie wymienionej w instrukcji bez uprzedniego porozumienia się z Departamentem, a w swojej działalności miał się porozumiewać ze starostami miast.

Mimo zatwierdzenia, w uniwersale wydanym przez króla dnia 9 września 1788 roku, instrukcji dla komisarzy policji oraz proponowanego przez Departament podziału kraju na wydziały policyjne nie został on zrealizowany. Uniwersał królewski wszedł w życie na miesiąc przed otwarciem Sejmu Czteroletniego, który swoje dzieło przebudowy administracji państwa zaczął od krytyki Rady Nieustającej oraz podległych jej instytucji i urzędów.

W trakcie trzynastoletniej działalności Departament Policji za pośrednictwem plenum załatwił 102 sprawy.

Niewątpliwą zasługą Departamentu było zapoczątkowanie lokalnego aparatu władzy nad miastami, choć nie zdołał on narzucić zwierzchnictwa magistratom jurydykom i pozostawił miasta administracyjnie rozbite. Mimo, iż w swojej pracy Departament niejednokrotnie napotykał na nieufność magnatów i szlachty, a zwłaszcza starostów, starał się wdrażać miasta do posłuchu, torując w ten sposób drogę do przyszłej

działalności Komisji Policji. Wskazał też na konieczność kontroli nad finansami miast i usiłował wdrożyć miasta do składania systematycznych raportów ze swej działalności. Rozpoczął walkę z włóczęgostwem. Starał się otoczyć opieką handel i rzemiosło. Współdziałał w akcji kształcenia lekarzy. Udziałem Departamentu Policji było również podniesienie poziomu sanitarnego i higieny miast.

Oceniając pracę Departamentu Policji nie można pominąć faktu, iż wydatnie przyczynił się on do urbanistycznej i architektonicznej rozbudowy miast, na co pozwolił mu nadzór nad ich dochodami sprawowany przez Radę. Żądał przysyłania kosztorysów ważniejszych robót miejskich, domagał się od miast ścisłego rozliczania się z ponoszonych wydatków. Równie wysoko należy ocenić troskę o to, by konstrukcje powstających budowli oparte były na planach architektonicznych, które sporządzano w Departamencie. Pod koniec kadencji 1786-1788 Departament starał się o stworzenie we wszystkich miastach stanowiska architekta przy władzach miejskich, a także geometrów i *hydraulików*, czyli specjalistów od bicia tam, wytyczania kanałów, rowów oraz wszelkich prac wodnych.

Wyniki pracy Departamentu Policji mimo szczerych chęci nie odpowiadały ich założeniom. Wpłynął na to, jak już wcześniej wspomniano, między innymi brak egzekutywy w terenie oraz brak tradycji i zrozumienia dla poczynań tego rodzaju. Pierwszy krok jaki podjęto w kierunku rozbudowy nowożytnej administracji w Polsce spotkał się z głęboką nieufnością znacznej części szlachty i magnatów, obawiających się ingerencji państwa w ich dobra, a tym samym ograniczenia zakresu ich władzy.

Zadania nakreślone przez Departament podjęła wkrótce w ramach Straży Praw – Komisja Policji.



**ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ МІСЬКИХ ОРГАНІВ  
МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЗАХІДНОЇ УКРАЇНИ  
В СКЛАДІ ПОЛЬЩІ (1918-1939 рр.)**

*О. Юхимюк*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Після Першої світової війни Польща окупувала Західну Україну (Західну Волинь, Полісся, Східну Галичину). Особливістю організації самоврядних установ Польщі у міжвоєнний період була розрізненість правових норм у цій сфері. Зокрема, в Західній Волині діяла російська система самоврядування, а в Східній Галичині – австрійська. Побудова системи органів самоврядування та їх компетенція різнилися між собою до 1933 року, коли згідно польського закону на всю територію Польщі поширилась російська система самоврядування.

Проблема організації та компетенції органів самоврядування Західної України у міжвоєнний період є важливим аспектом вивчення історії державотворення територій, які сьогодні включені в склад України. Правовий статус органів, на які українцями Західної України покладались значні сподівання, досліджувався суто з історичної точки зору, а докладного історико-правового аналізу нормативно-правових актів у цій сфері не проводилось. Тому вважається доцільним вивчити саме правову сторону цього явища. Загальним рисам правового статусу самоврядних органів на Західній Україні у вказаний період приділяли увагу такі науковці, як В. Кульчицький, В. Калинович, Л. Присташ.

Метою дослідження є загальна характеристика та аналіз документів, що безпосередньо стосувались питання структури і компетенції органів самоврядування в Західній Україні на рівні міст. У дослідженні використано першоджерела, ті нормативно-правові акти, які становили основу вирішення проблеми повноважень органів місцевого самоврядування на Волині і в Східній Галичині в міжвоєнний період.

Після включення західноукраїнських земель в склад Польщі Галичина зберегла органи самоврядування, сформовані на підставі австрійського законодавства (де існувала триступенева структура: громадське, повітове і воєводське), а Волинь – сформовані на підставі російського законодавства (чотириступенева система: громада, волость, повіт, воєводство).

Розрізненість системи місцевого самоврядування в Західній Україні до 1933 року стосувалась також рівня міських громад. Але варто зазначити, що структура і компетенція нормотворчих органів (міських рад) та виконавчих органів (магістратів) на Волині і в Галичині була майже ідентичною.

Польські урядові органи, аналогічно до сільських громад, після захоплення Західної України, розпускали міські ради і управи і призначали тимчасові органи з старостами на чолі. Тимчасова міська рада у Львові і староста були призначені ще австрійською владою (галицьким намісником) в 1915 році. Тимчасовий урядовий комітет у Львові (відділення Польської ліквідаційної комісії), після захоплення Львова польськими військами восени 1918 року, збільшив тимчасову міську раду до 150 членів і допустив до участі в раді жінок, які до цього часу цих прав не мали. Після державного перевороту 1926 року львівський воєвода розпустив тимчасові органи міського самоврядування і 04.09.1927 р. призначив нові з новим урядовим старостою і двома його заступниками. Особи української національності поголовно усувалися з міських органів самоврядування.

Функції правотворчого та наглядового органу у міських громадах виконувала міська рада. Міська рада мала право самостійно ухвалювати правила власної діяльності, своїх комісій та магістрату. Ця інституція контролювала роботу всіх міських самоврядних установ та перевіряла їх фінансову діяльність. Окрім цього вона відповідала за:

- встановлення форм та способів користування майном волості та майном усіх установ та інституцій, які їй були підпорядковані;
- затвердження міського бюджету та витрат, передбачених бюджетом, а також здійснення будь-яких змін у ньому;
- встановлення та стягнення на користь волості різноманітних податків та натуральних повинностей і заміну їх грошовими;
- затвердження оплат, здійснюваних за користування волосними дорогами та громадським транспортом;

- подання уряду пропозицій щодо встановлення на користь міста податків та промислових монополій.

Міська рада також ухвалювала штатний розпис і кошторис витрат органів міського самоврядування, зокрема магістрату. Цій самоуправі надавалось право представництва під час судових процесів, на яких позивачем виступало місто; підписання угод, що вирішували суперечки щодо міської нерухомості і т.п. Міська рада самостійно затверджувала плани забудови волості та вносила корективи в ці плани, зверталась до урядових установ з пропозиціями зміни територіальних меж волості, а також надавала почесне громадянство жителям міста.

Окрім переліченого вище до компетенції міських рад входило:

- розпорядження майном, прибутками, витратами, а також натуральними повинностями населення волості;
- будівництво й утримання міських доріг, мостів, вулиць, площ, скверів і т.п.;
- будівництво та ремонт міського водопроводу і каналізації;
- електрифікація міста;
- підтримка місцевої торгівлі, промислу та ремесел, організація торгів та ярмарків;
- підтримка в містах громадської безпеки та правопорядку.

Міські ради повинні були також будувати та утримувати лікарні, школи, бібліотеки, музеї, театри, займатись доброчинною діяльністю.

На засіданнях міської ради головував бургомістр чи його заступник. Однак під час розгляду скарг, складених членами волості на магістрат та окремих його членів, головою засідання був спеціально обраний з цією метою радний. Засідання скликалось щонайменше раз у місяць, за винятком періоду літніх канікул. Головуючий зобов'язаний був скликати засідання на вимогу четвертої частини членів ради. Як правило, ці засідання проходили відкрито, але знову ж таки, за пропозицією четвертої частини присутніх радників, могли оголошуватись таємними. Під час дебатів про бюджет і обговорення фінансів міста в будь-якому випадку засідання ради міської волості були відкритими. Правомочним вважалось рішення, яке приймалось більшістю голосів.

Ухвали міської ради протягом трьох днів з моменту прийняття доводились до відома громадськості, а протягом десяти днів подавались на розгляд урядової адміністрації. Отже, незважаючи на декларовану самостійність, влада не втрачала контролю за діяльністю ради.

Однією із найважливіших інституцій самоврядування був магістрат, до складу якого входили бургомістр, його заступники і лавники. Міська рада визначала кількість лавників таким чином, щоб вона не перевищувала 10 відсотків кількості радних. Рішення міської ради стосовно складу магістрату вимагало обов'язкового затвердження відповідних адміністративних установ.

Члени магістрату отримували постійну платню за рахунок міських коштів. Її розміри визначались міською радою. Термін перебування членів магістрату на посадах був три роки.

Від президії магістрату, тобто бургомистра та його заступників, вимагалось обов'язкове знання польської мови. Законодавством міські установи зобов'язувалися вести документацію, спілкуватися між собою, з урядом та приватними особами лише польською мовою, однак із спеціальним застереженням про те, що "мова місцевого населення має рівні права з державною мовою".

До обсягу діяльності магістрату як керівного і виконавчого органу волості належали:

- втілення в життя рішень міської ради;
- здійснення контролю над її прибутками та видатками;
- розподіл волосних податків і повинностей відповідно до статутів, розпоряджень та рішень міської ради;
- створення проектів бюджету та подання їх в означений термін на розгляд міської ради.

Окрім переліченого вище, магістрату надавалось право на власний розсуд розпоряджатись майном міста та проводити його систематичну інвентаризацію, а також виступати від імені міста в суді. Однак функціонування цієї самоврядної інституції з досить широкою компетенцією проходило під постійним контролем вищестоящих структур. Магістрат зобов'язаний був систематично звітуватись міській раді про свою діяльність і діяльність підлеглих йому установ.

Бургомістр як керівник магістрату у надзвичайних випадках виконував усі функції, що належали цій самоуправі. Самостійно прийняті ним рішення обов'язково затверджувались на найближчому засіданні магістрату. Якщо ж бургомістр тимчасово не міг виконувати свою роботу, всі його права переходили до заступника. Розподіл функцій між членами магістрату окреслював

спеціальний регламент, однак бургомістр мав право призначати працівників та накладати на них дисциплінарні покарання.

Рішення магістрату приймалися більшістю голосів і подавались до відома міської ради.

Нагляд за діяльністю органів міського самоврядування здійснювався керівником державної адміністрації. Особливо строго контролювався міський бюджет та фінанси. Якщо міські самоуправи не виконували свої обов'язки в межах бюджету чи виконували їх неналежним чином, наглядова влада видавала відповідні розпорядження щодо джерел фінансування потреб міста.

Державна адміністрація мала право особисто чи через своїх представників здійснювати ревізії документації та фінансів міських самоуправ.

Становлення складного організму міського самоврядування було поступовим та довготривалим процесом. До часу остаточного визначення його правових засад на території Волинського воєводства спеціальною інструкцією від 21 травня 1921 р. створювались громадські комітети, котрі покликані були координувати роботу міських самоуправ. Вони склались з членів магістрату, а також осіб, запрошених до комітету воєводою.

Міські громадські господарчі комітети були одночасно рекомендаційними та контролюючими органами. Як правило, засідання громадських господарчих комітетів відбувались двічі на місяць. Скликав та головував на них один із членів комітету, який спеціально обирався комітетом та затверджувався воєводою. Порядок денний визначався головою і повідомлявся членам комітету за 2 дні до засідання. За винятком виборів та рішень в особистих справах, голосування проводилось відкрито. У засіданнях комітету мали право брати участь працівники магістрату, але лише з дорадчим голосом.

Кінець 20-х років в містах Волині відзначився початком будівництва каналізаційної мережі і водогонів, на що виділялись значні кошти. Зокрема, у Луцьку в 1928 році планувалось виділити 100 тис. доларів.

У міжвоєнний період на Волині органи самоврядування вели будівництво значної кількості медичних закладів. В повітах з представників всіх громад утворювались спеціальні будівельні комісії. Зокрема, міська рада Любомля у 1928 році "ухвалила на честь десятої річниці незалежності Польщі приступити спільно із повітовим сеймиком і магістратом до будівництва лікарні в Любомлі".

Закон від 23 березня 1933 року "Про часткову зміну устрою територіального самоврядування" не скасовував повністю старі законодавчі акти про міське самоврядування, а лише вносив деякі зміни. В 1933 році в Польщі була введена єдина система органів міського самоврядування.

За законом 1933 р. містами вважались населені пункти з населенням понад 3 тисячі мешканців (ст.33 Закону 1933 року). В результаті частина міст, що мали менше 3-х тисяч населення, були віднесені до числа сільських громад, і навпаки – частину сільських громад з населенням понад 3000 чоловік зараховано містами.

Міста були поділені на виділені і невиділені з повітового самоврядування. До виділених належали міста з населенням понад 25 тисяч мешканців. Міста з населенням понад 75 тис. мешканців утворювала окремі міські повіти, а їх органи міського самоврядування, як правило, були органами загальної адміністрації I інстанції. Таким містом в Західній Україні було місто Львів. Різниця між виділеними і невиділеними містами полягала в структурі органів самоврядування і порядку нагляду над ними.

Розпорядчими і контрольними органами міського самоврядування були міські ради.

За законом 1933 року виконавчими органами міського самоврядування були міські управи (магістрати), що склалися у виділених містах з президента, віце-президента і лавників, а в невиділених містах – з бургомістра, його заступника (віце-бургомістра) і лавників. Воєвода міг всупереч волі міськради призначити професійного бургомістра (Розділ 6 Закону 1933 року).

Компетенція міських рад була обмеженою. Міські ради були повністю підпорядковані старостам і воєводам, які могли призупиняти виконання їх постанов, розпускати ради і оголошувати нові вибори. Вся влада належала бургомістрам і президентам, які з міськими радами і управами не рахувалися.

Отже, міське самоврядування в Західній Україні після включення в склад Польщі було розрізненим на території Східної Галичини і Західної Волині, хоча компетенції міських органів майже співпадала. Польський закон 1933 року об'єднав різні системи самоврядування, обмеживши компетенцію міських самоврядних установ до вирішення господарських питань та встановивши жорсткі рамки підпорядкування урядовим органам.

## СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

### ФОРМИ ТА ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ТА СВОБОД ЛЮДИНИ Й ГРОМАДЯНИНА

*А. Матвієнко*

*Національна академія внутрішніх справ України*

Сьогодення суспільного розвитку характеризується енергійним проголошенням прав людини. В теперішній час в світі не існує більш значної і, разом з тим, болісно реалізованої на практиці ідеї, аніж права та свободи людини. Виключна важливість людських прав і свобод визначається їх природністю і невід'ємністю, співвідношенням людської природи. Здійснення, чи порушення і обмежування прав та свобод суттєво впливають на духовний розвиток як суспільства в цілому, так і кожної окремої особи.

Права людини – фундаментальна наукова й соціально-практична проблема, яка потребує постійної уваги юридичної науки та практики.

Проблема суті та реалізації поняття "права й свободи людини" є ключовою в життєдіяльності суспільства, яке претендує на статус демократичного, гуманного, соціально-захисного. Саме тому в сучасному світі не існує більш значної і, разом з тим, важко втілюваної в практику існування людства ідеї, аніж права й свободи людини, що обумовлено недостатнім рівнем розвитку морально-світоглядних критеріїв, правової культури та освіти, економічних систем і відносин, політичної комунікації.

Виокремлення теоретичної проблемності та практичної значимості питань, пов'язаних із конституюванням прав та свобод у конституційно-правову практику суспільних відносин вимагає двоякого підходу до їх аналізу. З одного боку мусимо зосередити увагу на концептуально-методологічних особливостях прав людини, особи та громадянина як конституційно-правового інституту, з іншого – розглянути процесуальні риси впровадження ("конституювання") цього інституту у державно-правовій та суспільній практиці. Зупинимось на характеристиці теоретико-методологічних особливостей прав та свобод людини та їх практичної реалізації в умовах суспільної та державної генези, в статистиці й динаміці еволюції останніх.

Початки формування уявлень про права людини лежать у глибокій давнині суспільної генези. Як зазначав ще К. Маркс, "за всіх часів існували усі види свободи, але в одних випадках вони проявлялися як особливий привілей, а в інших – як загальне право". В універсальній концепції прав людини ХХ століття втілилися і релігійні доктрини, і політичні, економічні, етичні й правові ідеї. В основі цієї концепції – уявлення про людську гідність як вищу цінність особистості. А повага до людської гідності має свій головний прояв через дотримання їх прав та свобод, як регламентованих нормативно-правовим чином, так і пов'язаних з соціальною та громадською активністю людини, відповідальністю перед суспільством та готовністю виконувати його вимоги.

Поза тим, права людини є універсальними, фундаментальними за природою моральними категоріями, котрі проявляються як невід'ємна складова у життєдіяльності особи в органічності її взаємозв'язку з державою. Отож, права людини є моральною та соціальною категорією. Яким чином вони отримують нормативно-правове регламентування в суспільстві? Преважним чином це питання вирішується з огляду на класифікацію прав та свобод за найрізноманітнішими критеріями, в межах різних сфер правового регулювання різними суб'єктами прийняття політичних рішень. Йдеться про конституційні права, про права людини як безпосередній інститут теорії держави і права, про міжнародні права та права іноземців і ін.

Для розуміння сутності прав і свобод людини як конституційно-правового інституту необхідно звернутися до їхньої дефініції таким чином як вона репрезентована у теорії конституційного права.

"Конституційні права та свободи людини й громадянина – це невід'ємні права й свободи, які належать особі від народження, є основою правового статусу, закріплені в Конституції держави та мають найвищий юридичний захист", – стверджує Ю.М. Тодика.

Таке визначення є, безумовно, прийнятним, але воно дозволяє зараховувати до категорії "конституційних" лише ту сукупність прав, котрі легалізовані нормативно-правовим чином правовою системою конкретної країни і залишає поза межами розгляду достатньо великий загальний прав та свобод так, як вони кваліфіковані у міжнародно-правових відносинах. Розгляд конституційно-правового співвідношення "міжнародного" та "внутрішньодержавного" регламентування прав та свобод особи й громадянина у межах теорії держави та права дозволить як виявити існуючі суперечності між ними, так і більш повно репрезентувати оригінальні риси останнього.

Розглядаючи окремі з існуючих класифікацій прав та свобод, насамперед варто відзначити, що на основі змісту Міжнародних пактів про права людини 1966 року можна розмежувати права людини на громадянсько-політичні права і економічні, соціальні та права в сфері культури. Така класифікація є на сьогодні офіційною, причому приведення розмежування було здійснено на стадії ухвалення Пактів за настійною вимогою окремих західних держав, які заперечували проти включення в розроблюваний документ юридично обов'язкових норм щодо забезпечення прав людини в соціально-економічній сфері. Замість одного Пакту (як це передбачалося на початку) були ухвалені два з відповідним розподілом прав.

Розподіл прав людини на громадянсько-політичні й соціально-економічні достатньо ґрунтовно аргументований в дослідженнях сучасних західних юристів-міжнародників. Віднесені ними до першої категорії громадянські та політичні права й свободи одержали назву "негативних" або "юридичних". Віднесені до другої категорії соціально-економічні права названі "вдаваними", "позитивними" або "програмними".

Тут можна зауважити, що зазначене протиставлення громадянсько-політичних та соціально-економічних прав суперечить принципам самих Пактів, котрі фіксують нерозривну єдність і взаємозалежність усіх прав і свобод людини.

Також недостатньо вираженим є твердження, що держава покликана сприяти реалізації лише соціально-економічних прав. Насправді громадські й політичні права рівною мірою повинні забезпечуватися певними позитивними діями з боку держави. На підтвердження цього можна привести цілу низку різного роду гарантій здійснення прав і свобод, передбачених Пактом про громадянські й політичні права.

По-третє, складно погодитися з тим, що громадянсько-політичні права є правами, які обмежують індивіда лише від незаконних та несправедливих дій з боку держави. Громадянсько-політичні права можуть бути порушені в результаті дій як державних органів і осіб, які діють в офіційній якості, так і діями приватних осіб та організацій.

І, нарешті, не можна визнати обґрунтованим твердження, що соціально-економічні права на відміну від громадянсько-політичних не можуть бути предметом судового захисту.

Однак, розглянувши розмежування прав людини варто характеризувати і з іншого погляду. На відміну від громадянсько-політичних, соціально-економічні права повинні бути не лише закріплені в національному законодавстві, але й забезпечені матеріально на основі тих ресурсів, які може виділити держава для забезпечення таких цілей. Рівень забезпечення соціально-економічних прав у різних країнах може істотно відрізнятись.

Не випадково різними є й постанови обох Пактів, котрі стосуються порядку здійснення закріплених у них прав. Якщо в ст.2 Пакту про громадянські та політичні права йдеться: "Кожна держава, яка бере участь у чинному Пакті, зобов'язується поважати й забезпечувати всім особам, які перебувають у межах її території та під її юрисдикцією права, визнані в чинному Пакті...", то ст.2 Пакту про економічні, соціальні й культурні права містить менш категоричне формулювання: "Кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується... здійснювати в максимальних межах наявних ресурсів заходи для того, щоб поступово забезпечити повне здійснення визнаних у цьому Пакті прав".

На основі змісту Пактів можна провести й інше розмежування прав людини, виокремивши громадянські, політичні, економічні, соціальні права та права у сфері культури.

Саме така класифікація прав та свобод є домінуючою у сучасному українському конституціоналізмі. Хоча, і в даному випадку необхідно наголосити на неоднозначності теоретико-методологічних підходів. Така класифікація, як зазначає І.Бородін, "має бути орієнтиром у розробленні конституційних законів, що стануть основою правового механізму реалізації статей другого розділу Основного Закону України".

В юридичній літературі є декілька підходів щодо класифікації прав та свобод громадян. До недавнього часу загально визнаним вважали той, який поділяв їх на три групи: соціально-економічні, політичні, особисті, що в принципі відповідало Конституції, яка діяла на території УРСР.

Як зазначає вже згадуваний І. Бородін: "сьогодні аналіз статей другого розділу Конституції України дає змогу інакше класифікувати права та свободи людини і громадянина, виходячи з характеру суспільних відносин, які вони відображають, і предмета правового регулювання".

Відповідно, виокремлюються: громадянські права, політичні права, соціально-економічні права, право на екологічну безпеку, культурні права.

Для конституційно-правового регулювання основних прав і свобод людини і громадянина в Україні на сучасному етапі порівняно з минулим радянським етапом характерними є такі взаємопов'язані тенденції:

- 1) розширення каталогу прав і свобод, закріплених на рівні Основного Закону;
- 2) новелізація традиційних конституційних прав, свобод і обов'язків;
- 3) пріоритетність не соціально-економічних, як це було раніше, а громадянських і політичних прав і свобод;
- 4) орієнтація конституційно-правової регламентації правового статусу особи на міжнародні стандарти прав людини;
- 5) посилення гарантій основних громадянських і політичних прав і свобод і звуження гарантованості економічних, соціальних і культурних (духовних) прав;
- 6) звуження кола конституційних обов'язків;
- 7) посилення в цілому юридичних гарантій прав і свобод.

Конституційні права, свободи охороняються відповідними нормами всіх галузей права. Наприклад, закріплене в Основному Законі України право на працю охороняється нормами трудового, сільськогосподарського, адміністративного, кримінального та інших галузей права.

Таким чином, підсумовуючи вищезазначене, варто наголосити на наступному. У системі цінностей демократичного суспільства, яким проголошує себе Україна, на першому місці стоїть людина. В сучасних умовах у зв'язку зі здійсненням кардинальних демократичних перетворень, утвердженням принципів соціальної, правової держави проблема особи набуває надзвичайно важливого значення.

Ускладнюються взаємозв'язки суспільства й особи, громадянина та держави, індивіда й колективу, більш взаємозалежними стають їхні інтереси та проблеми, підвищується їхня взаємна відповідальність. Усі ці явища та процеси потребують глибокого осмислення, узагальнення і відображення в законодавстві. При цьому особливо важливе місце посідає проблема конституційних прав та свобод людини і громадянина.

Права, свободи й обов'язки людини і громадянина є основоположною частиною чинної Конституції України. Вирішення проблем прав людини в ній характеризується принципово новими для України підходами. В Основному Законі права і свободи людини розглядаються не як даровані державою своїм громадянам, а як такі, що належать людині від народження, існують незалежно від діяльності держави та є невідчужуваними й непорушними. Правам людини мають відповідати зобов'язання держави. Саме права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Їх утвердження й забезпечення є головним обов'язком держави, вона відповідає за свою діяльність перед людиною (ст.3 Конституції).

Конституційні права та свободи в Україні – це встановлені українською державою, закріплені в її Конституції та інших законах певні можливості, які дозволяють кожному громадянину обирати вид своєї поведінки, користуватися економічними і соціально-політичними свободами та соціальними благами як в особистих, так і в суспільних інтересах.

Саме "можливість, яка дозволяє...", є тим вихідним конструктивним елементом, що дає первинне уявлення про особисте або, як його зазвичай визначають, суб'єктивне право. В юриспруденції під правами, які є у громадянина, розуміють надані йому законом можливості.

Одна з найважливіших рис державно-правового інституту прав і свобод полягає у тому, що громадяни є вільними і рівними у своїй гідності та правах, є рівними перед законом у користуванні конституційними правами і свободами, отже, усі соціальні верстви і групи населення в своїх правах за

будь-яких обставин є рівними, і користування привілеями, котрі не встановлені законом та суперечать принципам соціальної справедливості, неприпустиме.

Права й свободи людини і громадянина, закріплені у чинній Конституції України, не є вичерпними. Це означає, що в майбутньому система прав і свобод може бути розширена та вдосконалена. Конституційні права і свободи гарантуються й не можуть бути скасовані. Проте, пам'ятаючи про існуючий обсяг прав та свобод людини, особи й громадянина, гарантований Конституцією України, так само необхідно пам'ятати й про існуюче коло обов'язків, дотримуватися яких задля здійснення тих самих прав та свобод необхідно кожному, хто на даний момент часу та місця перебуває під юрисдикцією української держави.

Окрім того, використання конституційних прав та свобод особи й громадянина неможливе без чіткого механізму їх здійснення.

**КОНСТИТУЦІЙНІ ГАРАНТІЇ ПРАВ ДИТИНИ В УКРАЇНІ****С. Саблук***Національна академія внутрішніх справ України*

За останні роки для поліпшення соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування прийняті Постанова Верховної Ради "Про додержання законодавства щодо усиновлення дітей України іноземними громадянами" (1994 рік) та Постанови Кабінету Міністрів України "Про поліпшення виховання, навчання, соціального захисту та матеріального забезпечення дітей-сиріт і дітей, які залишилися без піклування батьків" (1994 рік), "Про поліпшення матеріального забезпечення дітей-сиріт і дітей, які залишилися без піклування батьків" (1995 рік), "Про затвердження Порядку передачі дітей, які є громадянами України, на усиновлення громадянам України та іноземним громадянам і здійснення контролю за умовами їх проживання у сім'ях усиновителів" (1996 рік). Кабінетом Міністрів України затверджено Положення про дитячий будинок сімейного типу (1994 рік), створено Центр по усиновленню дітей при Міністерстві освіти (1996 рік).

З метою забезпечення прав дітей, які перебувають у конфлікті з законом, Постановами Кабінету Міністрів України створено кримінальну міліцію у справах неповнолітніх, центри медико-соціальної реабілітації неповнолітніх, притулки для неповнолітніх, служби у справах неповнолітніх, Український фонд сприяння соціальному захисту неповнолітніх (1996 рік). В Україні розроблені та діють Національна програма планування сім'ї (1995 рік) та Національна програма "Діти України" (1996 рік), спрямовані на захист прав та інтересів дітей.

Українське законодавство у сфері освіти більшою мірою, ніж положення Конвенції, сприяє втіленню прав дитини. В Україні згідно із Законом "Про освіту" повна загальна середня освіта (12 класів) є обов'язковою, забезпечується доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в навчальних закладах, що перебувають у загальнодержавній або комунальній власності.

Виходячи з Конституції України та Конвенції, у 1995 році було прийнято Закон України "Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх", що визначає правові основи діяльності спеціальних установ для неповнолітніх, на які покладається соціальний захист і профілактика правопорушень серед осіб, віком до 18 років. Справи стосовно прав та інтересів дітей, згідно з цим Законом, повинні розглядатися спеціально уповноваженими на те суддями. Юридична норма визначена, але на практиці вона не введена.

У 1995 році в системі Міністерства внутрішніх справ створено самостійні підрозділи кримінальної міліції у справах неповнолітніх, на які покладено завдання щодо профілактики правопорушень та боротьби зі злочинністю серед неповнолітніх.

Згідно з Кримінально-процесуальним кодексом України провадження досудового слідства у справах про злочини, вчинені неповнолітніми, віднесено до компетенції слідчих органів внутрішніх справ. Ці норми введені з метою концентрації зусиль одного відомства в розкритті та розслідуванні злочинів, скоєних неповнолітніми, та забезпечення суворого дотримання законності досудового слідства.

Зважаючи на неповну фізичну й соціальну зрілість підлітків, їх обмежені право і дієздатність, Кримінально-процесуальний кодекс України містить окремим розділом особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх.

В Україні введено новий інститут захисту прав людини – Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (стаття 55 Конституції України), який здійснює парламентський контроль за додержанням прав і свобод людини і громадянина (стаття 101). Діяльність Уповноваженого регулюється Законом України "Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини" (1997 рік).

З метою визначення дій, спрямованих на пріоритетне ефективне розв'язання проблем дитинства та втілення в життя вимог, передбачених Конвенцією, Всесвітньою декларацією про забезпечення



виживання, захисту і розвитку дітей та Планом дій щодо її виконання, в Україні прийнято Національну програму "Діти України".

Програма розрахована на період до 2000 року і має стати орієнтиром для формування регіональних дій щодо поліпшення становища дітей на основі інтеграції діяльності державних установ з громадськими та іншими організаціями. Вона реалізується у комплексі з Довгостроковою національною програмою "Освіта" (Україна XXI століття), Національною програмою планування сім'ї, Комплексною програмою розв'язання проблем інвалідності.

З метою координації діяльності міністерств та інших центральних органів виконавчої влади в Україні утворена Міжвідомча комісія з координації дій, щодо виконання Конвенції ООН про права дитини, Всесвітньої декларації про забезпечення виживання, захисту і розвитку дітей та Національної програми "Діти України". Основними завданнями Комісії є розгляд питань, які потребують міжгалузевої координації, підготовка пропозицій щодо виконання Конвенції та інших міжнародних актів. Головою Комісії є Віце-прем'єр-міністр України.

Кабінет Міністрів України відповідно до Конституції України (стаття 116) забезпечує проведення державної політики у сфері соціального захисту населення, освіти, науки і культури.

І хоча в Конституції України зазначено, що дитинство, материнство і батьківство перебувають під охороною держави, – цього ще замало. Зрозуміло, що ратифікувавши ряд міжнародно-правових документів і закріпивши права і свободи дитини в Основному Законі питання забезпечення правового захисту дітей буде вирішено лише наполовину. Значна частина норм законодавства України, які відповідають Конвенції ООН про права дитини, іншим міжнародним актам у цій сфері, не реалізується, а то й просто порушуються.

Насамперед це викликано тим, що законодавство України про охорону дитинства має більш декларативний, ніж практичний характер. Це не дає можливості Україні гарантувати повне дотримання та реалізацію встановлених прав дітей.

Україні практично відсутній чіткий національний механізм забезпечення реалізації та контролю за виконанням норм законодавства про права дитини. Не створивши його, держава ніколи не зможе захистити права дітей і забезпечити їх реалізацію, ніколи не зможе побороти такі явища серед неповнолітніх як безоглядність, наркоманію, алкоголізм, проституцію, токсикоманію, СНІД.

Таким чином, в Україні існує законодавство про захист прав дітей, але є і нагальна потреба в приведенні національного законодавства у відповідність з міжнародно-правовими актами стосовно прав дітей, необхідно посилити відповідальність державних органів та посадових осіб за незабезпечення реального захисту прав дітей.

Зараз назріла нагальна потреба у впровадженні комплексу заходів, які могли б запобігти зростаючому погіршенню становища дітей. Для цього необхідно виробити таку стратегію соціально-економічного розвитку, яка передбачала б орієнтацію всіх сфер народного господарства на поліпшення умов життя, зокрема умов для праці, побуту, дітородної діяльності.

Для вирішення питань щодо захисту дітей необхідно:

- втілити у норми національного законодавства та впровадити у життя вимоги і принципи, закладені в Конвенції ООН про права дитини;
- ввести в практику проведення обов'язкової попередньої експертизи соціальних наслідків прийняття державних рішень щодо забезпечення благополуччя дітей;
- забезпечити координацію зусиль з метою розв'язання найважливіших проблем підлітків;
- поглибити аналітичні та наукові розробки з вивчення причин і умов вчинення правопорушень, створити і впровадити відповідні загальнодержавні програми;
- розробити нормативну базу і запровадити механізм звернень дітей до служб у справах неповнолітніх з питань жорсткого поводження з ними;
- забезпечити духовно-морального розвитку населення, виховання патріотизму, високої політичної культури та трудової моралі, використання енергії та зусиль громадян у суспільне корисних справах;
- поліпшити роботу з підлітками, схильними до правопорушень, надавати їм соціальну допомогу та підтримку, сприяти їх соціальній реабілітації;

- підвищити рівень організації змістовного дозвілля, різноманітної роботи за інтересами, впровадити нові методи виховної роботи;
- створити реальні умови для матеріального забезпечення сім'ї;
- визначити основні напрями регіональної політики щодо дітей;
- забезпечити експертний аналіз стану дитинства в регіонах, провести соціологічні обстеження сімей різних типів з метою визначення їх становища та надання практичної допомоги.

Невідомо, скільки часу піде на подолання економічної кризи в нашій країні – рік, два чи десять. Діти ж ростуть щодня. І, на жаль, майже щоденно помирають: через відсутність ліків, через необачність батьків, через жорстокість вчителів і сваволю дорослих, від чийогось слова, ножа або кулі, наркотику чи власної руки. Отож далі зволікати не можна. Треба почати піклуватися про дітей уже сьогодні, бо завтра може бути пізно.

## НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ВИБОРЧИХ ПРАВ НА МІСЦЕВИХ ВИБОРАХ В УКРАЇНІ

*Р. Максакова*

*Запорізький інститут державного та муніципального управління*

Спираючись на загальновизнане положення про те, що ніяка форма демократії не може нормально функціонувати, розвиватися й вдосконалюватися, коли вона не забезпечена відповідними гарантіями, – виникає нагальна потреба визначити гарантії локальної демократії, зокрема місцевих виборів. Ця потреба викликана не лише чинниками теоретичного плану. Справа в тому, що в сучасній науці конституційного права цій групі гарантій не приділялась належна увага. Зрозуміло, що визначення поняття та розкриття змісту окремої групи гарантій прав і свобод людини й громадянина в Україні (якою в даному випадку виступають гарантії місцевих виборів, як прояв реалізації місцевих виборчих прав і свобод) є неможливим без використання позитивного досвіду правової науки щодо загального визначення гарантій прав і свобод людини й громадянина взагалі та різних форм безпосередньої демократії зокрема. Означеним колом питань займалися такі науковці, як О.В. Зінов'єв, С.О. Комаров, М.С. Малєїним, М.І. Матузовим і А.В. Малько, Г.О. Мурашин, А.Ф. Нікітіним, М.І. Ставнійчук та інші. Використання їх позитивного досвіду дозволило нам сформулювати таке визначення гарантій місцевих виборів. *Гарантії місцевих виборів* – це відповідні умови та засоби, які встановлюються законодавством про місцеві вибори, та спрямовані на реалізацію або захист демократичних засад життя як певної територіальної громади, так і держави в цілому, шляхом забезпечення належної реалізації відповідних правових норм.

Конституція і законодавство України передбачає досить широку систему гарантій і правових механізмів, покликаних забезпечити здійснення безпосередньої локальної демократії. Всі вони в сукупності є юридичними гарантіями і можуть бути поділені на дві групи: загальні та спеціальні. На наш погляд, саме спеціальні гарантії місцевих виборів відображають специфіку та особливості захисту виборчих прав громадян України на місцевих виборах. *Спеціальні гарантії місцевих виборів* об'єднують у собі правові норми, що визначають умови та порядок реалізації виборчих прав на місцевих виборах, юридичні засоби їх захисту та охорони в разі порушення за допомогою державного примусу; і поділяються на нормативно-правові та організаційно-правові гарантії місцевих виборів.

*Нормативно-правові гарантії місцевих виборів* об'єднують у собі: по-перше, загальновизнані норми-принципи, які виступають у ролі матеріальних гарантій та, відповідно, встановлюють основні засади участі членів територіальної громади в місцевих виборах; по-друге, процесуальні норми, які визначають склад учасників тієї чи іншої стадії місцевих виборів, встановлюють види необхідних дій в обов'язковій послідовності та відповідних організаційних формах, закріплюють права та обов'язки учасників процесуальних відносин, передбачають порядок прийняття рішень та їх реалізацію і виступають в якості процесуальних гарантій; по-третє, норми, що передбачають можливість настання юридичної відповідальності за порушення законодавства про місцеві вибори.

Як показала практика державотворення та реалізації виборчого права на місцевих виборах, рівень і обсяг конституційного регулювання найважливіших сторін інституту місцевих виборів є недосконалим. У зв'язку з цим, в умовах становлення в Україні демократичної правової держави вкрай необхідно, щоб конституційні принципи й норми місцевого виборчого права були досить чітко відредаговані і відповідали міжнародним виборчим стандартам. Такою гарантією виступають загальновизнані норми-принципи що закріплені в найважливіших міжнародних документах, і які є стандартами для національного місцевого виборчого права. Це принципи загальних, рівних, вільних, прямих місцевих виборів шляхом таємного голосування.

В теорії права норми-принципи визначають як норми, які не містять чітко визначених елементів норм права, є результатом нормативних узагальнень та виражають соціальний зміст усіх норм права певної групи; за допомогою таких норм регулюють відносини, що спеціально не врегульовані відповідними нормами. Отже, можна зазначити, що норми-принципи як гарантії місцевих виборів регулюють виборчі відносини, зміст яких дозволяє визначити законність та настання позитивних правових наслідків таких відносин. Норми-принципи являють собою правила поведінки суб'єктів місцевого виборчого права, що забезпечують реалізацію принципів місцевих виборів. Норми-

принципи також можна визначити як нормативні положення законодавства, що покликані чітко здійснювати принципи місцевих виборів.

*Дія принципу загального виборчого права* забезпечена на місцевих виборах національним законодавством з передбаченими нормативними положеннями, що покликані чітко здійснювати цей принцип. Такими гарантіями є, наприклад, включення виборців до списків виборців по виборчих дільницях відповідно до ст.25 Закону України "Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів" та право виборців оскаржити невключення, неправильне включення або виключення зі списку виборців, а також неточності у даних щодо виборця згідно з п.2 ст.26 Закону.

Гарантією здійснення загального виборчого права виступають норми ст.13 Закону, де передбачено утворення виборчих дільниць у стаціонарних лікувальних, санаторно-оздоровчих закладах, на судах, що перебувають у день виборів у плаванні та інших місцях тимчасового перебування виборців.

Закріплення п.4 ст.43 Закону можливості голосування за місцем перебування виборців є гарантом забезпечення права участі в місцевих виборах виборцям, які за станом здоров'я або з інших поважних причин не можуть прибути на виборчу дільницю для голосування. Для повної реалізації цієї гарантії загального виборчого права на місцевих виборах, було б дуже корисним запозичити російський досвід. Так, за законодавством РФ, виборці, які з поважних причин не можуть брати участь в голосуванні у зв'язку з їх тимчасовим перебуванням у день голосування за межами виборчого округу, мають право достроково проголосувати за 15-4 дні до дня голосування в приміщенні територіальної виборчої комісії, або за 3-1 день – у приміщенні дільничної комісії. На нашу думку, відповідні норми можуть знайти закріплення в ст.39 Закону про місцеві вибори, що буде дійсно втілювати в життя принцип загального виборчого права.

*Дія принципу рівноправності виборців та кандидатів на місцевих виборах.*

Рівність виборців та кандидатів на місцевих виборах забезпечена встановленням п.п.2-4, 6 ст.6 Закону єдиних виборчих цenzів для реалізації активного чи пасивного виборчого права. До того ж, рівність виборців забезпечена можливістю мати лише один голос при здійсненні акту голосування, а рівність кандидатів – можливістю бути депутатом лише однієї ради або кандидатом на посаду відповідно сільського, селищного, міського голови (п.5 ст.6 Закону). Слід зазначити, що можливість брати участь у голосуванні лише один раз за умов проведення місцевих виборів одного виду чітко врегульована чинним законодавством та забезпечена встановленням п.2 ст.43 Закону необхідності за умов одержання виборчого бюлетеня виборцем поставити підпис у списку виборців. Але ця норма гарантує рівність брати участь у голосуванні для виборців лише на території однієї виборчої дільниці, – коли ж мова йде про голосування одного й того ж самого виборця на території декількох виборчих дільниць, що трапляється в практиці в разі зміни виборцем місця проживання, коли його ще не виключено зі списку виборців за попереднім місцем проживання і вже включено до списку виборців за новим місцем проживання на території іншої виборчої дільниці – тут гарантом забезпечення рівних можливостей виборців може бути член виборчої дільниці, який повинен перевірити відповідний запис у документі, що засвідчує особу виборця.

Гарантом принципу рівних можливостей для всіх кандидатів є встановлення п.1 ст.33 Закону, з часу їх реєстрації виборчими комісіями, рівних прав у проведенні виборчої кампанії і у виступах на передвиборних та інших зборах, нарадах, засіданнях, мітингах, безпосередньо пов'язаних з виборами, у засобах масової інформації. Рівність можливостей кандидатів на відповідне забезпечення їх прав засобами масової інформації також гарантована встановленням в ст.38 закону про місцеві вибори заборони для кандидатів, які є працівниками (власниками) державних і недержавних засобів масової інформації друкувати матеріали, брати участь у радіо- і телепередачах, які мають агітаційний характер або стосуються підготовки й проведення виборів; а також заборонаю використання більшого обсягу часу, ніж це визначено окружною (територіальною) виборчою комісією для інших кандидатів.

Рівність кандидатів забезпечується також встановленням максимальних розмірів власних виборчих фондів, які, відповідно до п.3 ст.52 Закону, не можуть перевищувати 50 неоподатковуваних мінімумів заробітної плати.

Рівність голосів на місцевих виборах в Україні забезпечується також утворенням виборчих дільниць з приблизно однаковою кількістю виборців. Так, за загальним правилом, встановленим п.3 ст.13 Закону про місцеві вибори, виборчі дільниці утворюються з кількістю від 20 до 3000 виборців, а у виняткових випадках – з меншою або більшою кількістю виборців.

Як показує практика, гарантією рівного виборчого права може бути право на отримання нового виборчого бюлетеня у випадку, якщо виборець зробив помилку, коли заповнював виборчий бюлетень. У такому разі виборець має право отримати новий бюлетень, але за умов, якщо поверне зіпсований. Про це робиться відповідний запис у списку виборців, а неправильно заповнений бюлетень погашається. На жаль, чинний Закон про місцеві вибори не містить відповідної норми, але практичне застосування цього правила дає підстави сподіватись на подальше його закріплення на законодавчому рівні. Так, ця прогалина може бути ліквідована шляхом доповнення ст.44 Закону пунктом 2.1. "У разі, коли виборець робить помилку при заповненні виборчого бюлетеня, він має право отримати новий бюлетень, про що робиться відповідна позначка до списку виборців та складається спеціальний акт. Зіпсований бюлетень повертається члену дільничної виборчої комісії або голові її погашається."

Важливе місце серед гарантій рівних можливостей виборців виступає закріплення п.4 ст.43 Закону інституту голосування за межами виборчої дільниці (у місцях перебування виборців) у випадку, коли окремі виборці за станом здоров'я або з інших поважних причин не можуть прибути в приміщення для голосування. Подібний інститут закріплений також у законодавстві Російської Федерації, але обмежений лише можливістю голосування вдома. Українські законодавці щодо цього питання виявилися більш передбачливими: акт волевиявлення за межами виборчої дільниці не обмежується лише можливістю голосування вдома. Це надає змогу здійснити активне виборче право тим громадянам, які в час голосування виконують свої службові обов'язки й не можуть залишити робоче місце.

Особливе місце серед гарантій рівних місцевих виборів займають інститути довірених осіб кандидатів та уповноважених осіб місцевих осередків політичних партій (блоків), громадських організацій, які забезпечують рівні можливості в ході місцевої виборчої кампанії як для кандидатів, так і для виборців.

Ваговим внеском у забезпечення принципу рівних місцевих виборів може бути прийняття Закону "Про державне забезпечення рівних прав і можливостей для чоловіків і жінок", що був поданий на розгляд Верховній Раді України народним депутатом М.Ковалком. У ньому передбачено конкретні інституційні механізми забезпечення рівних можливостей чоловіка і жінки на регіональному рівні.

#### *Дія принципу вільних місцевих виборів.*

Слід наголосити на беззаперечну важливість реалізації цього принципу для забезпечення законності місцевих виборів, оскільки саме він є показником функціонування демократії. Гарантом вільних місцевих виборів в Україні є встановлення на законодавчому рівні обов'язкової присутності на виборчій дільниці уповноважених осіб місцевих осередків політичних партій (блоків), громадських організацій, кандидатів, їх довірених осіб та спостерігачів, які повинні стежити за здійсненням вільного волевиявлення громадян; а також встановлення ст.57 Закону про місцеві вибори відповідальності за порушення цього принципу.

Важливою умовою проведення дійсно вільних виборів є проголошення принципу альтернативних виборів, який забезпечує виборцям можливість надати перевагу одному чи іншому кандидату шляхом вільного волевиявлення. На жаль, Законом про місцеві вибори не передбачено: чи повинна альтернатива (можливість обрати одну з декілька висунутих кандидатур) бути присутньою на всіх стадіях виборчого процесу, чи можливо проведення безальтернативних виборів (коли балується один кандидат). Ці питання потребують відповідного врегулювання на законодавчому рівні. А поки що, навіть коли балується один кандидат, альтернатива існує у вигляді можливості вибору: обрати чи не обрати.

Щодо цього питання цікавим є досвід інших держав, використання якого в Україні може мати вагомий позитивний наслідок. Так, наприклад, принцип альтернативних виборів, відповідно до Федерального закону Російської Федерації "Про основні гарантії виборчих прав та права на участь в референдумі громадян Російської Федерації" від 05.09.1997 року, забезпечується можливістю виборчої комісії, яка зареєструвала лише одного кандидата, прийняти рішення про перенесення виборів на строк, який необхідний для додаткового висунування кандидатів та здійснення наступних виборчих дій.

#### *Дія принципу прямого виборчого права на місцевих виборах.*

Вимога прямого виборчого права забезпечена встановленням п.1 ст.44 Закону про місцеві вибори положення, згідно з яким, кожний виборець голосує особисто, а голосувати за інших осіб він не має права. Задля усунення можливості голосування за інших осіб, а разом з тим і порушення принципу прямого виборчого права, п.2 ст.43 Закону встановлює можливість отримання виборчого

бюлетеня і згодом здійснення акту волевиявлення громадян лише за пред'явленням виборцем паспорта громадянина України або іншого документа, який засвідчує його особу. Щодо цього моменту, слід зазначити, що в практиці місцевого виборчого процесу виникли питання: який саме документ може пред'являти виборець для здійснення акту голосування; чи може вважатися як за такий залікова книжка, читацький квиток чи перепустка. Такі документи дійсно посвідчують особу і можуть виступати в ролі гарантів для здійснення принципу прямого виборчого права. Але ці документи не містять відомості про громадянство, вік особи та місце проживання – відповідність яким є неодмінною умовою участі в місцевих виборах. Отже, такі документи не можуть діяти на місцевих виборах, оскільки їх застосування може порушити інший, не менш важливий принцип місцевих виборів – рівності. Це можна пояснити, наприклад, голосуванням на декількох виборчих дільницях одного виборця за вказаними документами в разі зміни місця проживання, коли виборець ще не вибув із списку виборців за старим місцем проживання та вже занесений до списку виборців на іншій виборчій дільниці. Виникнення таких колізій може бути усунуто лише за допомогою використання документа, що містить відомості про місце проживання виборців. На нашу думку, запобігти таким порушенням можна шляхом внесення доповнень до ч.2 ст.43 закону про місцеві вибори у вигляді заміни сполучення "або іншого документа, який посвідчує його особу" на вичерпний перелік документів, які слід вважати як такі. Звісно, що перелік таких документів може ґрунтуватися на положеннях Закону України "Про громадянство України" від 18.01.2001 р., який серед документів, що посвідчують особу визначає такі: тимчасове посвідчення громадянина України, паспорт для виїзду за кордон, дипломатичний або службовий паспорт, посвідчення особи моряка, посвідчення члена екіпажу, військовий квиток для військовослужбовців строкової служби. Подібні роз'яснення надавали члени ЦВК напередодні виборів 2002 року, але ж Закон про місцеві вибори не містить такого переліку документів, отже і потребує уточнення та, відповідно, внесення змін.

Окрім цього, Закон вимагає здійснення прямого виборчого права також для кандидатів, шляхом закріплення в п.2 ст.30 необхідності особисто кандидатом подати заяву до окружної (територіальної) виборчої комісії про згоду балотуватися кандидатом у депутати, на посаду сільського, селищного, міського голови. У такий же спосіб кандидат повинен оформляти заяву про зняття своєї кандидатури, тобто про відмову від участі в місцевих виборах (п.1 ст.31).

#### *Дія принципу таємного голосування на місцевих виборах.*

Таємність голосування забезпечується заборонаю робити будь-які зайві позначки на виборчих документах, а також тим, що виборчі бюлетені не нумеруються, а їх форми встановлює Центральна виборча комісія (ст.17 Закону України "Про Центральну виборчу комісію"). Реалізація цього принципу забезпечена також встановленням в п.2 ст.44 Закону про місцеві вибори вимог щодо заповнення виборчого бюлетеня голосуючим у кабіні або кімнаті для таємного голосування без присутності будь-кого крім голосуючого.

Щоб забезпечити таємність голосування, Закон про місцеві вибори (ч.ч.5, 6, 8 ст.44) забороняє після того, як голосуючий опускає у виборчу скриньку бюлетень, розкривати виборчі скриньки. Це можна зробити лише після закінчення встановленого законом часу голосування. До того ж, слід зазначити, що виборчі скриньки є спільними для всіх виборців незалежно від їх волевиявлення. Закон про місцеві вибори (ч.4 ст.41) гарантує здійснення принципу таємного голосування, також шляхом встановлення відповідальних осіб за забезпечення таємниці волевиявлення виборців, якими визначає членів дільничної виборчої комісії.

Нормативно-правові гарантії місцевих виборів окрім норм-принципів, закріплюються також в процесуальних нормах, зокрема тих, що регламентують порядок підготовки, організації та проведення місцевих виборів; дотримання визначеної законодавством процедури місцевих виборів; а також визначають обов'язки для суб'єктів, уповноважених ініціювати, призначати (проголошувати), організувати й проводити місцеві вибори. Зокрема, до таких гарантій належать: закріплення на законодавчому рівні повноважень Верховної Ради України, відповідної місцевої ради або територіальної виборчої комісії щодо призначення місцевих виборів; закріплення правила, згідно з яким одна й та ж особа не може бути внесена більш ніж до одного списку виборців; вимога, за якою до складу виборчих комісій не можуть входити кандидати або їх довірені особи, уповноважені місцевих осередків політичних партій (блоків), громадських організацій, близькі родичі (чоловік, дружина, діти, батьки, рідні брати, сестри) кандидатів; та ін.

*Ще однією складовою нормативно-правових гарантій є юридична відповідальність за порушення виборчого законодавства, що може бути визначена як публічно-правовий засіб забезпечення суспільних інтересів щодо правопорядку в процесі реалізації громадянами виборчих*

прав, а також виступає однією з гарантій реального здійснення вільного волевиявлення. Слід зазначити, що з цього приводу існують й інші думки, так, наприклад, деякі автори не погоджуються з тим, що відповідальність може виступати в ролі гарантії реалізації та охорони конституційних норм, у зв'язку з тим, що настає після скоєння правопорушення. На нашу думку, така позиція є вкрай помилковою, оскільки саме можливість бути притягненим до відповідальності, попереджає від порушення виборчих норм осіб, які мають такий намір, або в разі вже скоєного порушення норм законодавства про місцеві вибори – виступає в якості застереження від подальших порушень. Саме в такий спосіб існування юридичної відповідальності є гарантією належної реалізації та охорони виборчих прав при проведенні місцевих виборів.

У разі порушення законодавства України про місцеві вибори, передбачено такі види юридичної відповідальності: 1) конституційно-правова відповідальність (її іноді називають відповідальністю по виборчому праву); 2) адміністративно-правова відповідальність; 3) кримінально-правова відповідальність; 4) цивільно-правова відповідальність; 5) дисциплінарно-правова відповідальність.

Особливість конституційної відповідальності проявляється в тому, що – на відміну від адміністративної та кримінальної – вона передбачає відповідальність не лише фізичних осіб (громадян), але й колективних суб'єктів (виборчих комісій). Окрім цього, слід зазначити, що саме конституційна відповідальність, серед інших видів юридичної відповідальності, є найбільш спорідненою з інститутом місцевих виборів не лише як одна з гарантій місцевих виборів, а ще і за своєю сутністю – є явищем політичним. На нашу думку, конституційно-правова відповідальність виявляє себе в ролі гарантії місцевих виборів перш за все через свої функції, що визначаються як цілеспрямовані засоби реалізації та захисту конституційних норм, а також досягнення мети конституційної відповідальності. До того ж, саме конституційна відповідальність є однією з найдієвіших видів юридичної відповідальності, що можуть застосовуватися за законодавством України в разі порушення законодавства України про місцеві вибори, оскільки саме цей вид відповідальності найчастіше використовується в практиці.

Конституційно-правова відповідальність передбачається безпосередньо у виборчому законі шляхом встановлення відповідальності виборчих комісій та їх членів (п.3 ст.23 Закону про місцеві вибори); відповідальності кандидата в депутати, кандидата на посаду сільського, селищного, міського голови (п.4 ст.ст.31, 58 Закону); а також відповідальності посадових осіб і громадян.

Адміністративна відповідальність за порушення законодавства про місцеві вибори встановлюється на підставі ст.186-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про місцеві вибори встановлюється на підставі ст.ст.157, 158, 159 Кримінального кодексу України за такі злочини проти виборчих прав: перешкоджання здійсненню виборчого права; неправомірне використання виборчих бюлетенів, підлог виборчих документів або неправильний підрахунок голосів чи неправильне оголошення результатів виборів; порушення таємниці голосування.

Важливе місце в гарантуванні виборчих прав громадян на місцевих виборах належить цивільно-правовій відповідальності. На сьогодні до цивільно-правової відповідальності за порушення законодавства про місцеві вибори винні особи притягаються на підставі ст.238 – 243-25 Цивільно-процесуального кодексу України (далі ЦПКУ): за незаконне відхилення заяв про неправильності у списках виборців до цивільної відповідальності притягуються члени дільничної виборчої комісії; за прийняття неправомірного рішення про відмову в реєстрації кандидата в депутати місцевої ради або сільського, селищного, міського голови – члени територіальної, окружної комісії; за прийняття незаконного рішення, неправомірні дії або бездіяльність – члени дільничних, територіальних та Центральної виборчої комісії. А також згідно із ст.16 нового ЦК. Захист порушених прав і інтересів в судовому порядку може мати такі наслідки: визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку особи в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування матеріальної шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконним рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Також цивільна відповідальність за порушення законодавства про місцеві вибори може настати у зв'язку із захистом цивільного права та інтересу органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим та органом місцевого самоврядування (ст.17 нового ЦК); або із здійсненням самозахисту порушеного виборчого права (ст.19 нового ЦК). Наприклад, за порушення законодавства про місцеві вибори, особи можуть бути притягнені до цивільної відповідальності у зв'язку з порушенням правил ведення

передвиборної агітації, що знайшло відбиток у завданні моральної шкоди іншій особі, яка полягає у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (п.2 ст.23 нового ЦК).

Як відомо, дисциплінарна відповідальність настає за скоєння протиправного невиконання або неналежного виконання працівником своїх трудових обов'язків. На місцевих виборах до дисциплінарної відповідальності притягуються особи у разі порушення нормативно-правових приписів, що регулюють обов'язки сторін трудових відносин, спрямовані на забезпечення належного процесу праці під час організації і проведення виборів. Тому дисциплінарна відповідальність у процесі організації місцевих виборів може застосовуватися до всіх членів виборчих комісій та осіб, що залучаються до роботи в комісіях, які працюють на постійній та платній основі в період організації підготовки та проведення виборів.

Отже, слід зазначити, що серед різноманітних способів захисту виборчих прав громадян на місцевих виборах в Україні, система нормативно-правових гарантій займає важливе місце. Але існує ряд проблем, які погіршують стан захисту конституційних прав громадян України обирати і бути обраними, зокрема до органів місцевого самоврядування. Тому ефективність нормативно-правових гарантій місцевих виборів, на нашу думку, можна підвищити шляхом вдосконалення дії норм-принципів, зокрема: принципу загального виборчого права (у вигляді встановлення можливості дострокового голосування); принципу рівних виборів (шляхом закріплення в Законі про місцеві вибори норми, яка б регулювала порядок отримання нового бюлетеня для голосування, в разі, якщо отриманий бюлетень було зіпсовано виборцем); принципу прямих виборів (шляхом нормативного визначення повного переліку документів які слід вважати такими, що підтверджують особу виборця).



## ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

*О. Бориславська*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Функціонування місцевого самоврядування в Україні спирається сьогодні на систему конституційно-правових засад, які й визначають основні параметри його організації та здійснення. Ця система включає в себе, по-перше, засади місцевого самоврядування, передбачені Конституцією України; по-друге, принципи Європейської Хартії місцевого самоврядування, яка ратифікована Верховною Радою України у 1997 році, а отже, є частиною національного законодавства України (ст.9 Конституції України); по-третє, основні принципи місцевого самоврядування, передбачені Законом України "Про місцеве самоврядування в Україні" 1997 р.

Аналіз змісту перелічених груп принципів приводить до висновку, що система конституційно-правових засад місцевого самоврядування, що склалася в Україні, спрямована на створення дієздатного, ефективного місцевого самоврядування, що є окремою формою народовладдя та водночас інструментом задоволення потреб населення України через створення необхідних умов для надання йому належного рівня громадських послуг. Та, на жаль, аналіз практики функціонування місцевого самоврядування в Україні свідчить про те, що задекларовані засади не завжди реалізуються на практиці.

Складність реалізації конституційно-правових засад місцевого самоврядування в Україні обумовлена значною мірою тим, що становлення їх системи відбувалося хаотично. Так, акти чинного законодавства України про місцеве самоврядування, які приймалися у різний час, ґрунтувалися на різних концепціях організації влади і не узгоджувалися між собою; у текстах Конституції та Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" були закладені суттєві протиріччя; низка положень законодавства України про місцеві органи виконавчої влади не узгоджена із законодавством України про місцеве самоврядування, що обумовило дублювання повноважень двох систем органів влади на місцях.

Це призвело до створення неефективної, внутрішньо суперечливої системи територіальної організації влади, яка не відповідає сучасним європейським стандартам. На цю систему автоматично наклалися принципи Європейської хартії місцевого самоврядування, яка була ратифікована Верховною Радою України без жодних застережень, хоча така можливість передбачена в особливих положеннях цього міжнародно-правового акта. Зрозуміло, що впровадження у життя цих принципів виявилось складною справою: цілий ряд принципів Хартії не реалізуються в Україні, а деякі з них вступають у суперечність із конституційними засадами місцевого самоврядування, передбаченими національним законодавством.

Проблема реалізації європейських принципів місцевого самоврядування в Україні є досить глибокою і не може бути вирішена у сфері виключно самого місцевого самоврядування. На сьогодні у західноєвропейських країнах та в Україні існує різне розуміння проблем місцевої демократії. Європейська концепція місцевого самоврядування заснована на принципах демократичного правління, що передбачає не конфронтацію між центральною владою і органами місцевого самоврядування, а якнайоптимальніше між ними співіснування для найкращого забезпечення потреб населення. Існуюча модель територіальної організації влади в Україні реалізується через систему "політичного та економічного двовладдя": діють призначені з центру державні адміністрації і обрані населенням місцеві органи влади. Така модель унеможливує реалізацію багатьох принципів місцевого самоврядування, вироблених практикою західноєвропейських держав, зокрема таких як субсидіарність, самостійність у вирішенні питань, віднесених до відання місцевого самоврядування, свобода ініціативи у межах закону тощо. А відхід від неї тягне за собою зміни не лише у сфері місцевого самоврядування.

Необхідною умовою впровадження в життя демократичних принципів місцевого самоврядування є реформа територіальної організації влади. В основі цієї реформи – проведення децентралізації влади, що являє собою комплексний процес перетворень, спрямованих на посилення

ролі органів місцевого самоврядування, розширення участі громадянського суспільства в процесі прийняття важливих рішень державного і суспільного життя.

Приведення у відповідність до європейських стандартів чинної в Україні моделі територіальної організації влади зумовлює необхідність проведення перерозподілу владних повноважень між виконавчою владою і місцевим самоврядуванням на користь останнього. Необхідно чітко розмежувати функції цих двох окремих систем місцевої влади на конституційному рівні, визначити повноваження місцевого самоврядування на районному та обласному рівнях, передбачити створення виконавчих органів районних та обласних рад. Слід наголосити, що такий підхід не послаблює роль місцевих державних адміністрацій, адже сьогодні вони виконують невласливі їм функції. Місцеві органи державної виконавчої влади повинні здійснювати ті функції, які, виходячи із загальнодержавних інтересів, не можуть бути передані органам місцевого самоврядування. Крім того, вони повинні бути наділені чітко виписаними законодавчо контрольно-наглядовими повноваженнями стосовно місцевого самоврядування.

Важливо зазначити, що реформа територіальної організації влади передбачає не тільки децентралізацію влади і управління, яка повинна супроводжуватися реформою адміністративно-територіального устрою, а також децентралізацією бюджетно-фінансової системи.

Недосконалість системи територіальної організації влади в Україні пов'язана з існуванням також і інших проблем реалізації конституційно-правових засад місцевого самоврядування: а) повільним темпом становлення територіальних громад; б) недосконалістю адміністративно-територіального устрою України; в) декларативністю місцевого самоврядування на регіональному рівні; г) конкуренцією компетенції місцевих органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування; г) забезпеченням матеріально-фінансової основи місцевого самоврядування.

Вирішення більшості цих проблем можливе через створення відповідної системи законодавчих актів, які б забезпечили впровадження принципів місцевого самоврядування в життя. Надзвичайно важливим у процесі прийняття вищезазначених законодавчих актів є застосування комплексного підходу, заснованого на розумінні конституційно-правових засад місцевого самоврядування України як системної цілісності, реалізація якої вимагає прийняття кількох нормативно-правових актів, спрямованих на вирішення певної проблеми, одночасно – "в пакеті".

Водночас слід зазначити, що реалізацію конституційно-правових засад місцевого самоврядування в Україні неможливо забезпечити лише шляхом реформування місцевого самоврядування "згори". Одним із ключових факторів розвитку місцевого самоврядування науковці називають місцеву ініціативу. Розвиток місцевої ініціативи тісно пов'язаний з формуванням первинного суб'єкта місцевого самоврядування – самодостатньої територіальної громади, яка б, з одного боку, усвідомлювала себе такою, а з іншого, – володіла матеріальними і фінансовими ресурсами, достатніми для реалізації завдань і функцій, віднесених Конституцією і законами України до її компетенції. Стосовно першого аспекту становлення територіальних громад слід вказати, що в цьому напрямі відбулися певні зрушення. Так, за словами М. Поживанова, "якщо кілька років тому про фундаментальні цінності самоврядування говорили науковці та політики, то сьогодні самі громадяни обстоюють організацію територіальних громад, роздержавлення влади, вдосконалення правового та фінансового забезпечення місцевого самоврядування".

Та все ж, на сьогодні розвиток ініціативи на місцях залишається актуальною проблемою у більшості регіонах України, за винятком окремих територіальних громад, які зуміли самоорганізуватися. Формування дієздатних територіальних громад вимагає наявності належної правової культури їх мешканців, яка б підштовхувала їх відігравати роль зацікавлених учасників, партнерів у процесі прийняття рішень, встановлення стандартів і оцінки діяльності місцевих органів управління. Низька правова культура більшості громадян – незнання своїх прав, байдужість до суспільних процесів, пасивність у державотворенні – є негативним чинником, що значно ускладнює та уповільнює цей процес. То ж сьогодні необхідно говорити про розвиток самоврядних засад у суспільстві взагалі, про розвиток громадської активності, спрямованої на реалізацію і захист прав та інтересів громадян.

З розвитком місцевої ініціативи пов'язана ще одна нагальна проблема реалізації конституційно-правових засад місцевого самоврядування в Україні – повільний розвиток статутного права. Оскільки місцеве самоврядування передбачає самоорганізацію та самоврядування місцевого населення, у країнах з традицією місцевого самоврядування держава намагається якомога менше втручатися в його регламентацію, визначаючи лише основні засади. Тому у правовому регулюванні місцевого самоврядування значне навантаження покладається на локальні правові акти.

В Україні саме статuti територіальних громад за сучасних умов можуть відіграти значну роль у забезпеченні реалізації багатьох засад місцевого самоврядування. Виходячи зі ст.19 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні", статут територіальної громади може містити норми, які конкретизують і деталізують законодавчі положення, встановлюють процедуру реалізації засад чи додаткові гарантії їх практичного здійснення з урахуванням історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших місцевих особливостей.

Незважаючи на те, що правова норма, яка передбачила можливість прийняття статутів територіальних громад діє з 1997 року, на сьогодні статuti територіальних громад не прийняті навіть у всіх містах обласного значення, не говорячи вже про територіальні громади сіл, селищ та міст районного значення.

Одним із стримуючих факторів розвитку статутного права в Україні В.Куйбіда називає положення ч.2 ст.19 Конституції України, згідно з яким органи місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Крім того, у ст.146 Конституції України зазначено, що інші питання організації місцевого самоврядування, формування, діяльності та відповідальності органів місцевого самоврядування визначаються законом. Це ілюструє певну непослідовність законодавця, який, надаючи громадянам право приймати статuti територіальних громад, фактично позбавляє їх предмета регулювання.

**ДЕРЖАВНІ ГАРАНТІЇ І ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ  
МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ,  
ЙОГО ОРГАНІВ ТА ПОСАДОВИХ ОСІБ***І. Литвиненко**Хмельницький інститут регіонального управління та права*

Місцеве самоврядування належить до основних демократичних досягнень сучасного українського суспільства. Глибокі історичні традиції самоврядування в Україні від київського малого віча і до магдебурзького права та козацької ради отримали своє відродження одночасно з проголошенням незалежності України на засадах децентралізації державної влади, її деволюції на рівень територіальних спільностей (колективів) громадян та тих органів, які вони обирають. Тобто фактично сучасне реформування управління на місцях було ініційоване державою та проведено шляхом законодавчого закріплення права територіальних громад на самоврядування на засадах державної підтримки та правового захисту їх інтересів. І не треба дивитись на такий стан речей з острахом, мовляв, тим самим органи місцевого самоврядування зберігають свій державницький характер. Адже ніде в світі місцеве самоврядування не обходиться без державної підтримки у вигляді правових гарантій їх захисту, з збереженням їх самостійності, автономії у розв'язанні питань місцевого значення у своїх власних інтересах та під свою відповідальність. Держава може здійснювати контроль за діяльністю органів та посадових осіб місцевого самоврядування, проте, лише на підставах і в межах, передбачених Конституцією і законами України, і такий контроль не повинен призводити до втручання у здійснення органами місцевого самоврядування наданих їм власних повноважень (Ст.20 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні").

Реалізація зазначеного положення передбачає створення системи гарантій, які включають в себе сукупність економічних, політичних та правових умов, засобів повної та ефективної реалізації територіальними громадами, органами та посадовими особами завдань та функцій місцевого самоврядування. Тобто гарантії покликані забезпечити нормальну організацію та функціонування місцевого самоврядування, захистити його права, самостійність та незалежність.

Аналіз законодавства та літератури дає підстави розрізняти загальні та спеціальні, або правові гарантії. Серед останніх найбільш важливими на наш погляд є наступні: неприпустимість обмеження прав територіальних громад, за виключенням умов військового чи надзвичайного стану (Ст.21 згаданого Закону), заборона органам виконавчої влади, їхнім посадовим особам втручатись в законну діяльність самоврядування та вирішувати питання, віднесені до повноважень органів та посадових осіб місцевого самоврядування (Ч.1 Ст.71), важливою гарантією є обов'язковість актів і законних вимог органів та посадових осіб місцевого самоврядування (Ст.73), а також право названих органів звертатись до суду за захистом своїх інтересів (Ч.4 Ст.71) та інші гарантії, які в сукупності складають гарантії реалізації місцевого самоврядування та гарантії його захисту.

Таким чином, правові гарантії місцевого самоврядування мають цільове призначення, яке полягає в тому, що вони мають забезпечити правовими засобами організаційну та фінансову самостійність місцевого самоврядування у вирішенні питань місцевого значення, а також надійний захист його прав і законних інтересів, створити належні умови для їх ефективної реалізації. Це в теорії, а на практиці багато з названих гарантій носять декларативний характер і не завжди дотримуються на необхідному рівні. Наголосимо, зокрема, на деяких суттєвих проблемах.

Безперечно, важливою гарантією місцевого самоврядування є наявність завершеної системи законодавства про місцеве самоврядування. Нажаль, формування необхідної правової бази ще триває і, слід констатувати, надто повільно. Вкрай необхідним є прийняття законів щодо статусу територіальної громади, адміністративно-територіального устрою України, статусу міста Севастополя, правового режиму комунальної власності, примірного статуту територіальної громади, функціонування такої форми реалізації громадянами права на місцеве самоврядування, як загальні збори громадян за місцем проживання та багато інших. Не розв'язаною лишається проблема делегування повноважень у сфері місцевого самоврядування. І хоча певна робота у цьому напрямку ведеться, зокрема, розроблені проекти Муніципального кодексу, Виборчого кодексу, закону про територіальну громаду, та інші, проте, слід зауважити, що відсутність загальної концепції розвитку

правової бази місцевого самоврядування призводить до того, що пропонувані проекти часто суперечать один одному, або, навпаки, дублюють окремі положення. Тому ці закони необхідно розробляти, обговорювати та приймати в пакеті, тільки тоді вдасться запобігти можливим колізіям, а отже і конфліктним ситуаціям, які можуть виникнути у практиці роботи органів місцевого самоврядування, як це має місце в теперішній час.

Безперечно, основним чинником ефективного функціонування місцевого самоврядування є гарантії його фінансово-економічної самостійності. І доводиться вже вкотре зазначати, що існуюча в Україні бюджетна система не забезпечує, та й не може забезпечити органам місцевого самоврядування належної фінансової автономії. Перелік можливих податків і зборів не може значною мірою впливати на доходи органів самоврядування, відсутня система та критерії фінансового вирівнювання доходів територіальних громад. Багаторічний конфлікт між центральною владою та органами місцевого самоврядування побудований на тому, що основні доходи сконцентровані в центрі та регіонах, а більшість видатків у бюджетній та соціальній сферах покладено на бюджети місцевого самоврядування. В ідеалі консолідований бюджет України має містити державний бюджет та майже 20 тисяч місцевих бюджетів, які формуються на основі мінімальних розмірів доходів місцевих бюджетів, що обчислюються на одного мешканця з урахуванням місцевих умов. На практиці маємо справжні бюджетні війни між обласними та місцевими бюджетами, зазвичай не на користь останніх. Розв'язання цих проблем передбачає законодавче вирішення наступних першочергових завдань: визначення статусу та режиму комунальної власності, встановлення гарантованих державою доходів, що самостійно витрачаються на виконання визначених повноважень органів виконавчої влади, розширення власної дохідної бази місцевих бюджетів, гарантування державою фінансового забезпечення мінімального рівня надання соціальних послуг населенню.

Гарантії реалізації законодавчого принципу судового захисту прав місцевого самоврядування передбачають, що у всіх випадках порушення названих прав, органи та посадові особи місцевого самоврядування мають право звертатися в суди загальної юрисдикції, що розглядають цивільні, адміністративні та інші справи. За останні 4-5 років склалась певна судова практика з питань розгляду справ, порушених органами місцевого самоврядування, які стосуються відшкодування матеріальних збитків і моральної шкоди, завданих їм певними суб'єктами господарської діяльності та громадянами, а також щодо визнання незаконними актів місцевих органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій, які тим чи іншим чином обмежують права територіальної громади.

Таким чином судовому захисту підлягають більшість прав місцевого самоврядування, а саме такі, як: – самостійність органів та посадових осіб місцевого самоврядування в межах власних повноважень; – право громадян на здійснення місцевого самоврядування шляхом прямого волевиявлення та через органи місцевого самоврядування; – право обирати та бути обраним в органи місцевого самоврядування; – право громадян самостійно визначати структуру органів місцевого самоврядування; – право органів місцевого самоврядування на самостійне розпорядження муніципальною власністю, на компенсацію додаткових видатків, які виникли в результаті рішень, прийнятих органами державної влади та інші. Відповідно, органи місцевого самоврядування мають право звернутися у судовий орган, якщо обмежуються певні права місцевого самоврядування, створюються перешкоди в здійсненні ними своїх повноважень, не виконуються гарантії, передбачені законодавством по відношенню до місцевого самоврядування, дії та рішення органів не відповідають принципам місцевого самоврядування.

Проте, існують проблеми щодо судового захисту прав місцевого самоврядування. Зокрема, в законодавчому порядку необхідно врегулювати особливості порушення та розгляду справ, пов'язаних із захистом прав місцевого самоврядування, особливості порушення та розгляду справ між органами різних рівнів влади, особливості виконавчого провадження по відношенню до органів місцевого самоврядування, що обумовлено соціальним значенням діяльності цих органів для безпосереднього забезпечення життєдіяльності населення.

Не розв'язаним лишається питання судового розгляду спорів щодо розмежування функцій та повноважень між органами місцевого самоврядування і місцевими державними адміністраціями. Проте, розгляд компенсаційних спорів саме у судовому порядку найбільш ефективним засобом вирішення цього кола проблем. На жаль, судова практика (і загальних, і господарських судів) майже не знає компенсаційних спорів, але їх розгляд не є злом, якого слід уникати, а, навпаки, є важливим стимулом прогресу в правовому регулюванні суспільних відносин, тим більше, намагання вирішити проблему розмежування названих повноважень виключно законодавчим шляхом поки що не призвело до позитивних результатів. Проте, саме розмежування функцій і збалансування інтересів

територіальних громад, органів місцевого самоврядування, з одного боку, і органів виконавчої влади – з іншого, а також розмежування компетенції та повноважень центру і регіонів має стати стрижнем повномасштабної адміністративної реформи, що проводиться.

Реалізацією державних гарантій щодо місцевого самоврядування безпосередньо займаються органи, наділені відповідною компетенцією. Кількість цих органів невпинно зростає. Зокрема, ми маємо і Національну Раду з узгодження діяльності загальнодержавних і регіональних органів та місцевого самоврядування при Президентові України, Міжвідомчу комісію при Кабінетові Міністрів України, Координаційну раду при Фонді сприяння місцевому самоврядуванню та багато інших. Їх повноваження часто дублюють один одного і це, звичайно, звужує ефективність їх діяльності. Не випадково ми все частіше чуємо про необхідність створення єдиного постійно діючого органу на рівні міністерства чи відомства, який би предметно займався розвитком місцевого самоврядування, процесом роздержавлення та децентралізації влади. І такі думки мають право на існування, це дозволило б об'єднати зусилля різних органів в один і в тісній співпраці з громадськими організаціями приймати більш виважені рішення, та крім того, мати конкретного суб'єкта відповідальності за державну політику у сфері місцевого самоврядування. В межах законів і своїх повноважень цей орган забезпечував би перерозподіл фінансових та організаційних ресурсів до структур місцевого самоврядування, оцінював би правову базу та готував би відповідні законопроекти, прогнозував би розвиток подій після прийняття нових законів. Це і було б конкретним механізмом державної підтримки розвитку місцевого самоврядування, формування оптимальної регіональної політики.

Важливою гарантією розвитку місцевого самоврядування в Україні є не тільки створення для цього досконалої правової та фінансово-економічної основ. Проблема ця має також і психологічний вимір. Поки громадяни України, що проживають на певній території, не відчують себе територіальною громадою, якій Конституція України гарантує право на місцеве самоврядування, а її органи та посадові особи не навчаться працювати ініціативно та відповідально в межах своїх повноважень, до того часу будуть виникати нові і нові проблеми, які треба вирішувати на законодавчому рівні.

І в даному ракурсі проблеми особливого значення набувають громадсько-політичні гарантії місцевого самоврядування, які реалізуються шляхом утворення і діяльності різних громадських організацій, що діють у сфері захисту прав місцевого самоврядування, представляють їх інтереси перед органами державної влади. В теперішній час їх існує близько десяти, серед яких виділяються Асоціація місцевих та регіональних влад, Асоціація сільських, селищних та міських рад, особливе місце належить Асоціації міст України. Можливо вже зараз доцільно вести мову про координацію та співпрацю цих громадських об'єднань між собою, вивчення та поширення практичного досвіду діяльності органів місцевого самоврядування.

Отже, сучасна демократична держава має не тільки визнавати можливість існування у ній місцевого самоврядування, а й успішно підтримувати його та сприяти подальшому розвитку шляхом поєднання громадсько-політичного впливу, належного фінансового забезпечення та ефективного судового захисту, так як без місцевого самоврядування сьогодні неможливо уявляти громадянське суспільство взагалі.

## ПРИНЦИПИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ВІДДІЛІВ І УПРАВЛІНЬ МІСЬКИХ РАД В УКРАЇНІ

*А. Лещух*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Міста виникли задовго до того, як отримала поширення ідея місцевого самоврядування. І якщо самоврядування розглядалося лише в якості одного з можливих варіантів громадянського суспільства, то проблема управління містом в якості самостійного об'єкта дослідження сформувалася набагато раніше. Вже на початку XVIII століття в Україні стала загальноприйнятою думка, що проблема управління містом не вичерпується проблемами місцевого самоврядування і представляє собою особливий інтерес. Однак, справжню суть міського самоврядування можна зрозуміти лише маючи можливість зв'язати її з проблематикою самоврядування та його принципами. Хоча проблема місцевого самоврядування є більш широкою за змістом, у порівнянні з проблематикою управління міста, остання складає найбільш змістовний її момент у розрізі наукового розгляду.

Конституційний лад України включає цілісну систему основних політико-правових, економічних та суспільних відносин, які виникають у суспільстві, в його закріпленні беруть участь усі галузі національного права України, проте основне місце належить нормам Конституції України, оскільки вона є актом вищої юридичної сили і базою галузевого законодавства.

В основі муніципальної демократії лежать принципи місцевого самоврядування – керівні начала, головні ідеї, які відображають змістовну характеристику концепції місцевого самоврядування і найвагоміші моменти її реалізації.

Головними принципами формування міської системи місцевого самоврядування є:

- належність права на самоврядування міській територіальній громаді;
- наявність достатніх власних матеріально-фінансових ресурсів;
- організаційна відокремленість органів місцевого самоврядування від органів виконавчої влади;
- законність в організації і діяльності органів місцевого самоврядування;
- різноманіття форм організації місцевого самоврядування і самостійне визначення населенням структури органів місцевого самоврядування;
- виборність органів місцевого самоврядування;
- відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування перед населенням і державою за належне виконання своїх функцій.

На особливу увагу заслуговують такі принципи діяльності органів місцевого самоврядування, як:

- принцип комплементарності;
- принцип субсидіарності;
- принцип демократизму;
- принцип департаменталізації;

Принцип комплементарності передбачає умови безперервності в структурі влади. Принцип націлює на створення умов рівномірного розподілу владних функцій у розрізі всієї вертикалі управління. Характерною ознакою рівномірного розподілу влади в структурі управління є виділенні владних повноважень як зверху так і знизу. Такий порядок реалізації влади не залишає місця для виявлення нелегальних центрів управління. Дефіцит влади сприяє тому, що функцію управління соціальною системою здійснюють дисфункціональні структури. Функціонування таких структур сприяє руйнуванню суспільства, втрати ним здатності пропорційно забезпечувати головні потреби усіх його представників.

Принцип субсидіарності передбачає процедуру розподілу і перерозподілу повноважень між управлінськими рівнями державної влади. Дія принципу визначає стійку послідовність у виконанні владних повноважень управлінськими органами і порядок в розподілі відповідальності цих органів перед населенням. Передача повноважень на більш високий рівень управління, у відповідності до цього принципу, може бути здійснена лише при умові неможливості їх виконання на нижчому рівні. Зміст принципу субсидіарності прекрасно проілюстрований в одному з положень Конституції США.

"Повноваження не делеговані Конституцією Сполученим Штатам і не заборонені у відповідності до неї штатам, відповідно є закріпленими за штатами або за народом". Принцип також обумовлює необхідність попереднього розподілу управлінських функцій між ланками управління.

Принцип субсидіарності має два виміри: вертикальний та горизонтальний. Вертикальний вимір включає розподіл владних повноважень між рівнями влади в напрямку від місцевої влади до державної. Динамічний характер процесів, що відбуваються в містах вимагає врахування відповідності потреб населення і владних повноважень, ввірених ланкам державного і муніципального управління. Горизонтальний вимір охоплює процедуру розподілу повноважень між гілками влади на загальнодержавному, регіональному або місцевому рівні. У тріаді виконавча-законодавча-судова гілки влади горизонтальний розріз принципу субсидіарності встановлює стійку послідовність в організації соціальної політики, починаючи від законодавчої гілки, яка задає правові рамки такої політики; потім виконавча влада визначає її реальний напрямок, а судова – контрольні механізми її реалізації в конкретних соціальних і політичних умовах. У відповідності до принципу субсидіарності, влада повинна бути розподілена між владними структурами головним чином у зв'язку з скороченням дистанції між владою та населенням, яку представляє населення.

Принцип демократизму націлює на необхідність широкої участі міського населення в прийнятті рішень муніципального значення. Дія принципу полягає у розробці програм муніципального розвитку, які базуються на оволодінні механізмами залучення суспільства у поточні справи муніципалітету, виділення зон повноважень за організованими на території громадськими об'єднаннями.

Принцип департаменталізації вказує на необхідність поєднання в муніципальному управлінні функціональних (галузевих) та територіальних функцій. На відміну від транснаціональної корпорації, де реалізується таке співвідношення, врахування консолідації цих функцій в муніципальному управлінні повинен здійснюватися на паритетній основі і передбачає обов'язкове виділення особливих інститутів – колегій, які забезпечують проведення єдиної політики муніципалітету щодо обслуговування інтересів відповідної територіальної громади. Проникнення економічних інтересів в умовах обмеженості ресурсного потенціалу і гострої нестачі бюджетних засобів в систему діючої влади штучно викликає протистояння між суб'єктами влади і руйнує норми соціального порядку. Виділення бюджетних коштів під конкретні програми при наявності жорсткого виконавчого контролю з боку представницьких органів влади покликано суттєво знизити масштаби цього руйнування.

Міське самоврядування передбачає виділення громадського інтересу за межі державної компетенції. Організована група людей в рамках ввірених їй законом повноважень встановлює свій режим управління, утворюючи власні органи влади, які діють суворо у рамках територіального інтересу. Крім згаданих головних принципів місцевого самоврядування, можна виділити такі похідні принципи:

- відмова від ієрархізації в системі управління;
- договірна основа відносин між представницькою владою і населенням;
- задоволення територіальних потреб за рахунок власних доходних джерел;
- спеціалізація місцевого самоврядування у соціальній сфері;
- поєднання представницьких функцій та форм прямої демократії;
- конкурсна система заміщення посад посадових осіб і робіт в сфері місцевого самоврядування;
- невідповідність державі, а лише населенню, яке проживає на відповідній території;
- самостійність у прийнятті рішень;
- правова захищеність.

Вищевикладені висновки спрямовані на повне розкриття можливостей досягнення позитивного результату, якого можна досягти на шляху інструментального використання принципів системного підходу, що сприяло б всебічному вивченню таких об'єктів, як виконавчі органи міських рад та поглибленню наукових уявлень про їх цілі, структуру, особливості функціонування, роль, а також інтеграції методів соціального пізнання не лише у сфері міського місцевого самоврядування.



## ОРГАНИ ВНУТРІШНІХ СПРАВ ЯК ГАРАНТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЛІТИЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН

*С. Кульбач*

*Юридична академія МВС*

Як нам відомо, у Конституції України закріплено широкий перелік прав та свобод громадян, який за якісною та кількісною ознакою відповідає тим стандартам, що були встановлені світовою правовою спільнотою. Але, не зважаючи на це, реальний стан дотримання зазначених прав бажає бути кращим, більш того, він не відповідає тим загальнодемократичним принципам, що проголошені нашою державою. Таке становище щодо забезпечення прав та свобод людини і громадянина притаманне усім процесам, що проходять у нашій державі, не залишаючи осторонь і політичну сферу суспільного життя.

Предметом даного дослідження є правові та організаційні підстави діяльності ОВС щодо забезпечення політичних прав громадян.

Питання забезпечення політичних прав та свобод громадян ОВС ще не знайшло належного висвітлення в працях вітчизняних науковців. Воно розглядається не повно, не вдаючись до дослідження забезпечення окремих політичних прав та свобод.

Практичне значення даної теми полягає в тому, що розбудова демократичної правової держави неможлива без створення незалежного ефективного механізму забезпечення політичних прав та свобод громадян.

Можливість громадян брати активну участь у політичних процесах, які проходять в нашій державі, головним чином залежать від наявності у них відповідних прав та свобод, а також можливості їх реалізувати. Дані права та свободи в юридичній науці визначаються як політичні.

Так політичні права і свободи пов'язані з участю у суспільно-політичному житті, з формуванням органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Їх важливою особливістю є те, що вони адресовані лише громадянам України. Конституція України передбачає наступні політичні права та свободи: право на свободу думки та слова; об'єднуватись у політичні партії та організації, на участь у професійних спілках; брати участь у референдумах і бути обраними, обирати до органів державної влади; право проводити зібрання, мітинги; звертатися до органів державної влади тощо.

Механізм забезпечення вказаних прав та свобод існує на практиці, і в ньому одне з найважливіших місць посідають органи внутрішніх справ. Дана ситуація пояснюється саме тим, що ОВС безпосередньо охороняють громадський порядок. Але відповідна діяльність ОВС суттєво ускладнюється внаслідок відсутності цілої низки нормативних актів:

1. На сьогодні відсутній закон, яким би регламентувалися правовідносини, пов'язані з діяльністю ОВС під час проведення виборів, референдумів, мітингів і демонстрацій. В цьому законі повинні бути чітко визначені завдання ОВС щодо охорони громадського порядку на виборчих дільницях, охорони членів виборчих комісій, кандидатів в депутати тощо.

2. Існують проблеми щодо порядку надання громадянам інформації про діяльність ОВС. Так, громадяни мають право отримувати інформацію про діяльність державних органів та їх посадових осіб, але система оприлюднення такої інформації ще розроблена не в достатній мірі.

Таким чином, ми бачимо, що докладна правова регламентація діяльності ОВС щодо забезпечення політичних прав та свобод громадян буде сприяти подальшому зміцненню законності в Україні.

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕДИЧНОГО ВТРУЧАННЯ В УКРАЇНІ*****І. Сенюта***

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Будь-яке лікування людини означає втручання як у її особисте життя, так і у сферу її здоров'я. У всіх випадках втручання у сферу здоров'я людини медичними працівниками, лікарями наукових лабораторій, дослідницьких інститутів присутній елемент новизни, ризику, тому необхідно мати належну правову базу, яка забезпечуватиме надійним способом гарантований державою захист прав людини на життя, здоров'я і тілесну недоторканість. Медичне втручання, тобто застосування методів діагностики, профілактики або лікування, пов'язаних із впливом на організм людини, відповідно до ст.42 Основ законодавства України про охорону здоров'я допускається лише у тому разі, коли воно не може завдати шкоди здоров'ю пацієнта. Зазначена стаття також передбачає, що медичне втручання, пов'язане з ризиком для здоров'я пацієнта, допускається як виняток в умовах гострої потреби, коли можлива шкода від застосування методів діагностики, профілактики або лікування є меншою, ніж та, що очікується у разі відмови від втручання, а усунення небезпеки для здоров'я пацієнта іншими методами неможливе. Основи закріплюють умови допустимості застосування ризикованих методів медичного втручання, зокрема: а) повинні відповідати сучасним науково обґрунтованим вимогам; б) повинні спрямовуватись на відвернення реальної загрози життю та здоров'ю пацієнта; в) повинні застосовуватись за згодою інформованого про їх можливі шкідливі наслідки пацієнта; г) лікар повинен вжити усіх належних у таких випадках заходів для відвернення шкоди життю та здоров'ю пацієнта. Для застосування методів діагностики, профілактики та лікування необхідна згода пацієнта, який відповідно до законодавства має право на інформацію, що повинна відповідати певним вимогам і бути надана у належний спосіб хворому, не порушуючи його прав. Згідно з ч.2 ст.32 Конституції України кожний громадянин має право знайомитись в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею. Зазначена стаття є конституційною основою права громадян на інформацію, у тому числі і про стан свого здоров'я. Подальша конкретизація і деталізація цього права міститься у п. "е" ст.6 Основ законодавства України про охорону здоров'я, у яких закріплено право на достовірну і своєчасну інформацію про стан свого здоров'я, включаючи існуючі і можливі фактори ризику та їх ступінь. Даному праву кореспондує обов'язок лікаря надати медичну інформацію, що визначений у ст.39 Основ, де вказано, що лікар зобов'язаний пояснити пацієнту у доступній формі стан його здоров'я, методу запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявності ризику для життя і здоров'я. У Рішенні Конституційного Суду від 30 жовтня 1997 року у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України "Про інформацію" та ст.12 Закону України "Про прокуратуру" (справа Устименка) визначено, що медична інформація – це свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі і про ризик для життя і здоров'я, яка за своїм правовим режимом належить до конфіденційної. Також у Рішенні КСУ зазначено обов'язок лікаря на вимогу пацієнта та членів його сім'ї або законних представників надавати їм таку інформацію повністю і в доступній формі.

Аналіз законодавства України дає підстави зробити висновок щодо вимог, які ставляться до медичної інформації, а саме: достовірна, своєчасна, повна, у доступній формі. Наше законодавство закріпило у ч.3 ст.39 Основ право лікаря обмежити інформацію для пацієнта, коли вона у повному обсязі може завдати шкоди хворому. Але у такому випадку лікар зобов'язаний поінформувати членів сім'ї або законного представника пацієнта. У Рішенні КСУ від 30 жовтня 1997 року (справа К. Устименка) передбачено, що в особливих випадках, як і визначає ч.3 ст.39 Основ законодавства про охорону здоров'я, коли повна інформація може завдати шкоди здоров'ю пацієнта, лікар може її обмежити. У цьому разі він інформує членів сім'ї або законних представників пацієнта, враховуючи особисті інтереси хворого. Таким же чином, лікар діє, коли пацієнт перебуває у непритомному стані. Як підкресливали А. Грандо та С. Грандо, навіть якщо лікар говорить з хворим відверто, він не повинен ставити перед собою мету вести себе як свідок на суді ("говорити правду, тільки правду і нічого крім правди"). Він не має права вести себе і як суддя: оголосити вирок. Правда лікаря не існує заради правди. Вона, на думку авторів, повинна служити життю, бути ліками, а не отрутою. Ще Гіппократ говорив: "Залиш хворого у незнанні того, що йому загрожує".

Обов'язковою умовою медичного втручання є інформована згода пацієнта відповідно до ч.1 ст.43 Основ. Крім цього, хочемо підкреслити, що така згода має бути добровільною, що означає заборону жодного тиску на хворого, а також можливість відкликати такий дозвіл у будь-який час. Необхідною умовою отримання згоди на втручання чи відмови від нього є медична інформація, яка повинна надаватись з урахуванням психоемоційних та розумових особливостей пацієнта. У даному випадку акцентується увага на здатності зрозуміти пояснення лікаря і прийняти своє рішення, на можливості оцінити свій стан і ступінь ризику медичного втручання і альтернативної допомоги, що пропонується лікарем, на необхідності робити вибір і усвідомлювати наслідки прийнятого рішення. Відповідно до законодавства (ч.1 ст.43 Основ) медичне втручання щодо пацієнта, який не досяг віку 15 років, а також пацієнта, що визнаний в установленому законом порядку недієздатним здійснюється за згодою їх законних представників. Основи законодавства України про охорону здоров'я передбачають виняток, який полягає, що у невідкладних випадках, коли реальна загроза життю є наявною, згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна. Вказане положення доцільно було б деталізувати, щоб запобігти зловживанням медичних працівників та уникнути надмірної кількості "медичних справ" за позовом пацієнтів на діяння медичного персоналу. Рішення у таких випадках в ідеальному варіанті повинно прийматись консіліумом лікарів, а при неможливості його зібрати – лікуючим або/та черговим лікарем з наступним невідкладним повідомленням службової особи закладу охорони здоров'я, що варто передбачати на законодавчому рівні. Як зазначали вчені (А. Загрядська, Л. Бедрін, П. Ширинський), отримання згоди хворого на операцію є здійсненням його конституційного права на недоторканість особи і, якщо хворий дає таку згоду, то це означає, що він сам свідомо вирішив, що операція необхідна для збереження його здоров'я і життя.

Закон визначає, що в разі, коли відсутність згоди може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити. Якщо і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право взяти від нього письмове підтвердження, а при неможливості його одержання – засвідчити відмову відповідним актом у присутності свідків (ч.3 ст.43 Основ). Крім цього, ч.4 ст.43 Основ передбачає, що у випадку, коли відмову дає законний представник пацієнта і вона може мати для пацієнта важкі наслідки, лікар повинен повідомити про це орган опіки і піклування. Хочемо підкреслити, що лікар повинен надати інформацію хворому про необхідність, мету, варіанти втручання. Лікар повинен проінформувати пацієнта про медичне втручання у доступній формі для нього і намагатись посприяти хворому прийняти рішення, яке у конкретній ситуації було б оптимальним і необхідним для збереження і відновлення життя і здоров'я.

Питання оформлення згоди та відмови від медичного втручання у законі чітко не визначено, що на практиці породжує багато проблем. У науковій літературі та у практичній діяльності закладів охорони здоров'я використовуються різні способи закріплення: підписка чи запис в історії хвороби, додаток до історії хвороби, заява, що вклеюється в історію хвороби про інформовану згоду, розписка тощо.

У нашому законодавстві не має уніфікованого підходу щодо оформлення згоди і відмови від медичного втручання. В Основах передбачено лише закріплення відмови від втручання, а саме – письмове підтвердження або відповідний акт у присутності свідків. На нашу думку, таке визначення не має особливого практичного значення, оскільки відсутня чітка нормативна регламентація, зокрема, підтвердження, але яке, або відповідний акт, але який? Таке законодавче положення у практичній діяльності медичного працівника породжує багатство колізій та проблем. Вважаємо, що і згоду, і відмову від медичного втручання потрібно оформляти у письмовій формі через закріплення їх у додатку до історії хвороби. У разі відмови від лікування і неможливості отримати підтвердження такої відмови, оформлення повинно бути відзначено безпосередньо у історії хвороби лікуючим лікарем у присутності свідків (не менше 2) – завідувачем відділу або головним лікарем закладу охорони здоров'я та іншим медичним працівником, що завіряється їх підписами. Думається, що було б доцільним, спільними зусиллями медиків і юристів розробити примірний текст додатку до історії хвороби на згоду на медичне втручання. Також хочеться підкреслити необхідність закріплення належного порядку оформлення згоди і відмови від втручання на законодавчому рівні, на нашу думку, у Медичному кодексі України, що стане гарантією дотримання та поваги до прав і гідності людини. Такий документ повинен позитивно впливати на відносини між лікарем і пацієнтом, сприяти формуванню взаємної поваги і довір'я та спільної відповідальності за прийняте рішення. Даний документ має містити дані про діагноз, прогноз методи лікування, можливі ускладнення, варіанти медичного втручання, його об'єм та ризик, склад і рівень кваліфікації медичної бригади тощо. Такий додаток повинен стати одним цілим з історією хвороби, що має важливе лікувально-діагностичне, науково-практичне, виховне і, звичайно, дуже важливе юридичне значення.

Вважаємо за необхідне привернути увагу і до ч.2 ст.43 Основ, яка передбачає положення, що у невідкладних випадках згода на медичне втручання не потрібна. Закон не містить жодного переліку невідкладних екстремальних випадків, які становлять реальну згоду життю хворого, що дають лікарю право оперувати та застосовувати складні методи діагностики без згоди самого хворого чи його законних представників. Практика медичної діяльності вказує, що такі випадки охоплюються невідкладною (ургентною) хірургією. Як зазначають вчені: "Невідкладна хірургія... це означає, що її не можна відкласти, що хірургічне втручання здійснюється за вітальними, життєвими, абсолютними показниками, що без операції неминуче настане смерть хворого, а операція дає шанс на порятунок, особливо, коли вона проведена своєчасно". Закон закріплює право лікаря без згоди проводити медичне втручання, але лише у виключних випадках, коли зволікання при встановленні діагнозу чи проведенні операції загрожує життю хворого. У даному випадку мова йде лише про так звані життєві показники для складних діагностичних процедур, які самі по собі можуть бути небезпечними для життя, і для проведення хірургічних операцій.

Дії лікаря в ургентних випадках є діями в умовах крайньої необхідності, яка виникає при наявності реальної небезпеки, яка загрожує життю хворого і не може бути усунена жодними іншими засобами, окрім операції. Стан крайньої необхідності має місце за певних умов, а саме:

- коли небезпека для життя людини дійсно є реальною, а не можливою. Тому, коли застосовується так звана "планова" операція як один з можливих методів лікування, то у таких випадках мова не може йти про крайню необхідність;
- небезпека, яка загрожує життю не може бути ліквідована іншими засобами, крім оперативного втручання;
- шкода, яка заподіюється при хірургічному втручанні повинна бути менш небезпечною для хворого, ніж шкода, що породжена паталогічним процесом чи травмою, з приводу якої і відбувалось хірургічне втручання.

У тому випадку, коли лікар не вжив усіх необхідних заходів для забезпечення успішного результату операції чи неналежно виконував професійні обов'язки, то у цих випадках стану крайньої необхідності не буде, і за несприятливий результат операції лікар буде нести відповідальність як за свої неправомірні дії. В Україні "медичні справи" до суду на сьогодні доходять не так часто як, на жаль, зустрічаються на практиці. Звичайно, не ведеться і статистика про "забуті" медичні інструменти чи інші предмети.

Реанімаційні заходи при термінальних станах є вищим ступенем ургентної хірургії і завжди підпадають під дію в умовах крайньої необхідності, але з дотриманням вимог закону.

Отже, з вище проаналізованого, на нашу думку, впливають такі узагальнення:

- право пацієнта на медичну інформацію гарантується законодавством, у тому числі і конституційним, але на жаль, проблема полягає у забезпеченні механізму реалізації цього права;
- необхідно закріпити на законодавчому рівні (у медичному кодексі України) визначення терміну "медична інформація" та вимоги до неї;
- доречно провести чітке законодавче розмежування понять "медична інформація" та "лікарська таємниця", зважаючи на наукову літературу, практичний досвід та Рішення Конституційного Суду від 30 жовтня 1997 року (справа Устименка);
- потрібно більш детально визначити право громадян на безпосереднє ознайомлення з інформацією, що міститься у медичній документації, зокрема в історії хвороби. Це зумовлено можливістю виникнення конфліктних ситуацій між медичними працівниками та пацієнтами і їх родичами щодо обсягу надання медичної інформації, способу її повідомлення тощо;
- законодавчо закріпити обов'язок лікарів щодо належного ведення медичної документації, яка має важливе юридичне, лікувально-діагностичне, науково-практичне і виховне значення, з метою захисту медичних працівників від можливих скарг на несвоєчасність, неповноту, недостовірність наданої медичної інформації тощо;
- необхідно законодавчо визначити поняття терміну "медичне втручання", умови правомірності його застосування, а також передбачити належне правове регулювання згоди на медичне втручання і спосіб оформлення як згоди, так і відмови від застосування методів діагностики, профілактики або лікування, пов'язаних із впливом на організм людини.

## СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

### АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО УКРАЇНИ НА ПОРОЗІ ЗМІН

*А. Школик*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Популярність адміністративного права як базової галузі публічного права серед студентів та випускників юридичних шкіл країн континентальної Європи є чималою і поступається, очевидно, лише цивільному праву. Подібного, на жаль, не можна було сказати до останнього часу про Україну, і тому спробуємо проаналізувати причини такої ситуації.

Насамперед, нагадаємо, що адміністративне право можна розглядати, як мінімум, у трьох вимірах: як юридичну науку, навчальну дисципліну та власне галузь національного права.

Адміністративне право як наука повинна обґрунтовувати необхідність існування тих чи інших інститутів публічної адміністрації, доводити доцільність створення нових чи реформування застарілих, а також вносити пропозиції щодо вдосконалення їх правового регулювання.

Адміністративне право як галузь національного права розглядаємо в позитивно-юридичному розумінні, тобто, як сукупність чинних адміністративно-правових норм нашої держави.

Адміністративне право як навчальна дисципліна займає проміжну роль між двома попередніми вимірами. З одного боку, вона вивчає існуючий стан правового регулювання адміністративно-правових відносин, а з іншого боку – саму адміністративно-правову доктрину, якою обґрунтовується існування чинних інститутів та пропозиції щодо покращення їх правового забезпечення. Інакше кажучи, студенти юридичних шкіл повинні знати не лише загальнообов'язкові адміністративно-правові норми, але й основні ідеї щодо вдосконалення адміністративно-правового регулювання суспільних відносин.

Розглянемо стан розвитку адміністративного права України у кожному з трьох запропонованих вимірів.

Після кількох десятиліть домінування усталених догм радянського адміністративного права, адміністративно-правова наука в Україні за останні роки здійснила чималий поступ. Цей факт засвідчує і розроблена у 1998 році Концепція реформи адміністративного права, якою було розпочато обґрунтування "нового" суспільного призначення адміністративного права як галузі, спрямованої в першу чергу на забезпечення прав і свобод громадян у відносинах з органами публічної адміністрації, і останні комплексні публікації за редакцією професора Авер'янова В.Б., що охоплюють більшість адміністративно-правових інститутів: монографії "Виконавча влада і адміністративне право" (2002 рік) та "Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики" (2003 рік), – не кажучи вже про спеціалізовані дослідження тих чи інших питань.

Слово "нове" щодо суспільного призначення адміністративного права не випадково взято у лапки, адже після десятиліть окремого шляху розвитку цієї галузі в Радянському Союзі (а періодами – і повної заборони) ми повертаємось до його витоків, і, зокрема, класичних праць зарубіжних та українських адміністративістів, погляди яких є актуальними та близькими нам сьогодні. Серед безпідставно забутих досліджень українською мовою варто згадати, насамперед, двохтомне дослідження професора Юрія Панейка "Наука адміністрації й адміністративного права", опубліковане в Аугсбурзі в 1949 році, що не втратило актуальності і сьогодні. Проте, повторимось, поступ української адміністративно-правової науки останніми роками є чималим, адже в будь-якому випадку навіть добрі ідеї, висловлені в минулому необхідно критично переосмислити відповідно до нових суспільно-історичних умов, що й робиться останніми роками.

Метою будь-яких наукових досліджень у сфері права повинна стати реалізація висловлених теоретичних ідей в практиці через закріплення їх у чинних юридичних нормах. Без цього розробки науковців втрачають зміст і набувають схоластичного характеру. Іншими словами, кращий доробок вчених-юристів повинен бути закріплений у загальнозобов'язуючих актах держави. Здебільшого, цього ще не сталося у царині адміністративного права. В кращому випадку, підзаконними

нормативно-правовими актами: Указами Президента та Постановами Кабінету Міністрів України, – удосконалено окремі аспекти організації та функціонування публічної адміністрації. Зокрема, тут слід згадати акти, спрямовані на покращення роботи уряду, центральних органів виконавчої влади, державної і муніципальної служби, що реалізували частину положень Концепції адміністративної реформи в Україні.

Проте базових для адміністративного права нормативно-правових актів у формі закону чи кодексу не прийнято, незважаючи на наявність їх проектів протягом довшого часу. Це стосується, насамперед:

- організації публічної адміністрації (Закони "Про Кабінет Міністрів України" та "Про центральні органи виконавчої влади");
- процедур діяльності органів публічної адміністрації і, зокрема, порядку прийняття нормативних та індивідуальних адміністративних актів та їх оскарження (Закон "Про нормативно-правові акти", Адміністративно-процедурний кодекс);
- судового контролю публічної адміністрації (Адміністративно-процесуальний кодекс).

Названі проекти законодавчих актів знаходяться на різних етапах законодавчого процесу. У разі їх прийняття адміністративне право України як галузь набуде нової якості і перестане асоціюватись в юридичних колах з інститутом адміністративної відповідальності, усталені погляди на який також сьогодні переглядаються українськими науковцями.

Адміністративне право як навчальна дисципліна, таким чином, опинилась між двох вогнів. З одного боку, ми викладаємо адміністративно-правову доктрину та перспективи розвитку законодавства, тобто, відповідаємо на питання: яким повинно бути адміністративно-правове регулювання? З іншого боку, аналізуємо чинні адміністративно-правові норми, тобто, визначаємо, яким є стан цього регулювання на момент вивчення конкретного питання. Поряд з цим, необхідно розглядати також і фактичний стан реалізації адміністративно-правових норм, адже кінцевою метою розробки теоретичних ідей та втілення їх у чинному законодавстві є реальний вплив правових норм на суспільні відносини. Адже не секрет, що в нашій країні навіть добре законодавство у багатьох сферах не виконується.

Таким чином, викладання адміністративного права України зводиться до трьох елементів: адміністративно-правової доктрини, чинного адміністративного законодавства та практики реалізації адміністративно-правових норм. Недооцінка будь-якого з цих елементів призводить до втрати комплексного бачення аналізованих явищ. Проте, з іншого боку, спостерігаємо доволі істотний розрив між ними: досягненнями науки та їх закріпленням у юридичних нормах, чинними актами та їх реалізацією. Без перебільшення слід відзначити, що зменшення цього розриву має надзвичайно важливе значення не лише для підвищення престижу адміністративного права, але й для наповнення реальним змістом конституційного положення про Україну як правову державу.

## ОРГАНІЗАЦІЙНО-ФУНКЦІОНАЛЬНІ ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

*Г. Ткач*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Організаційно-функціональні принципи адміністративного права впливають із структурної і організуючої ролі адміністративного права. Адже норми даної галузі забезпечують створення чіткої і злагодженої системи публічної влади (державного управління), а також виконання цією системою своїх функцій. До цієї групи можна віднести: принципи підзвітності і підконтрольності державних органів; відкритості і прозорості; принцип ефективності, неупередженості; принцип професіоналізму і компетентності державних службовців.

Принцип підзвітності і підконтрольності лежить в основі побудови складної системи публічної влади і формування зв'язків між її ланками та елементами. В цей принцип вбудовується принцип організації і принцип самостійності. В теорії адміністративного права зарубіжних країн принцип підзвітності і підконтрольності розглядається як один із нормативних стандартів, які покладені в основу адміністративного права і на яких будуються більш конкретні стандарти. Це фундаментальний принцип в тому розумінні, що він один із нормативних принципів, що лежать в центрі адміністративного права, яке відповідає ліберально-демократичній моделі. Центральна ідея принципу – в тому, що будь-який адміністративний орган повинен відповідати за свої дії перед одним або кількома адміністративними або законодавчими органами, що жоден адміністративний орган, який має повноваження приймати первинні адміністративні рішення, не може звільнитись від контролю і перевірки з боку іншого органу або органів.

В українському адміністративному праві підзвітність означає, що один орган (посадова особа) аргументовано пояснює свої дії, рішення іншому органу (посадовій особі). Суб'єкти виконавчої влади наділені особливими повноваженнями і можуть їх реалізувати при наявності певних визначених підстав стосовно інших суб'єктів, при цьому існує можливість витребувати пояснення органу виконавчої влади (посадовій особі) щодо законності використання цих повноважень. Підзвітність передбачає право на застосування заходів впливу.

Підконтрольність означає можливість органу виконавчої влади (посадовій особі) перевіряти і оцінювати діяльність іншого органу з метою впливу на її якість та ефективність. Як принцип адміністративного права він встановлює характер адміністративно-правового регулювання суспільних відносин, що виникають в процесі створення управлінських систем, побудови структури виконавчої влади. Однак наше законодавство і практика його реалізації не завжди зважають на цей важливий принцип, що породжує нечіткість організації самої системи виконавчої влади і механізму її функціонування.

Принцип відкритості і прозорості як фундаментальний принцип доброго адміністрування, позитивно зарекомендував себе в країнах, де сформувалась багата практика судового контролю за адміністративною владою.

Принцип відкритості передбачає, що виконавча влада відкрита для зовнішнього спостереження, а прозорість означає, що при цьому спостереженні видно наскрізь.

В літературі висловлюється слушна думка, що відкритість і прозорість можуть забезпечуватись за допомогою таких правил і практик:

- повідомлення про дії чи рішення, які мається на меті вчинити;
- забезпечення розкриття даних і будь-якої інформації, на якій базуються дії та рішення;
- вимоги про опублікування будь-якого формального чи неформального критерію, на основі якого приймалося рішення;
- забезпечення участі зацікавлених осіб в адміністративному процесі;
- вимоги про відкритий, а не таємний процес прийняття рішення;
- забезпечення доступності адекватних форм регресу при визначенні законності і правильності дій.

Україна повинна зробити важливий крок до законодавчого закріплення цього принципу, зокрема одягнути в правову форму процес державного адміністрування та адміністративно-процесуальну діяльність органів місцевого самоврядування, врегулювати зворотній зв'язок населення з органами виконавчої влади. Лише тоді можна говорити про відкритість і прозорість, коли будь-яка особа, що зазнає впливу адміністративної дії, може довідатись про підстави для вчинення такої дії, та відповідальність чиновників за обмеження відкритості і прозорості. (наприклад, положення кодексу про адміністративні правопорушення, які стосуються прав учасників провадження).

Принцип ефективності в вітчизняній літературі не розглядався як принцип адміністративного права. В російській правовій науці вперше як важливий принцип адміністративного права він був названий Д.М. Бахрахом. А А.П. Коренев розглядав його як принцип державного управління, з чим в певному сенсі можна погодитись, однак зміст його тоді дещо інший і стосується інших критеріїв оцінки.

Якщо говорити про ефективність як загальний принцип адміністративного права, то його суть полягає в оцінці ступеня втілення в життя публічною владою цілей законодавця через адміністративну нормотворчість, спрямовану на максимальне задоволення прав і свобод громадян. Навіть рішення, прийняті при здійсненні дискреційних повноважень повинні підпорядковуватися цьому прагненню. Тобто ефективність можна розцінювати як позитивний результат співвідношення між цілями законодавця і досягненням їх в нормативному акті, за допомогою найбільш раціональних засобів.

Реалізація цього принципу залежить від багатьох чинників: політичних, економічних, організаційно-технічних, а також правових. Кожне рішення органу виконавчої влади буде результатом вибору, на який справляють вплив вказані чинники.

Серед правових чинників важливе значення має застосування органами виконавчої влади правових форм і методів діяльності. Застосування визначеної форми і методу діяльності в значній мірі свідчить про результати виконавчо-розпорядчої діяльності. Правові приписи не залишають органам влади правових форм, чітко окреслюючи, яка правова форма повинна використовуватися в тій чи іншій справі, за винятком ситуацій, де при реалізації невіддільних повноважень вибір форми залежить від суб'єкта застосування.

До правових чинників також можна віднести встановлення особливих вимог до професійних і особистих якостей державного службовця. Дотримання цих вимог безпосередньо впливає на ступінь ефективності управлінської діяльності.

Принцип неупередженості має важливе значення при прийнятті адміністративних актів, рішень. Неупередженість сприяє цілісності адміністративних рішень, їх відповідності вимогам і підставам прийняття, а в кінцевому результаті – доброму адмініструванню. Неупередженість усуває відчуженість між владою і громадянином, сприяє якісному і професійному виконанню службового обов'язку і реалізації компетенції в цілому. Цей принцип тісно пов'язаний зі справедливістю, правом громадянина бути вислуханим, а також з принципом законності, оскільки упередженість вказує на те, що рішення було прийняте не у відповідності з законом. На практиці найбільш поширеною є особиста упередженість посадових осіб і державних службовців, обумовлена особистими інтересами і уподобаннями.

Принцип професіоналізму і компетентності державних службовців полягає в тому, що в адміністративно-правових нормах встановлюються правові основи управлінської діяльності в державних органах. Йдеться про професійне виконання завдань і функцій держави. Він передбачає знання справи, наявність досвіду і навичок в роботі, регулярне і кваліфіковане виконання функцій, чому в значній мірі сприяє глибоке володіння теорією державного управління. Можна сказати, що цей принцип є провідним при організації і функціонуванні державної служби. Професіоналізм забезпечується через компетентність, яка є необхідною умовою вступу на державну службу.



## СТАН ТА ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНОЇ СТРУКТУРИ СИСТЕМИ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

*М. Якимчук*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

**Постановка проблеми.** Актуальність дослідження шляхів реформування системи органів прокуратури підтверджується як необхідністю приведення зазначеного інституту у відповідність до конституційної моделі, так і необхідністю вдосконалення його організаційної структури в дусі судово-правової реформи.

Судово-правова реформа націлена на становлення незалежної судової влади, зорієнтованої на захист прав людини. Зазначена реформа не могла обійти правоохоронні органи, в тому числі й органи прокуратури. Під час її проведення значно змінилася уява про місце інституту прокуратури серед гілок державної влади, реформовано структуру, різні аспекти організації та діяльності прокуратури.

Зважаючи на вказані обставини, поглиблений аналіз цих та інших організаційно-правових проблем діяльності прокуратури має першорядне значення для виявлення позитивних і негативних рис її сучасного стану, перспектив розвитку загалом та особливо оптимізації управління в її органах.

Актуальність дослідження управління в системі органів прокуратури, її місця в державному механізмі, принципів особливостей побудови системи та шляхів їх покращання підтверджується тим, що лише на основі такого дослідження та в ході його проведення можливе вироблення концептуальних засад демократизації інституту прокуратури та внесення пропозицій по налагодженню нового комплексу відносин у системі його органів.

Комплексне реформування прокуратури та її становлення як незалежного державного органу потребують переосмислення та глибокого аналізу засад її організації та діяльності. Дані обставини лише підкреслюють актуальність проведення наукових досліджень у галузі управління в органах прокуратури України, пов'язаних передусім з пошуками шляхів реформування і вдосконалення організації та діяльності прокуратури України.

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Дослідженню даної проблеми присвячено праці багатьох українських вчених, зокрема, Давиденка Л.М., Косюти М.В., Мичка М.І., Мудрова А.М., Славського С.М., Зимовця А.С., Шумського П.В., які в своїх дослідженнях розглядають окремі питання організації і діяльності прокуратури. Однак, досліджуючи дані питання, вони недостатньо акцентують увагу на проблемах структурних реорганізацій в умовах приведення прокурорської системи України до конституційної моделі.

**Мета доповіді.** Автор ставить перед собою завдання проаналізувати стан та шляхи удосконалення організації прокурорської системи, приведення її структури у відповідність до функціональних завдань, визначених в Конституції України.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Ефективність діяльності прокуратури багато в чому залежить від того, як організована її система. Формування і наступні зміни організаційної структури органів прокуратури за минулий період її існування відбувалися найчастіше під впливом політичних рішень. Ця структура неминуче повинна відтворювати особливості соціально-економічного й іншого стану, бути максимально адаптованою до цих умов при незмінності функціонального наповнення діяльності прокуратури. Сьогодні ж потрібно реформувати систему органів прокуратури, оскільки необхідно привести її структуру у відповідність до напрямів її функціонування, визначених у Конституції України.

Необхідно відзначити, що керівники органів прокуратури завжди виконують таку функцію управління, як функція раціоналізації системи управління, головною метою якої є постійне вдосконалювання системи управління в органах прокуратури; раціональне формування та впорядкування керуючої та керованої підсистем і забезпечення динамічної рівноваги внутрішніх процесів системи задля приведення її структури у відповідність до функціональних завдань системи органів прокуратури, що поставлені перед нею Конституцією України.

Роль системи органів прокуратури в державному механізмі знаходить своє предметне втілення у функціях, що реалізуються нею. Водночас функції прокуратури визначено в Конституції України

насамперед з позиції сформованої правової держави. З огляду на це Основний Закон України містить розділ XV – "Перехідні положення". Згідно з п.9 цих положень, прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів та функцію попереднього слідства – "до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів, та до сформування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють її функціонування".

Зміни функціональних обов'язків і пріоритетів у діяльності прокуратури тягнуть за собою організаційну перебудову прокурорської системи в цілому та її окремих органів. Зумовлено це тим, що функції органу та його структура перебувають в органічному зв'язку, при якому функції характеризуються більшою мобільністю. Аналіз функцій прокуратури України, покладених на неї Конституцією України, дає змогу зробити висновок, що приведення прокурорської системи до конституційної моделі потягне за собою зміну типу прокуратури України. З прокуратури наглядово-обвинувального типу вона мала б перетворитися у прокуратуру переважно обвинувального типу, бо основним змістом її діяльності буде кримінальне переслідування осіб, які вчинили злочин.

Однак відмова від деяких функцій прокуратури в ході її реформування можлива лише за умови передачі цих функцій спеціальним структурам, здатним компенсувати діяльність прокурорської системи із захисту прав громадян, забезпечення законності і правопорядку.

Отже, реалізація положень щодо реформування прокуратури передбачає певні зміни не тільки в системі органів прокуратури, а й потребує перебудови державного контролю за додержанням Конституції і законів України органами та посадовими особами виконавчої влади, місцевого самоврядування, організаціями, установами, підприємствами всіх форм власності. З урахуванням викладеного та з огляду на невизначеність щодо того, на які ж конкретно державні органи буде покладено контроль за додержанням законів, а також зважаючи на реалії сьогодення (зокрема, економічної кризи, поширення злочинності та корупції, складної криміногенної ситуації), є підстави вважати, що на перехідному етапі розвитку правової держави прокуратура продовжує виконувати функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів і функцію досудового слідства.

На більш віддаленому етапі, в період соціальної, політичної та правової стабілізації, якщо прокурорська система буде приведена у відповідність до вимог Конституції України (визначення на законодавчому рівні державних органів, на які буде покладено контроль за додержанням законів), якщо серед цих органів законодавець не визначить прокуратуру і якщо, формуючи систему органів досудового слідства, до кола цих органів не включить органи прокуратури, організаційна структура як самої системи, так і апаратів її органів буде піддаватися ряду кардинальних змін.

Реформування прокуратури України відповідно до її нових функцій припускає зміну структури як прокурорської системи в цілому, так і її органів. Розглядаючи дану проблему зазначимо, що реорганізація прокурорської системи значною мірою пов'язана з трансформацією загальнонаглядової функції. Сьогодні прокурорський нагляд здійснюється у сферах, де поки не можуть розгорнутися ні Конституційний Суд, ні система загальних судів, ні Уповноважений Верховної Ради з прав людини, ні різні органи контролю.

Реальний стан дотримання органами виконавчої влади і місцевого самоврядування прав і свобод людини і громадянина та тривале впровадження в практику державного процесу принципу, за яким права і інтереси громадян є для них вихідними, приводить до висновку, що позбавлення органів прокуратури України функції нагляду за додержанням законів є передчасним. Нагляд за додержанням законів органами виконавчої влади та місцевого самоврядування набуває значення додаткової гарантії конституційних прав і свобод людини і громадянина. Виходячи з даного положення, Спеціальна комісія Верховної Ради України запропонувала доповнити передбачені ст.121 Конституції України функції прокуратури функцією "нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, а також за додержанням законів органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування". Таким чином обмежуватиметься предмет нагляду та завдання даного нагляду полягатиме в правозахисній діяльності прокуратури.

Існують думки щодо реформування слідства шляхом вилучення його з органів прокуратури. Такої ж позиції дотримується й автор, але дане вилучення не можна здійснювати сьогодні – під час перехідного періоду, а лише по його завершенні за умови законодавчого врегулювання кола державних органів та їхньої компетенції щодо здійснення даної функції.

На перехідний період, імовірно, збережеться нинішня організаційна структура, у тому числі так звані спеціалізовані прокуратури, які свого часу були створені з метою підвищення ефективності

загального нагляду у відповідних сферах правових відносин. Надалі ж структурне реформування, у разі законодавчого вилучення органів прокуратури з кола державних органів, на які будуть покладені функції контролю за додержанням законів та попереднього слідства, призведе до більш простої схеми, побудованої за територіальним принципом. У загальну організаційно-функціональну площину структури системи органів прокуратури будуть цілком інтегровані військова та спеціалізовані прокуратури.

В умовах перехідного періоду будь-яке ослаблення ланок правоохоронної системи не тільки не бажане, але й просто неприпустиме. При розгляді шляхів удосконалення діяльності органів прокуратури слід зважити й на існування певних обставин, що не сприяють підвищенню ефективності її роботи. Передусім йдеться про недосконалість правової бази діяльності прокуратури. У ст.123 Конституції України закріплено, що організація та порядок діяльності органів прокуратури України визначається законом. З урахуванням положень Конституції щодо функцій та повноважень прокуратури виникла і досі залишається нагальною необхідність прийняти новий закон про прокуратуру. До прийняття такого закону згідно з п.1 "Перехідних положень" Конституції Закон України "Про прокуратуру" є чинним у частині, що не суперечить Конституції України.

Аналіз тенденцій реформування системи органів прокуратури не можливий без аналізу шляхів оптимізації кількості рівнів управління в її ієрархії та окремих її органів. Реорганізація апаратів Генеральної прокуратури, а також обласних і прирівнених до них прокуратур поступово здійснюється на основі функціонального принципу, що припускає побудову структурних підрозділів відповідно до конституційних напрямків діяльності прокуратури. Такий підхід до побудови органів прокуратури дає змогу чіткіше окреслити компетенцію кожного підрозділу всередині апарату, що є важливою умовою ефективної роботи органу щодо виконання зовнішніх функцій прокуратури й одночасно підвищує його можливості щодо управління нижчестоящими прокуратурами.

До 1993 р. Згідно із Законом України "Про прокуратуру" штати і структура Генеральної прокуратури затверджувалася Верховною Радою України, однак, згідно з Законом України від 26.11.93 р., це право було надано Генеральному прокурору України. З того часу відбувались часті зміни структури Генеральної прокуратури України одночасно зі зміною розподілу обов'язків в її апараті.

У літературі неодноразово висловлювалась думка, що треба повернутися до практики, коли структура Генеральної прокуратури України розроблялася Генеральним прокурором України, але затверджувалася Верховною Радою України. Та варто знову ж таки наголосити, що такий зміст пропонуваної поправки до Закону України "Про прокуратуру" суперечить змісту статті 85 Конституції України, з якої випливає, що вичерпний перелік повноважень Верховної Ради України міститься лише в Конституції України. Таке ж повноваження, як затвердження структури Генеральної прокуратури України, до кола повноважень Верховної Ради України не входить. Ми згодні з тим, що вирішення Генеральним прокурором України питань структурно-організаційного характеру цілком узгоджується з централізацією прокурорської системи, а вирішувати ці питання шляхом парламентського голосування навряд чи доцільно. На нашу думку, найдоцільнішим виходом з такої ситуації було б закріплення основних засад побудови структури системи органів прокуратури в сукупності та організаційної структури апарату Генеральної прокуратури України в новій редакції Закону України "Про прокуратуру".

Застосування на практиці конституційної функції представництва та розвиток її здійснення в подальшому може потягти інтеграцію таких відокремлених нині функцій, як загальний нагляд та участь прокурора у розгляді справ у судах, з відповідною структурною перебудовою апаратів прокуратур обласного рівня і Генеральної прокуратури України та відповідною правовою регламентацією компетенції прокурорів.

З метою подальшого реформування прокуратури обґрунтовується питання щодо виконання нею функцій попереднього слідства. Як уже зазначалося, дана функція здійснюватиметься органами прокуратури доти, доки не буде сформована та визначена законом система досудового слідства і введені в дію закони, що регулюють її функціонування. Але на сьогодні цілком логічне цілісне організаційно-структурне забезпечення виконання даної функцій у структурі апарату Генеральної прокуратури України автономним підрозділом – управлінням з розслідування особливо важливих справ.

Реорганізація апарату Генеральної прокуратури України, яка відбувається та відбуватиметься й надалі, викличе організаційну перебудову апаратів обласних прокуратур. Метою організаційного реформування апарату обласних прокуратур є приведення їхніх структур у відповідність до:

1) функціональних завдань даного органу; 2) структури Генеральної прокуратури України з урахуванням власної штатної чисельності та компетенції.

Усі структурні підрозділи апарату Генеральної прокуратури України, що в межах своєї компетенції виконують функції прокурорської системи, повинні мати свої аналоги в обласних прокуратурах. На обласному рівні замість управління може бути відділ, а замість відділу – старший помічник прокурора області, але відповідний структурний підрозділ обов'язково повинен бути. У протилежному випадку руйнується принцип єдності та централізації прокурорської системи. Порівняльний аналіз структури Генеральної прокуратури України й обласних прокуратур показав, що даний принцип в цілому дотримується – структурні підрозділи Генеральної прокуратури мають свої аналоги в обласних прокуратурах у вигляді відповідних підрозділів або окремої штатної посади.

Реформуванню ж підлягають не лише організаційна та функціональна структури системи органів прокуратури, її органи та підрозділи їх апаратів, а й правовий статус прокурорських працівників-управлінців. Правовий статус керівників органів прокуратури та його правове закріплення також потребують удосконалення.

Відповідно до Конституції України прокуратуру держави очолює Генеральний прокурор України, якого призначає на посаду за згодою Верховної Ради України Президент України строком на п'ять років. Конституція України передбачає можливість дострокового звільнення Генерального прокурора України Президентом України. Деякі науковці пропонують закріпити у Законі України "Про прокуратуру" підзвітність і підконтрольність Генерального прокурора України лише Президенту України, базуючи свою позицію на ролі Президента України як гаранта додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. На нашу точку зору, така думка не достатньо обґрунтована, оскільки це, по-перше, потребувало би внесення поправки до ст.106 Конституції України, в якій визначено перелік повноважень Президента України як глави держави; а по-друге, Президент України будучи гарантом додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина сприяє функціонуванню відповідних механізмів повної та безперешкодної реалізації прав і свобод особи щодо усіх гілок влади та незалежних органів, що входять до системи стримувань і противаг, до яких відноситься й прокуратура.

Протидією тиску на прокуратуру з боку політичних, державних діячів повинна стати, на нашу думку, поправка до ст.122 Конституції України: "Прокуратуру України очолює Генеральний прокурор України, що призначається на посаду і звільняється Президентом за згодою Верховної Ради", що могло б слугувати додатковою гарантією незалежності прокуратури та її вищої посадової особи – Генерального прокурора України. Окрім цього, не закріплена процедура звільнення Генерального прокурора України Президентом України, що зумовлює необхідність розгляду цих питань у новому Законі України "Про прокуратуру".

В Україні Генеральний прокурор України призначає самостійно строком на 5 років усіх нижчестоящих прокурорів. І тільки прокурора Автономної Республіки Крим він призначає за погодженням з Верховною Радою Автономної Республіки Крим. Але ми вважаємо, що цим керівникам необхідні додаткові гарантії їхнього правового статусу і передусім як суб'єктів управління. Доцільно закріпити на законодавчому рівні повноваження прокурора області щодо управління підпорядкованими прокурорами. У чинному Законі України "Про прокуратуру" йдеться лише про його повноваження щодо штатів підпорядкованих йому прокуратур, але в даному Законі перелік організаційно-управлінських повноважень і функціональних обов'язків прокурора області повинен бути суттєво розширений, чітко сформульований та конкретизований.

Не можна також не звернути увагу ще на один момент. Відповідно до ст.15 вказаного Закону прокурорів областей та районів призначає Генеральний прокурор України, але чітко не визначено, чи має він право їх звільняти з займаної посади. Натомість передбачено, що Генеральний прокурор України звертається до Вищої Ради Юстиції з пропозиціями розглянути питання щодо несумісності діяльності прокурора із займаною посадою. Тому доцільно було б конкретизувати положення ст.15 та врегулювати питання, хто ж має право звільняти прокурорів. Окрім цього, прокурори областей для ефективнішої реалізації власних повноважень і більшої самостійності повинні зважати на підстави дострокового припинення ними повноважень, окрім тих, що зазначені для всіх працівників прокуратури в Дисциплінарному статуті Генеральної прокуратури України, які мають бути закріплені саме в Законі України "Про прокуратуру". Надані ж чинним Законом України "Про прокуратуру" повноваження для обласних і прирівнених до них прокурорів також не відповідають вимогам практики щодо управління як апаратом відповідної обласної прокуратури, так і міськими, районними та іншими прокурорами із правами районних.

**Висновки.** Отже, перед керівниками органів прокуратури завжди стоїть завдання удосконалення організаційної структури системи управління, основними з шляхів якої, на нашу думку є такі.

1. Реорганізація апаратів Генеральної прокуратури, а також обласних і прирівнених до них прокуратур на основі функціонального принципу, що припускає побудову основної частини структурних підрозділів відповідно до конституційних напрямів діяльності прокуратури з урахуванням належного балансу в структурі Генеральної прокуратури та прокуратур обласного рівня підрозділів галузевого, загального та забезпечуючого призначення.

2. Реорганізація апарату Генеральної прокуратури України, що припускає побудову основної частини структурних підрозділів відповідно до конституційних напрямів діяльності прокуратури з більш чітким окресленням компетенції кожного підрозділу всередині апарату, з одночасною відповідною перебудовою апаратів обласних прокуратур, з урахуванням неможливості цілковитого відтворення структури апарату Генеральної прокуратури України в структурі апаратів обласних прокуратур.

3. Реформування не лише організаційної та функціональної структури системи органів прокуратури, її органів та підрозділів їх апаратів, а й правового статусу прокурорських працівників-управлінців, для чого доцільно: а) закріпити в Законі України "Про прокуратуру" існуючий правовий статус керівників органів прокуратури; б) внести поправку до ст.122 Конституції України такого змісту: "Прокуратуру України очолює Генеральний прокурор України, що призначається на посаду і звільняється Президентом України за згодою Верховної Ради України", що слугуватиме додатковою гарантією незалежності прокуратури та її вищої посадової особи – Генерального прокурора України; в) визначити в ст.15 Закону України "Про прокуратуру" процедуру звільнення Генерального прокурора України і зазначити, що "з моменту встановлення в діях Генерального прокурора України ознак злочину Президент України вправі усунути Генерального прокурора України від виконання службових обов'язків до набрання законної сили вирокom щодо нього"; г) закріпити в ст.15 Закону України "Про прокуратуру" механізм призначення, обсяг і межі повноважень виконуючого обов'язки Генерального прокурора України; д) конкретизувати положення ст.15 Закону України "Про прокуратуру" та закріпити за Генеральним прокурором України право звільнення прокурорів прокуратур обласного рівня і визначити підстави дострокового припинення ними повноважень, окрім тих, що зазначені для всіх працівників прокуратури в Дисциплінарному статуті Генеральної прокуратури України, які мають бути закріплені саме в Законі України "Про прокуратуру"; е) визначити в нормативних актах як законодавчого, так і відомчого характеру, правовий статус помічників і радників Генерального прокурора України та його Першого заступника, впорядкувати та конкретизувати їхню компетенцію; є) чітко сформулювати в наказах Генерального прокурора України, відповідно до законів України, КПК і ЦПК, управлінські повноваження прокурорів управлінь і відділів апаратів прокуратур обласного рівня.

**АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПОЗОВ ЯК ЗАСІБ ЗАХИСТУ  
ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ГРОМАДЯНИНА****Н. Янюк***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Законодавство демократичних держав закріплює різноманітні способи та засоби захисту прав громадян, проте чільне місце серед них займає судовий захист. Це зумовлено відокремленістю судової гілки влади, що забезпечує можливість об'єктивно та неупереджено вирішити справу і прийняти обгрунтоване рішення у справі. Як показує зарубіжний досвід, особливе значення у вирішенні публічно-правових конфліктів, які виникають між громадянами і органами виконавчої влади у процесі реалізації першими конституційних прав і свобод, належить адміністративним судам. Тому одним із напрямів адміністративної та судово-правової реформ в Україні є створення системи адміністративних судів.

Сама тема адміністративного судочинства в Україні не є новою і вагомий внесок у її розвиток зробили В.М. Кампо, Г.Й. Ткач, В.С. Стефанюк, В.І. Шишкін та інші науковці. Сьогодні вже не викликає жодних сумнівів, що найбільш дієвим і ефективним засобом захисту громадян від неправомірних рішень, дій чи бездіяльності органів публічної влади є адміністративне оскарження та позовне провадження.

Після прийняття Закону України від 7 лютого 2002 р. "Про судоустрій України", яким передбачено створення адміністративних судів в Україні, виникла потреба прийняття процесуального законодавства, яке би визначило механізм здійснення адміністративного судочинства. У процесі розробки адміністративно-процесуального законодавства серед науковців розгорілась дискусія щодо процесуальної підстави початку провадження в адміністративній справі. Особливою гостроти набуло визначення процесуального засобу порушення справи в адміністративному суді. Тому ця проблема вимагає поглибленого дослідження, а у подальшому – належного закріплення в Адміністративно-процесуальному кодексі.

Серед пропозицій, які висловлювались у цьому напрямі, найбільшого схвалення отримали *адміністративна скарга* і *адміністративний позов*. Висловлювалась і третя позиція, що провадження в адміністративній справі розпочинається "не інакше як на підставі поданої і оформленої в порядку, встановленому в Адміністративному процесуальному кодексі, *заяви*". Оскільки звернення до адміністративного суду є процесуальною підставою початку провадження в адміністративній справі, тому важливо визначитися з його формою, що у подальшому зумовлює відповідні юридичні наслідки для особи

Згідно ст.40 Конституції України право на звернення до державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб є конституційним правом громадянина і разом з тим є засобом реалізації інших конституційних прав і свобод. Відповідно до Закону України "Про звернення громадян", Звернення громадян спрямовані на: реалізацію конкретних суб'єктивних прав; виконання обов'язків; отримання суб'єктивного права, якого особа не має, але на яке може претендувати згідно чинного законодавства; захист прав і законних інтересів від неправомірних дій зі сторони інших осіб. Законом закріплено три види звернень громадян: пропозицію (зауваження), заяву (клопотання) і скаргу. Відповідно до закону: заява – це звернення громадян із проханням про сприяння реалізації закріплених Конституцією та чинним законодавством їх прав та інтересів або повідомлення про порушення чинного законодавства чи недоліки в діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, народних депутатів України, депутатів місцевих Рад, посадових осіб, а також висловлення думки щодо поліпшення їх діяльності. Таким чином, заява є одним із засобів, що опосередковує реалізацію прав і законних інтересів громадян, і не спрямована на захист їх суб'єктивних прав.

До особливого виду звернення громадян належить скарга. Змістом скарги є вимога громадянина про поновлення прав і законних інтересів громадян, які були порушені внаслідок неправомірної діяльності (бездіяльності) державними органами, органами місцевого самоврядування, установами, організаціями, об'єднаннями громадян, підприємствами, посадовими особами. На перший погляд,

сама скарга може виступати підставою порушення адміністративної справи в суді. Проте, слід погодитися з висловленими з цього приводу міркуваннями, що термін "оскарження" позначає дію, а не форму звернення до суду. Чинне цивільно-процесуальне законодавство, яким регулюється порядок вирішення публічно-правових спорів виходить з поняття скарги як підстави порушення провадження в суді. Проте в процесі реформування процесуального законодавства і прийняття Адміністративного процесуального кодексу, дану ситуацію слід переглянути, так як подання адміністративної скарги ставить громадянина у залежність від волі владного суб'єкта, який вирішуватиме публічно-правовий конфлікт. У цьому випадку громадянин не може виступати як активний учасник адміністративного процесу, а відповідно порушуються й принципи рівності усіх учасників адміністративного судочинства перед законом і судом, змагальності сторін і офіційного з'ясування усіх обставин справи.

Фактичною підставою звернення до суду є адміністративно-правовий конфлікт (спір). Існують різні визначення цього терміну "конфлікт". В узагальненому вигляді Н.Ю. Хаманьова визначає його, як "прояв об'єктивних чи суб'єктивних протиріч, що виникають з протистояння сторін", тобто це така ситуація, коли сторони публічно-правових відносин переслідують свої цілі, які суперечать або взаємно виключають одна одну. При цьому слід зауважити, що сторони не перебувають між собою у службових чи організаційно-правових відносинах, вони є рівноправними учасниками цих відносин. У такому разі процесуальною підставою порушення справи в адміністративному суді має бути адміністративний позов, а сторонами адміністративного процесу виступатимуть позивач і відповідач, які на рівних засадах братимуть участь у наданні доказів у справі.

Поняття адміністративного позову слід визначати через наявність матеріально-правової і процесуальної сторони позову. Матеріально-правовою стороною виступають:

- вимога позивача про визнання незаконним адміністративного акта;
- визнання за громадянином прав та законних інтересів, які були порушені цим актом;
- усунення неправомірних наслідків, спричинених таким актом.

При визначенні матеріальної сторони слід врахувати наявність предмету адміністративного спору, тобто кола питань, віднесених до підвідомчості адміністративному суду, оскільки їх відсутність не дозволяє розглянути справу в порядку адміністративного судочинства і спонукає до пошуку інших способів захисту порушених прав.

Зміст процесуальної сторони позову становлять такі основні елементи як:

- процесуальні право- та дієздатність позивача;
- дотримання встановленої процесуальної форми позовної вимоги;
- дотримання процесуальних строків подання позову до суду.

У деяких країнах існує загальне правило досудового вирішення публічно-правового конфлікту. Особа, на думку якої певний адміністративний акт порушує її конституційні права, повинна звернутися спочатку з адміністративною скаргою до відповідного відомства, посадова особа якого видала такий акт, або до вищестоящего органу, а лише після відмови позитивно вирішити чи залишення скарги без розгляду – звернутися до адміністративного суду. У цьому випадку адміністративний суд не розглядає позову до отримання відмови адміністративного органу щодо урегулювання публічно-правового конфлікту (спору) мирним шляхом. Зокрема, такий порядок розгляду передбачає законодавство Німеччини, Франції та деяких інших країн. Конституцією України не передбачено обов'язковості досудового (адміністративного) вирішення публічно-правового конфлікту (адміністративного спору), тому спосіб захисту залежить від вибору заінтересованої сторони.

Згідно загальносудовим процедурним правилам адміністративний суд не має права порушити справу самостійно, за власною ініціативою, тому необхідною умовою є наявність процесуально оформленого звернення з боку заінтересованої сторони. Аналізуючи досвід зарубіжних країн у регулюванні цього питання, доцільно визнати, що процесуальною підставою порушення справи виступає адміністративний позов, наявність якого визначає рівні правові можливості сторін спору у захисті своїх інтересів.

Таким чином, на підставі аналізу законодавства зарубіжних держав та враховуючи положення національного цивільно-процесуального законодавства щодо судового розгляду майнових спорів і захисту законних інтересів сторін, доцільним є закріплення в Адміністративно-процесуальному кодексі *адміністративного позову* як засобу захисту в суді прав громадян, які, на їх думку, порушені посадовими чи службовими особами або самими органами публічної влади. Відтак сторонами адміністративної справи слід визнати "позивача" і "відповідача", закріпивши в адміністративно-процесуальному законодавстві їх процесуально-правовий статус.

**МИТНЕ ПРАВО УКРАЇНИ В ПЕРІОД РЕОРГАНІЗАЦІЇ  
МИТНИХ ОРГАНІВ ЗА ЗАКОНОМ УКРАЇНИ "ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ТА  
ДОПОВНЕНЬ ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ З  
МИТНИХ ПИТАНЬ ВІД 28.01.94 Р."**

*А. Мицак*

*Митний пост "Львів-аеропорт"*

З часу проголошення незалежності митна система України удосконалювалась і розвивалась разом з державою. Як вже зазначалося, ставши незалежною, Україна отримала незначну частину митної системи колишнього Радянського Союзу. Головним завданням стала переорієнтація діяльності митних органів в інтересах молодого держави, її народу, утворення нових митниць та інших підрозділів. Незважаючи на певні ускладнення, нестачу кваліфікованих кадрів у справі розробки та підготовки актів митного законодавства, ці завдання поступово втілювались в життя.

Протягом 1992-93 років створено розгалужену систему митних органів по всій території України, запроваджено систему кодування митних установ, визначено зони діяльності митниць та спеціалізованих митних організацій, запроваджено митний контроль по всьому периметру кордону.

Враховуючи значне збільшення кількості суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та зростання пасажиро потоків, вантажних перевезень, з метою забезпечення ефективного функціонування митної системи та успішного виконання поставлених завдань наказом ДМК України від 8.04.92 р. було утворено митні пости та митниці.

Зокрема, Могилів-Подільський митний пост підпорядкований Вінницькій митниці зі штатною чисельністю 10 одиниць.

Наказом Держмиткому України №74 від 10.04.92 р. було визначено зони діяльності митниці України згідно з додатком 1, запроваджено систему кодування митних установ України. За кожною митною установою закріплено окремий код згідно з додатком 2.

Зони діяльності митниць та коди установ, прийняті в митній системі колишнього СРСР, на території України вважались недійсними з дня підписання наказу №74.

Наступним етапом стало створення митниць, митних постів на кордоні України з Молдовою, а дещо пізніше – на кордонах з Росією та Білорусією. Держмитком України тим самим формував митну систему та облаштовував український кордон з колишніми радянськими республіками. Наказом ДМК України №103 "Про створення митних установ на українсько-молдавському кордоні, який був виданий згідно з Указом Президента України від 17.08.92 р. "Про заходи щодо охорони державного кордону України з республікою Молдова" та постановою Кабінету Міністрів України від 14.04.92 р., було створено нові митні пости та митниці. Зокрема, Могилів-Подільський митний пост перетворено в Могилів-Подільську митницю і визначено зону її діяльності територією шести районів в Вінницькій області. Митниці присвоєно код 10800 та встановлено штатну чисельність 120 од.

22.06.92 р. наказом ДКМ України затверджено Положення про чергову службу ДКМ України з метою удосконалення управління, забезпечення оперативного реагування на зміну обстановки в пунктах пропуску через державний кордон України, підтримання постійного зв'язку між Митним комітетом та митними установами. Чергова служба ДКМ України входила до складу Управління організації митного контролю і очолював її головний інспектор.

Основними завданнями чергової служби були:

- організація і забезпечення збору оперативної інформації з митних установ з питань митного контролю осіб, транспортних засобів, вантажів та іншого майна, що переміщується через митний кордон України;
- аналіз і узагальнення одержаної інформації для доповіді керівництву Комітету;
- забезпечення своєчасного доведення поточних вказівок та розпорядження керівництва комітету до митних установ.

На виконання розпорядження Президента України від 12.10.92 р. "Про прикордонно-митний контроль на державному кордоні України з Республікою Беларусь і Російською Федерацією" і



постанови Кабінету Міністрів України від 10.11.92 р. "Про заходи щодо організації прикордонно-митного контролю на державному кордоні України з Республікою Беларусь і Російською Федерацією" з метою встановлення контролю за переміщенням товарів та інших предметів між Україною і країнами колишнього СРСР, наказом ДКМ України від 29.03.93 р. "Про природно-митний контроль на державному кордоні України" передбачалось наступне:

1. Запровадити митний контроль на кордоні України з країнами колишнього СРСР, включаючи аеропорти та пункти міжнародного поштового обміну, з 1 04.93 р.

2. Ввести з 1.04.93 р. декларування товарів та інших предметів, що вивозяться з України у країни колишнього СРСР та ввозяться з цих країн в Україну.

Начальникам митниць сформувати інспекторів для роботи в умовах відрядження на контрольних постах на кордоні з Республікою Беларусь і Російською Федерацією.

Наказами Держмиткому України від 4.02., 14.05., 19.07.93 р. було створено ряд нових митних установ, а також збільшено штатну чисельність вже існуючих на той час митниць та митних постів.

З метою впорядкування структури діючих митниць та відповідно до типового положення про митницю України наказом ДМК України від 28.05.93 р. було затверджено типову структуру митниці, а саме:

1. Начальник митниці
  - заступник начальника
  - заступник начальника – начальник відділу
  - заступник начальника по боротьбі з контрабандою та порушеннями митних правил – начальник відділу
2. Відділ по роботі з особовим складом
3. Відділ митних доходів та платежів
4. Відділ статистики та інформатики
5. Відділ бухобліку та звітності
6. Відділ технічних засобів митного контролю та зв'язку
7. Відділ матеріально-технічного та речового забезпечення
8. Відділ капітального будівництва і експлуатація митних об'єктів
9. Відділ по боротьбі з контрабандою та порушення митних правил
10. Відділ дізнання та провадження у справах про порушення митних правил
11. Пасажирський відділ (№1, №2 і т.д.)
12. Вантажний відділ (№1, №2 і т.д.)
13. Відділ несупроводжуючого багажу
14. Відділ митного контролю транспортних засобів
15. Канцелярія
16. Юрисконсульт.

Однак, на практиці проблем у митників вистачало.

Зокрема, особовий склад контрольних служб працював в тимчасових приміщеннях типу "вагончик", які розміщувалися, як правило, на узбіччі доріг і не завжди мали охорону. Відсутні були умови для стягнення платежів, зберігання конфіскованих предметів, вогнепальної зброї тощо. Пункти пропуску нерідко розташовувалися на значній віддаленості від ліній проходження кордону, що в окремих випадках, створювало сприятливі умови для незаконного переміщення товарів поза пунктами пропуску по об'їзних ґрунтових дорогах. Як правило, було відсутнє штучне освітлення території пункту пропуску, відсутні модулі для поглибленого митного огляду, місця для затриманих та не пропущеного транспорту. Не було необхідних сервісних умов для громадян, що переміщувалися через митний кордон.

Отже, в організаційних питаннях на перших порах простежувалось явне відставання від прийнятого законодавства.

Існувало багато проблем і у боротьбі з контрабандою та порушенням митних правил. Спеціалісти констатували, що результати роботи в цьому напрямку були б багато вагомішими, якби

керівники та оперативний штаб підрозділів по боротьбі з контрабандою з більшою увагою ставилися до норм кримінально-процесуального права, положень та інструкцій Комітету.

Голова Держмиткому в своїй доповіді: "Про підсумки оперативно-службової діяльності митних органів України у 1995 р. та основні напрямки роботи по вдосконаленню митної системи вказував: "За скоєні злочини минулого року притягнуто до кримінальної відповідальності 65 працівників митниць, з них засуджено 25. Звільнено з роботи понад 700 працівників, значна частина яких за ініціативою адміністрації. Відносно 3390 службових осіб митних установ – а це майже п'ята частина працівників, вживалися дисциплінарні заходи.

Незважаючи на всі ці ускладнення, було зроблено значний крок в напрямку формування ефективної та чіткої системи митних органів.

У 1992 р. Україна стала повноправним членом Всесвітньої митної організації.

З метою надання плановості в роботі з розбудови митної інфраструктури на кордонах України указом Президента України від 16.12.93 р. було затверджено Комплексну програму розбудови державного кордону України. Нею на період до 2000 р. було передбачено комплекс політичних, організаційних, правових та матеріально-технічних заходів, спрямованих на створення митної інфраструктури.

На виконання поставлених завдань Держмиткомом України була проведена реконструкція діючих міжнародних пунктів пропуску через державний кордон для автомобільного сполучення.

У ході реалізації програми було збудовано і додатково відкрито для митного контролю ще 22 пункти пропуску.

Крім того, згідно Комплексної програми було введено в дію ще 34 міждержавних пунктів пропуску, в тому числі 4 ("Успенка", "Устилуг", Малий Березний", "Новоукраїнка") за постійною схемою.

Якщо на 1991 р., коли в Україні було 26 митниць і 41 митний пост, то вже на початку 94 р., кількість митниць та митних постів зросла відповідно до 65 та 11.

За 1992-96 рр. було створено інфраструктуру спеціалізованих митних установ. У 1992 р. – інформаційно-обчислювальний центр, у 1993 р. – базу постачання та технічного обслуговування Держмиткому. В 1994 р. створено Центральну митну лабораторію, в 1995 р. – спеціалізоване автогосподарство, в 1996 р. – Господарсько-експлуатаційне митне управління. Ці спеціалізовані управління та організації значною мірою забезпечили виконання функцій зі створення та експлуатації митної інфраструктури, інформаційного обслуговування, матеріально-технічного обслуговування митних органів.

У стислі строки було створено базу даних електронних копій вантажних декларацій. Поступово було сформовано інститут "митних брокерів" – підприємств, які здійснюють декларування вантажу на підставі договору.

Держмитком в міру можливого, намагався матеріально і технічно забезпечити митні установи. В 1993 р. було придбано і передано в основному новим митницям, понад 250 одиниць транспортних засобів, значна кількість спеціального і формального одягу, газової зброї і спорядження. Митні органи обладнувались комп'ютерами, копіювальними машинами, обчислювальною технікою. В листопаді 1995 р. було створено базу постачання і технічного обслуговування Держмиткому України, яка за короткий час освоїла виділене приміщення (4 будинки та 2 ангари) і налагодила прямі зв'язки з постачальниками і усіма митницями.

На виконання Указу Президента України від 14.07.95 р. "Про заходи щодо забезпечення контролю за переміщенням транзитом товарів через територію України" та відповідних рішень уряду Державною митною службою протягом трьох років було створено та введено в експлуатацію транспортну мережу супутникового зв'язку. Вона дозволяє забезпечити функціонування електронної пошти та передачі електронної митної інформації. Оперативний доступ до центральної бази даних каналами митної інформації. Оперативний доступ до центральної бази даних каналами мають практично усі митні органи.

З метою нарощування кадрового потенціалу та налагодження системи підготовки митних кадрів у 1994 р. Держмитком розробив концепцію створення національної системи підготовки кадрів, яка визначила основні стратегічні напрямки розвитку професійного навчання з митної справи.

Одним з найважливіших напрямків кадрової роботи стали забезпечення якісної підготовки новоприйнятих працівників, а також організація підготовки та перепідготовки працівників в навчальних закладах, на спеціальних курсах і семінарах по підвищенню кваліфікації.

Зробивши складні перші кроки у становленні власної митної справи, державі було необхідно продовжити цей процес. Подальше вдосконалення технічного забезпечення митниць, облаштування пунктів пропуску вимагало вдосконалення системи митних органів відповідно до потреб часу. Ці питання можна було вирішити лише шляхом прийняття конкретних нормативно-правових актів. Тому Законом України "Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів з митних питань" від 28.01.94 р. було створено проміжну ланку в управлінні митною справою України, а саме територіальні митні управління. З цього часу утворилася триланкова структура управління митною справою. Державний митний комітет України – територіальні митні управління – митниці та інші митні установи.

Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 8.07.94 р. №465 були створені територіальні митні управління: Дніпровське, Західне, Карпатське, Кримське, Південне, Південно-Східне, Східне, Центральне.

Територіальні митні управління здійснювали безпосереднє керівництво митними установами, розташованими на відповідній території.

Отже, проведена реорганізація митних органів покращила роботу митної системи України в цілому. Проте, як показав досвід, діяльність територіальних управлінь, які лише дублювали окремі функції центрального апарату не виправдала себе. Назріла необхідність кардинально реорганізувати структуру митної системи України.

**ФОРМУВАННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА  
В ГАЛУЗІ ВЕТЕРИНАРНОЇ МЕДИЦИНИ УКРАЇНИ***А. Годяк**Львівська регіональна служба державного ветеринарно-санітарного контролю  
та нагляду на державному кордоні та транспорті*

Після проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року, відбулося істотне оновлення національного ветеринарного законодавства, яке відразу набуло динамічного розвитку.

Відлік започаткувала Верховна Рада України, яка прийняла та ввела в дію своєю постановою від 25 червня 1992 року Закон України "Про ветеринарну медицину" – основний документ, що визначав загальні правові, організаційні та фінансові засади функціонування ветеринарної медицини, а також напрямки державної політики в даній галузі. В цей час закладаються підвалини становлення та розвитку ветеринарної служби в Україні.

Постановою Кабінету Міністрів України від 20 листопада 1992 року №629 затверджено положення про Головне управління ветеринарної медицини з державною ветеринарною інспекцією Міністерства сільського господарства і продовольства України, затверджуються положення про обласні управління ветеринарної медицини з державною ветеринарною інспекцією, Київське і Севастопольське міські управління державної ветеринарної медицини (постанова Кабінету Міністрів України від 19 квітня 1993 року №285). На виконання розпорядження Президента України від 12 жовтня 1992 року "Про прикордонно-митний контроль на державному кордоні України з Республікою Беларусь і Російською Федерацією", Міністерство сільського господарства і продовольства України видає наказ за №7 від 19 січня 1993 року "Про організацію державного ветеринарного контролю на державному кордоні і транспорті України", яким ліквідовано прийняті з колишнього союзного підпорядкування ветеринарні служби на Донецькій, Львівській, Одеській, Південній, Південно-Західній та Придніпровській залізницях та створено регіональні служби державного ветеринарного контролю на кордоні та транспорті, відповідно, вже при вищевказаних залізницях. З цього моменту, поряд з обласними управліннями, до системи органів ветеринарної медицини входять шість регіональних служб, на які покладено функцію здійснення ветеринарного контролю та нагляду при перетині державного кордону та на транспорті.

Тоді ж приймаються перші міжнародні акти. Так, в березні 1993 року підписано Угоду про співробітництво в галузі ветеринарії, учасниками якої, на момент підписання, окрім України, були Російська Федерація та Республіка Беларусь. В серпні 1993 року підписано Угоду про співробітництво між Міністерством сільського господарства і продовольства України та Міністерством сільського господарства і риболовства Королівства Нідерландів в галузі ветеринарії. Обидва документи набули чинності з моменту їх підписання.

Прийнято ряд інших нормативних актів.

Наступний етап розвитку ветеринарного законодавства пов'язаний з прийняттям 28 червня 1996 року Конституції України, коли постала потреба приведення національного законодавства у відповідність до вимог Основного закону нашої держави. Неабияку роль відіграла також ратифікація Верховною Радою України в листопаді 1994 року Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими співтовариствами та їх державами-членами, стаття 51 якої передбачала однією з важливих умов для зміцнення економічних зв'язків між Україною та співтовариствами – зближення існуючого і майбутнього законодавства України щодо охорони здоров'я та життя людей, тварин і рослин з законодавством співтовариства.

Зважаючи на ці два фактори, 5 грудня 1996 року Верховна Рада України прийняла Закон "Про внесення змін до Закону України "Про ветеринарну медицину", який став другою офіційною редакцією.

Нова редакція закону була більш досконалою: вперше ветеринарна медицина розглядалась як галузь, що охоплює систему наук про хвороби тварин, їх профілактику, діагностику, лікування тощо (на відміну від "комплексу заходів" в попередньому законі, хоча ще і не як "наука"), розкривається поняття державного ветеринарного контролю (стаття 1). Розширилась виключна компетенція

Державного департаменту ветеринарної медицини та компетенція органів управління державної ветеринарної медицини, зокрема щодо відбору зразків сировини і матеріалів, а також продуктів (продукції), що виробляється чи реалізується, для проведення відповідних досліджень (стаття 12). Вперше законодавчо визначені та закріплені не тільки права, але й обов'язки посадових осіб, які здійснюють державний ветеринарний контроль (стаття 19), права юридичних та фізичних осіб щодо забезпечення ветеринарно-санітарного та епізоотичного благополуччя (стаття 27). Закон набув, тим самим, певних рис демократичності.

Одночасно зі змінами до Закону України "Про ветеринарну медицину", Верховна Рада України прийняла Закон "Про відповідальність підприємств, установ та організацій за порушення законодавства про ветеринарну медицину". Хоча, враховуючи, що даний закон містив лише чотири статті, доцільніше було закріпити ці норми в окремому розділі нової редакції Закону України "Про ветеринарну медицину".

15 листопада 2001 року Верховна Рада України Законом "Про внесення змін до Закону України "Про ветеринарну медицину" приймає третю редакцію даного нормативного акта, що стало результатом поетапного впровадження в Україні вимог директив Європейського Союзу, санітарних, екологічних, ветеринарних, фітосанітарних норм та міжнародних і європейських стандартів.

На відміну від попередніх редакцій, ветеринарна медицина розглядається вже як "галузь науки", закріплене визначення "ветеринарної практики", розрізняються поняття "державний інспектор ветеринарної медицини" та "спеціаліст ветеринарної медицини" (стаття 1).

Згідно з пунктом 5 "Прикінцевих положень", одночасно з прийняттям вищевказаної редакції, втратив чинність Закон України "Про відповідальність підприємств, установ та організацій за порушення законодавства про ветеринарну медицину", вимоги якого частково знайшли своє відображення в Розділі IX "Відповідальність суб'єктів господарювання за правопорушення у галузі ветеринарної медицини".

Таким чином, можна сміливо стверджувати, що на сьогоднішній день в Україні, загалом, сформоване ветеринарне законодавство, здатне забезпечити запобігання хворобам і захист людей від захворювань, спільних для тварин та людей. Проте, ще залишається ряд моментів, які вимагають свого законодавчого врегулювання, тим самим визначаючи перспективи подальшого розвитку ветеринарного законодавства.

Зупинимось на деяких з них.

1. Всі ми пам'ятаємо події декількарічної давності, коли у Великобританії, Франції, Іспанії, Португалії та ряду інших європейських країн збитки, спричинені захворюванням великої рогатої худоби на енцефалопатію, більш відому як "коров'ячий сказ", яка в деяких місцях набула масштабів епідемії, становили декілька мільярдів доларів. Неважко собі уявити, які б були наслідки, як би м'ясо цих тварин потрапило в їжу людей.

За наявності реальної небезпеки виникнення епідемій, що створюють загрозу життю і здоров'ю населення, відповідно до пункту 1 статті 4 Закону України "Про надзвичайний стан", в окремих місцях або на всій території України може бути запроваджено надзвичайний стан. Він встановлюється постановою Верховної Ради України з негайним повідомленням Президента України або указом Президента України, який підлягає затвердженню Верховною Радою. Одночасно запроваджується карантин тварин.

В Законі України "Про ветеринарну медицину" (остання редакція) питанням встановлення карантину, здійснення відповідних заходів, правам юридичних та фізичних осіб, які постраждали внаслідок таких заходів, відведено лише три статті. Це надзвичайно мало, зважаючи на можливі наслідки. Тому є потреба в прийнятті Закону України "Про карантин тварин", який би закріпив правові, організаційні та фінансово-економічні основи карантину тварин, визначив повноваження державних органів в галузі карантину тварин, встановив би не тільки права (як в законі), але й обов'язки фізичних та юридичних осіб при встановленні карантину тварин. Ще в червні 1992 року постановою Верховної Ради України "Про порядок введення в дію Закону України "Про ветеринарну медицину" Уряду України було доручено внести на розгляд Верховної Ради України проект Закону України "Про карантин тварин", якого, однак, немає ще досі.

2. Однією з умов успішного функціонування будь-якої галузі або здійснення певної діяльності, є належне фінансування. Чого, на превеликий жаль, не скажеш не тільки про ветеринарну медицину, але й про охорону здоров'я, соціальну сферу і т.д., що пов'язано з дефіцитом державного бюджету.

Для прикладу, в першому півріччі 2002 року на здійснення протиепізоотичних заходів служба ветеринарної медицини отримала лише 64% запланованих коштів.

Одним із механізмів дофінансування галузі стало запровадження платних послуг, що надаються державними установами ветеринарної медицини (стаття 26 Закону України "Про ветеринарну медицину"). Але і в даному випадку є потреба певного законодавчого врегулювання цього питання.

Згідно статті 26 Закону України "Про ветеринарну медицину" (із змінами та доповненнями), оплата заходів щодо запобігання і ліквідації хвороб тварин, їх лікування тощо (повний перелік обов'язкових ветеринарних послуг затверджений наказом Державного департаменту ветеринарної медицини від 13 липня 1999 року №17) здійснюється за рахунок власників тварин продукції тваринного і рослинного походження згідно з тарифами, які затверджуються відповідно до законодавства про ціни та ціноутворення. Наказом Міністерства сільського господарства і продовольства України від 19 лютого 1996 року за №51, було затверджено механізм формування тарифів за ветеринарні роботи і послуги.

На сьогодні склалась ситуація (візьмемо, для прикладу, регіональні служби державного ветеринарного контролю на державному кордоні та транспорті), коли кожна служба має власні тарифи – є шість регіональних служб, відповідно, в шести регіонах України застосовуються різні ставки за надання абсолютної однакової ветеринарної роботи і послуг. Необхідне запровадження єдиної тарифної політики, розроблення та введення єдиної тарифної сітки Державним департаментом ветеринарної медицини, який, відповідно до покладених на нього завдань, готує пропозиції щодо формування ставок зборів за ветеринарні послуги (положення про Державний департамент ветеринарної медицини, затвержене постановою Кабінету Міністрів від 8 червня 2001 року №641).

3. Потребує законодавчого врегулювання також питання відповідальності фізичних та юридичних осіб за правопорушення в галузі ветеринарної медицини. Зокрема, в статті 35 "Відповідальність за правопорушення у галузі ветеринарної медицини" Закону України "Про ветеринарну медицину" (зі змінами та доповненнями), відсутня будь-яка відповідальність юридичних осіб за порушення законодавства в даній галузі при перетині державного кордону України; необхідно переглянути та збільшити розмір штрафів щодо відповідальності фізичних осіб, передбаченої статтею 107 Кодексу України про адміністративні правопорушення "Порушення правил щодо карантину тварин та інших ветеринарно-санітарних вимог".

4. Є необхідність прийняття положення "Про державний ветеринарний контроль та нагляд", законодавчо врегулювати питання приватної ветеринарної практики.

Це ряд основних питань, які потребують нагального вирішення.

Таким чином, за умови подальшого розвитку законодавства в галузі ветеринарної медицини, усунення всіх наявних в ньому недоліків та прогалин, є всі підстави сподіватися, що роль і значення державної ветеринарної служби в Україні буде надалі зростати.

## ZMIANY W POLSKIM PRAWIE BUDOWLANYM WYBRANE ZAGADNIENIA

*A. Maleszewska*

*Uniwersytet im. Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie*

W dniu 11 lipca 2003 roku weszła w życie nowela do ustawy z dnia 07 lipca 1994 roku – "Prawo budowlane". Zmieniając w istotny sposób przepisy polskiego prawa budowlanego, ustawodawca kierował się przede wszystkim koniecznością dostosowania prawa polskiego w tym zakresie do standardów Unii Europejskiej, a także potrzebą liberalizacji niektórych nazbyt restrykcyjnych norm zamieszczonych w ustawie z 1994 roku.

Ponadto obecnie w Polsce realizowany jest rządowy program: "Praca i przedsiębiorczość", który w dziedzinie budownictwa zakłada przede wszystkim: uproszczenie procedury przygotowania do procesu budowlanego, znaczne ograniczenie władztwa organów administracji publicznej na tym obszarze, a także wyeliminowanie sytuacji niezasadnego paraliżowania inwestycji budowlanych.

### **Zmiany w procedurze uzyskiwania pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie obiektu.**

Nowym rozwiązaniem, które niewątpliwie uprości i skróci proces uzyskiwania pozwolenia na budowę, jest ograniczenie liczby stron tego procesu do inwestora, właściciela, użytkownika wieczystego oraz zarządcy, których nieruchomości znajdują się w obszarze oddziaływania obiektu objętego pozwoleniem i wyeliminowanie z kręgu stron wszystkich sąsiadów i organizacji społecznych. Doświadczenie inwestorów podpowiada, iż wielokrotnie, gdy do postępowania o uzyskanie przedmiotowego pozwolenia włączyła się jakaś pseudoekologiczna organizacja, stanowiło to poważne zagrożenie dla realizacji inwestycji. Poza tym, organizacje ekologiczne mogą domagać się uwzględnienia ich opinii i zastrzeżeń wcześniej, na etapie tworzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub w postępowaniu w sprawie ustalenia warunków zabudowy. Bezzasadnym, przedłużającym całą procedurę wymogiem poprzedniego stanu prawnego był również obowiązek zawiadamiania o planowanej inwestycji budowlanej wszystkich sąsiadów, co było zabiegiem zupełnie zbędnym np. w sytuacji, gdy inwestor zamierzał zbudować dom na środku swej wielohektarowej działki i o tej inwestycji musieli być powiadomieni wszyscy, których grunty sąsiadowały z tą działką, mimo, iż planowana budowa w żaden sposób nie mogła na ich grunty oddziaływać. Podobnie ustawodawca uregulował omawianą kwestię odnośnie postępowania o wydanie pozwolenia na użytkowanie, stanowiąc, iż jego stroną jest wyłącznie inwestor. Zdaniem prawników – specjalistów prawa budowlanego, zawężony katalog stron zmniejszy również liczbę odwołań oraz skarg do sądu i inspektoratów nadzoru budowlanego.

Istotne udogodnienie dla inwestorów stanowi zmiana polegająca na rezygnacji z wymogu dołączania przezeń do wniosku o pozwolenie na budowę wypisów z ksiąg wieczystych lub aktów notarialnych potwierdzających jego prawo do dysponowania nieruchomością. Na gruncie nowego stanu prawnego inwestor musi jedynie złożyć oświadczenie o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, przy czym oświadczenie nieprawdy podlega odpowiedzialności karnej z art.233 kodeksu karnego. Zamierzeniem ustawodawcy było również i w tym wypadku odformalizowanie i usprawnienie procesu budowlanego, jednak wątpliwości budzi celowość tej zmiany, zważywszy choćby na to, iż inwestycja budowlana planowana jest zawsze z pewnym wyprzedzeniem, zatem inwestor ma możliwość zgromadzenia wszystkich niezbędnych dokumentów odpowiednio wcześniej. Poza tym wymóg wykazania się przez inwestora tytułem do dysponowania nieruchomością na cele budowlane stanowił pełniejsze zabezpieczenie praw osób trzecich.

Nowelizacją ograniczono również zakres projektu budowlanego przez zwolnienie z obowiązku sporządzania części architektoniczno – budowlanej projektu, jeśli całość problematyki inwestycji może być przedstawiona w projekcie zagospodarowania działki lub terenu, co znacznie obniża koszty inwestycji budowlanej.

Kolejnym ukłonem w stronę inwestora jest wyłączenie możliwości ingerencji organu udzielającego pozwolenia w treść projektu architektoniczno – budowlanego, co zapewni inwestorom swobodę działania w granicach prawa i w zakresie możliwości technicznych oraz spowoduje przeniesienie ciężaru

odpowiedzialności za przyjęte w projekcie rozwiązania na autora projektu. Zmiana ta podyktowana była często bezzasadnym ingerowaniem urzędników w rozwiązania projektowe.

Na gruncie nowego stanu prawnego zmienił się krąg organów uprawnionych do wydawania przedmiotowych pozwoleń. Obecnie pozwolenia na budowę wydają starostowie, a w miastach, które mają prezydenta – prezydenci miast (wyjątkiem od tej zasady, przewidzianym w ustawie, jest możliwość orzekania w pierwszej instancji przez wojewodę), zaś pozwolenia na użytkowanie obiektu – powiatowi inspektorzy nadzoru budowlanego. Poprzedni stan prawny przewidywał możliwość zawierania porozumień, w wyniku których starosta mógł przekazać swą kompetencję do wydawania pozwoleń na budowę gminom. Istniał wówczas stan, w którym ustalanie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu oraz wydawanie pozwoleń na budowę następowało przez ten sam organ. Jak wynikało z kontroli przeprowadzanych przez Najwyższą Izbę Kontroli, takie rozwiązanie uniemożliwiało w praktyce badanie zgodności zamierzenia budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, gdyż zwykle ta sama osoba przygotowywała obie decyzje. Wadą systemu był również brak jednolitej struktury organów orzekających w sprawach z tego zakresu, gdyż nie wszystkim gminom powierzono te kompetencje, poza tym różny był zakres zawieranych z gminami porozumień. Wszystkie porozumienia, które nie zostały wcześniej wypowiedziane lub wcześniej nie wygasły, wygasły z dniem 31 grudnia 2003 roku.

Rozszerzeniu uległ również krąg inwestycji budowlanych o niewielkim stopniu skomplikowania i nieznacznym wpływie na otoczenie, które nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę, przy czym niektóre z nich są objęte obowiązkiem zgłoszenia (zgłoszenie jest to "słabsza" forma reglamentacji niż pozwolenie na budowę; należy go dokonać na 30 dni przed zamierzonym terminem realizacji inwestycji i przystąpić do niej można jedynie wtedy, gdy właściwy organ nie wniesie sprzeciwu). Ze społecznego punktu widzenia najistotniejsze w tym zakresie jest zwolnienie z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę tzw. przyłączy, czyli gazu, prądu, wody, kanalizacji, ogrzewania oraz ich remontu, a także wykonywanie docieplenia budynków o wysokości do 12 m<sup>2</sup> oraz pochylni dla osób niepełnosprawnych poruszających się na wózkach. Również ta zmiana jest oznaką liberalizacji i skrócenia niektórych procedur budowlanych.

Nowymi rozwiązaniami, mającymi zapobiec nieuzasadnionemu wstrzymywaniu inwestycji i stratom, jakie z tego tytułu mogą wynikać po stronie inwestora jest przewidziana w art.35 ust. 6 ustawy "Prawo budowlane" możliwość nakładania kary pieniężnej na organ wydający pozwolenie na budowę w wypadku, gdy nie wyda on decyzji w terminie 2 miesięcy od daty złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji (nie dotyczy to pozwolenia na użytkowanie obiektu) oraz wprowadzenie kaucji, którą musi wpłacić osoba wnosząca skargę na decyzję o pozwoleniu na budowę do Naczelnego Sądu Administracyjnego, gdy chce, żeby na czas postępowania sąd wstrzymał budowę. Możliwość utraty kwoty wpłaconej tytułem kaucji z pewnością powstrzyma niejednego przed pochopnym składaniem wniosku o wstrzymanie budowy, bowiem gdy sąd oddali skargę, kaucja zostanie przeznaczona na zaspokojenie roszczeń inwestora z tytułu strat powstałych w wyniku wstrzymania budowy, zaś jeżeli skarga okaże się słuszna, kaucja zostanie zwrócona skarżącemu.

#### **Legalizacja samowoli budowlanej**

Samowola budowlana polega na wybudowaniu obiektów budowlanych bez pozwolenia na budowę, bez zgłoszenia albo mimo sprzeciwu właściwego organu. Zmiana w tym zakresie wprowadzona nowelą z 27 marca 2003 r., bodajże najbardziej doniosła ze społecznego punktu widzenia, ma na celu rezygnację z bezwarunkowego obowiązku orzekania nakazu rozbiórki obiektu budowlanego wzniesionego bez wymaganego pozwolenia lub zgłoszenia, a którego wybudowanie nie naruszyło innych przepisów. Zgodnie z nowym stanem prawnym budowę będzie można zalegalizować po spełnieniu łącznie następujących warunków:

- obiekt budowlany nie narusza przepisów o zagospodarowaniu przestrzennym oraz innych przepisów, zwłaszcza techniczno – budowlanych,
- zostanie sporządzony projekt budowlany zawierający wszystkie niezbędne uzgodnienia,
- zostanie uiszczona opłata legalizacyjna, której wysokość jest określona w ustawie i równa się pięćdziesięciokrotności kary, jaką orzeka się za odstępstwo od warunków pozwolenia na budowę (w przypadku legalizacji budowy obiektu, na którą wymagane było jedynie zgłoszenie, ta opłata jest odpowiednio niższa i wynosi od pięć- do dziesięciokrotności takiej kary).

Gdy inwestor spełni wszystkie powyższe warunki, zostanie mu wydane pozwolenie na wzniesienie prac budowlanych, zaś gdy budowa jest już zakończona, nastąpi zatwierdzenie projektu. Następnie inwestor będzie musiał ubiegać się o pozwolenie na użytkowanie. Niespełnienie którejkolwiek ze wskazanych warunków powoduje, że nadzór budowlany nakaze rozbiórkę budynku. Nadto legalizacja obiektów budowlanych będzie możliwa tylko wtedy, gdy do wejścia w życie noweli, tj. do 11 lipca 2003 r.



postępowanie administracyjne nie zostało zakończone ostateczną decyzją o nakazie rozbiórki. Jeżeli jednak w tym czasie doszło do stwierdzenia nieważności decyzji lub wznowienia postępowania, będzie można starać się o legalizację samowoli budowlanej.

Wprawdzie eksperci prawa budowlanego z uznaniem przyjęli to nowe rozwiązanie, które zapobiegnie wydawaniu nakazów rozbiórki w każdym wypadku samowoli budowlanej, to jednak wyrażają oni obawy o skuteczność nowego systemu, przypominając, iż przepisy prawa budowlanego z 1974 r. również przewidywały legalizację samowoli budowlanej za uiszczeniem niewielkiej opłaty, co powodowało, iż inwestorom bardziej opłacało się budować obiekt bez pozwolenia, a potem zapłacić i zalegalizować budowę, omijając procedurę uzyskiwania pozwolenia. Teraz opłata legalizacyjna jest znacznie wyższa, co spowoduje, że legalizacja samowoli budowlanej w Polsce pozostanie instytucją dla bogatych. Wskazuje się też, że lepszym rozwiązaniem byłby model legalizacji samowoli przyjęty we Włoszech, gdzie wyznaczono trzy terminy: inwestorzy, którzy zgłosili samowolę w pierwszym terminie, mogą ją za darmo zalegalizować, ci, którzy zgłosili ją w drugim terminie – za niewielką opłatą, zaś inwestorzy, którzy uczynili to w trzecim terminie, płacą bardzo wysokie kary. Po upływie wyznaczonych terminów nakazywano rozbiórkę obiektu.

#### **Zmiany w zakresie kontroli.**

Z początkiem 2004 r. po zakończeniu budowy obowiązkowymi kontrolami zostaną objęte te obiekty, na których budowę trzeba mieć pozwolenie wydane po 11 lipca 2003 r. (informacja o kontroli musi być umieszczona w pozwoleniu). Na liście obiektów objętych taką kontrolą, zamieszczonej w rozporządzeniu ministra infrastruktury, są obiekty użyteczności publicznej, budynki mieszkalne wielorodzinne oraz obiekty inżynierskie. Kontrola nie obejmuje domów jednorodzinnych i letniskowych, dokonuje jej osoba z uprawnieniami budowlanymi zatrudniona w wojewódzkim lub powiatowym inspektoracie nadzoru budowlanego po tym, jak inwestor zawiadomi o zakończeniu budowy lub złoży wniosek o pozwolenie na użytkowanie. Inwestor nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów związanych z przeprowadzeniem kontroli. Dotychczas takie kontrole przeprowadzane były wybiórczo i tylko w trakcie budowy, przeważnie na skutek czyjegoś doniesienia.

Przy okazji analizy zmian w prawie budowlanym należy również mieć na uwadze, iż w dniu 27 marca 2003 r. uchwalono nową ustawę o zagospodarowaniu przestrzennym, która weszła w życie 11 lipca 2003 r. i ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia procesu budowlanego jako akt prawny, który ma ten proces w znacznym stopniu usprawnić. Rozmiar tego opracowania nie pozwala na choćby pobieżną analizę zmian wprowadzonych przedmiotową ustawą. Na podkreślenie zasługuje jednak nowa regulacja, według której od 11 lipca 2003 r. pozwolenia na budowę są wydawane na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, bez konieczności uzyskiwania decyzji o warunkach zabudowy. Jedynie, gdy brak jest planu miejscowego, zanim otrzyma się pozwolenie na budowę, trzeba uzyskać decyzję o warunkach zabudowy (w poprzednim stanie prawnym była to decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu).

**НАУКА ФІНАНСОВОГО ПРАВА: ОСНОВНІ ПІДХОДИ ПІЗНАННЯ  
СУЧАСНИХ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ РЕАЛІЙ*****В. Хохуляк****Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

В науковій фінансово-правовій літературі практично не зустрічаються сумніви стосовно необхідності вироблення єдиних наукових положень, які б визначали і в найбільш повній мірі відображали сферу фінансового права. Значущість ролі науково-теоретичної бази при реалізації політики держави у сфері публічних фінансів підкреслюється представниками правотворчих і правозастосовчих органів держави, юристами-практиками. Разом з тим, єдність в розумінні необхідності існування науки фінансового права як бази для фінансово-правової реальності сполучена з повним дисонансом визначень її ролі і значення на формування системи фінансово-правового регулювання. Такий факт, на нашу думку, пов'язаний з неоднозначним розумінням і трактуванням основних концептуальних підходів пізнання фінансово-правової дійсності.

Відзначимо, що суперечності в розумінні предмету і методу науки фінансового права, її впливу на суспільні процеси були властивими їй з моменту її зародження і становлення. Так, в розумінні представників німецької школи фінансів XVIII-XIX ст.ст. наука фінансового права (у той час – фінансова наука – В.Х.) визначалась як сукупність знань, що відображають реальні дії держави відносно ведення власного фінансового господарства. Як відзначав Гоффман, фінансове право – це перш за все сукупність законодавчих постанов про фінансово-правовий устрій і державне управління фінансів. Його думку розвивав Л. Штейн, вказуючи, що фінансове право – це сукупність правил, що обмежують вплив державної влади.

Історично формально-юридичний (догматичний) підхід до дослідження права в цілому сформувався в позитивістській концепції права. Як відзначав Г.Ф. Шершеневич, догматика полягає у систематичному викладенні норм права, що діють у даний час у даній країні. Завдання це розв'язується шляхом опису, узагальнення, класифікації норм, а також у формулюванні юридичних визначень. Аналізуючи суть догматики, О.В. Тарановський зауважував, що "при цьому чинне право не піддається критиці, а його положення сприймаються як непорушні. Завдання дослідника зводиться тут до якнайкращого тлумачення чинних положень, яке полегшувало б їх застосування до конкретних випадків практики". Один з найяскравіших представників позитивістської теорії – Г. Кельзен писав: "Чисте вчення права прагне відповісти на запитання, що є право та як воно є, але не на запитання, яким воно повинно бути чи створюватись. Воно є правознавство, але не політика права".

В Російській імперській фінансово-правовій науці В.А. Лебедев, а пізніше – І.І. Янжул пріоритетним вважали юридично-догматичне значення науки фінансового права як похідної законодавчої практики держави. Подібний підхід дозволив їм констатувати про наявність двох споріднених наукових дисциплін у галузі публічних фінансів: "фінансового права" і "фінансової науки". На думку І.І. Янжула, фінансове право вивчає на підставі досвіду, як держава насправді здобуває свої матеріальні засоби, а фінансова наука, на підставі даних фінансового права і законів народного господарства, виробляє загальні правила про те, як держава повинна здобувати їх. Фінансове право має своїм завданням юридично-догматичне вивчення фінансового законодавства в його історичному розвитку або сучасному стані, а фінансова наука вивчає його вплив з економічної і юридичної сторони і є сукупністю узагальнень цих даних фінансового законодавства. На відміну від фінансового права, як відзначав І.І. Янжул, фінансова наука спрямована на майбутній час і прагне створити такі норми, якими уряди могли б керуватися в майбутньому.

Характерною рисою у визначенні фінансово-правової науки, її місця і значення В.А. Лебедева, І.І. Янжула, І.Ю. Патлаєвського, С.І. Гловайського і цілого ряду інших представників плеяди російської науки фінансового права була та, що фінансово-правова наука може указувати тільки на те, що може бути зараз і в даній місцевості. З цього робився висновок, що наукові положення завжди умовні і не мають загального характеру.

З критикою юридично-догматичного підходу, превалюючого в науці фінансового права дореволюційного періоду, виступив І.Х. Озеров. Як він відзначав, в результаті такого підходу дослідники обмежуються виключно описом окремих явищ, тому, з неминучістю приходять до єдиного

висновку: право, як і все інше на світі змінюється, розвивається. Тому, на думку І.Х. Озерова, фінансово-правова наука повинна вивчати об'єктивні соціальні закономірності того або іншого явища, аналізувати причини його існування. Підготовчим, попереднім етапом для висновків у фінансово-правовій науці повинні стати аналіз і обробка існуючих фінансових фактів.

Проблема визначення і застосування наукою фінансового права різноманітних підходів до відображення і трактування економічної і правової дійсності, вплив на її зміни, була особливо гострою і в радянський період. Зокрема, на перших етапах становлення радянської державності, супроводжуваних реформуванням усіх суспільно політичних відносин, у тому числі – фінансово-правових, відбувається переосмислення значення фінансово-правової науки. З порядку денного фактично знімається питання про підвищення значимості фінансово-правових досліджень як каталізатора існуючої фінансово-правової реальності, стимулятора підвищення ефективності політики держави в сфері публічних фінансів. Замість цього ставиться питання про потребу існування науки фінансового права в такій якості взагалі. Внаслідок потужного впливу держави на науку, основним завданням останньої в цей період стає аналіз, узагальнення, а часто – і коментар окремих способів, методів державного впливу на фінансову сферу. Її основними функціями стають пропагандистська й агітаційна. Яскравим прикладом цьому є той факт, що предметом перших наукових праць з даної проблематики в радянський період були питання сутності і реалізації фінансової політики нової влади відносно "захисту бюджетних інтересів диктатури трудящих". Показовим є і те, що всупереч об'єктивному процесу значного звуження сфери товарно-грошових відносин, у радянській фінансово-правовій літературі встановлюється тенденція отождолення фінансів винятково з грошовими відносинами. Ця тенденція ще більше посилюється на рубежі 30-х-40-х років і трохи пізніше стає панівною в науці фінансового права. Як відзначає П.С. Пацурківський, радянському правознавству було притаманне не тільки різке розмежування методологічних підходів до пізнання права, що знайшло своє відображення у відриві соціологічного осмислення права від спеціально-юридичного, але й навіть, протиставлення їх один одному на різних етапах розвитку. Наукові дослідження цього періоду базуються або на визначенні меж державної влади у фінансовій сфері, або на характеристичності фінансово-правових інститутів, затверджених цією владою. При цьому, конкретний фінансово-правовий інститут досліджується як окремо існуючий факт, а його правова природа встановлюється шляхом аналізу нормативно-правового акту, що його регламентує. Прикладів такому явищу безліч. Не зупиняючись на їх детальному розгляді, відзначимо, що вони зустрічаються практично в кожному радянському підручнику з фінансового права.

Сучасні реалії розвитку фінансово-правової системи ставлять нові завдання перед наукою фінансового права. Особливо важливого значення набуває питання про понятійно-категоріальний апарат, яке безпосередньо пов'язане з концептуальним підходом до процесу формування нових і осмислення місця і ролі функціонуючих правових інститутів фінансової системи постсоціалістичної держави. Перераховані нами фактори зумовлюють необхідність перегляду використовуваних наукових підходів і методів пізнання об'єктивно існуючих суспільно-політичних і соціально-економічних реалій сучасного суспільства. Водночас такий перегляд не може базуватись на заниженні значення формально-догматичного методу, чи відмови від його використання, як застарілого, "... такого, що відображає соціалістичну правову дійсність" наукового інструменту. Вважаємо, що варто погодитись із В.Д. Зорькіним, що без формально-догматичного опрацювання права юриспруденція не може існувати. Але коли це первинне та допоміжне наукове завдання перетворюється в самоціль та єдине заняття юриспруденції, то остання відділяє себе глухою стіною від живого права, від прогресивного розвитку та перетворюється в засіб консервації і апології діючого права, якщо навіть це діюче право себе вижило.

Один з варіантів вирішення проблеми застосування підходів пізнання сучасних фінансово-правових реалій, що стоїть сьогодні перед наукою фінансового права, запропонував П.С. Пацурківський. На його думку, методологічною основою пізнання правової практики є інтегративний підхід. Як він пише, стає все очевиднішим, що у відриві один від одного ні сам по собі спеціально-юридичний підхід, який висвітлює нормативну суть права, ні соціологічний, який дає можливість розглядати право в контексті соціальних реалій, не можуть претендувати на роль загальної методології правопізнання. Ідея інтегративного підходу базується на врахуванні неповноти, односторонності пояснення права з позицій тільки якогось одного методу – лише соціологічного чи спеціально-юридичного, неминучості возвеличення (абсолютизації) можливостей одного з них за рахунок "приниження" можливостей іншого. На думку іншої прихильниці такого підходу – Е.А. Гансової, контрастність протилежних методів, спрямованих на один і той же об'єкт дослідження,

робить їх взаємодоповнючими, орієнтує дослідника на всебічне з'ясування предмета дослідження, а значить, дозволяє уникнути однобокого погляду на проблему.

У сучасній фінансово-правовій літературі неодноразово відзначалась та важлива роль, яку відіграє доктринальна розробка при формуванні фінансово-правового регулювання. На думку Ю.О. Крохіної, доктрина фінансового права (яка визначається нею в двох аспектах: широкому – істинно науковому і вузькому – науково-нормативному) виконує завдання вторинного джерела галузі фінансового права. Вона компенсує лаконічність нормативних положень, забезпечуючи їхню теоретичну повноту і юридичну визначеність, розкриваючи нормативний зміст фінансово-правових категорій. Роль науки фінансового права як об'єктивного фактора впливу на реалізацію державної політики в сфері публічних фінансів відзначається й іншими авторами. Як підкреслює Ю.В. Сорокіна, матерія фінансового права являє собою живий організм, що вимагає постійної уваги як з боку практика-законодавця, так і теоретика вченого, оскільки тільки всебічне вивчення процесів, що відбуваються у фінансово-правовій дійсності, дозволить об'єктивно оцінити стан даної галузі. Необхідність впливу вчених, що спеціалізуються в області фінансового права на формування законопроектних робіт, підготовку проектів нормативно-правових актів обґрунтовується як в українській, так і в зарубіжній науці фінансового права.

Нам хотілося б відзначити, що значення підходу, способу вивчення наукою фінансово-правової матерії є надзвичайно важливим з методологічних позицій. Адже, як справедливо відзначив І.Х. Озеров, головне в науці – це вміння вірно сформулювати питання, знайти правильний шлях. А то, як він писав, можна блукати роками і не просунути ні на крок.

Характеристика підходу показує не тільки, за допомогою яких методів наукового дослідження вивчається те або інше явище чи процес. Вона показує суб'єктивне ставлення дослідника щодо досліджуваного ним матеріалу. За допомогою характеристики наукового підходу в дослідженні фінансово-правових явищ можна визначити об'єктивні фактори, що впливають на формування і розвиток окремих фінансово-правових поглядів, ідей, концепцій, науки фінансового права в цілому. Досліджуваний підхід наукового пізнання правової реальності вказує насамперед на самоідентифікацію науки фінансового права, визначення її ролі і значення як серед інших наук, так і на досліджувані нею об'єкти. Крім того, на підставі обраного наукового підходу позначається й ідентифікується предмет наукового пізнання.

Науковий підхід дослідження фінансово-правової матерії насамперед вказує на взаємозв'язок і взаємозумовленість юридичної науки з правовою практикою. З одного боку, потрібно відзначити, що правова практика є джерелом пізнання, умовою існування науки фінансового права. Саме цей аспект найбільше детально розроблений у юридичній літературі. Ми ж хотіли би звернути увагу на інший, не менш важливий аспект. Правова практика – це найбільш об'єктивний критерій істинності суджень і визначень науки фінансового права, постійний її споживач. Безпосереднє вивчення нормативного матеріалу, практики правотворчої і правозастосовчої діяльності здійснюється в комплексному дослідженні з врахуванням об'єктивно існуючої суспільно-політичної ситуації.

Дослідження фінансово-правових відносин не можуть зводитись лише до опису існуючих у визначений проміжок часу фінансово-правових інститутів або фінансового законодавства, що їх регламентує. У такому випадку, як справедливо відзначав Р. Ієрінг, наука зводиться до абсолютно марної констатації факту. З цього приводу він, зокрема, писав: "Історія фінансового права нерідко обмежується тільки знанням циферблата годинника, не маючи уявлення про його механізм. Вона не відповідає на основне питання про приховану силу, що надає рух стрілці. У цьому вона нагадує нам при такому чисто описовому напрямку архів якого-небудь департаменту...". В цілому погоджуючись з цитованою нами позицією, ми хотіли б тільки відзначити, що науковий інструментарій для того і створюється, щоб застосовувати його до пізнання соціальної дійсності, зокрема, такої її частини, як правова практика. Тому, роботи прикладного характеру допомагають у рішенні часткових питань, що виникають на практиці. У той же час, адекватного наукового забезпечення вимагають практичні проблеми принципового характеру: якісно нова правова практика й умови її реалізації, що мають місце саме сьогодні, на етапі демократичної трансформації суспільства в цілому і кожного з його інститутів зокрема.

Разом з тим, визначаючи правову практику одночасно об'єктом наукового дослідження та споживачем науково-теоретичних розробок, відзначимо, що фінансово-правова наука не може зводитись тільки до чуттєвого споглядання, коментування, правової дійсності. В такому випадку неминуче відставання фінансово-правової наукової доктрини від реальності, що швидко розвиваються, орієнтованістю сприйняття їх як даності, яка не підлягає критичному аналізу і тим більше –

удосконаленню. Подібна ситуація в науці фінансового права є ненормальною. Аналізуючи зв'язок юриспруденції з практикою, досліджуючи в цьому контексті взаємодію фінансово-правової доктрини і фінансового законодавства, очевидною є універсальність наукових розробок стосовно політичних і правових ідей, що закладаються в основу концепції владного акту держави.

Іншим, не менш серйозним недоліком у дослідженні і трактуванні фінансово-правової матерії, що особливо часто зустрічається в сучасній науковій літературі фінансового права, є спроби визначення сутності і правової природи фінансово-правових інститутів, на підставі аналізу діючого законодавства. Прикладів такому явищу сьогодні спостерігається досить багато. Нам хотілося б виділити один із самих яскравих. Так, Д.В. Вінницький, роблячи висновки про комплексність галузі фінансового права, підкріплює їх такими аргументами. 1. Відсутністю загальних фінансово-правових положень фундаментального характеру, закріплених у позитивному праві (загальній частині); 2. Відсутністю діючої системи закріплених у законі галузевих принципів, категорій і юридичних конструкцій, в однаковій мірі використовуваних у правових утвореннях, які включаються традиційно у фінансове право; 3. Відсутністю системи однорідних суспільних відносин, правове регулювання яких могло б здійснюватися єдиним методом і висхідними правовими засобами; 4. Наявністю ознак правової автономії в найбільш великих підрозділах, що включаються традиційно в систему фінансового права (тобто податкового і бюджетного права); 5. Відсутністю єдиної системи фінансово-правових джерел, що виявляється не тільки у відсутності фінансового кодексу, але і будь-якого іншого законодавчого акта з питань фінансів в цілому. Як неважко помітити, три з п'яти поданих аргументів, що обґрунтовують комплексність фінансового права як галузі права подані на підставі аналізу діючого законодавства. Неспроможність подібного підходу у визначенні сутності фінансово-правового явища очевидна: правова природа галузі права визначається на підставі характеристики зовнішньої форми його вираження – законодавства. Такий підхід у науковому дослідженні є методологічно помилковим.

Крім того, як неодноразово відзначалося в загальній теорії права та в теорії фінансового права, фінансово-правове регулювання – суб'єктивне явище. Тому фінансове законодавство досить часто визначалося або як результат боротьби протилежних груп і інтересів, або як угода, консенсус між цими протидіючими групами. "Без моменту боротьби – писав І.Х. Озеров – ми не зрозуміємо фінансового права". У свою чергу, Б.А. Кістяківський відзначав: "... для того, щоб зрозуміти фінансове законодавство, ми повинні ознайомитися з прагненнями й ідеалами різних суспільних груп...". Такі ж визначення фінансового законодавства є превалюючими і в сучасній фінансово-правовій літературі. Наприклад, як відзначає М.В. Карасьова, формування деяких правових механізмів, що існують сьогодні у фінансовому законодавстві є результатом політичного зіткнення а потім і компромісу законодавчої і виконавчої влади, що впливають на виникнення, функціонування і припинення фінансово-правових відносин.

Таким чином, проблема дослідження підходу в науці фінансового права є необхідною як з теоретико-методологічних, так і з практичних позицій. Існуючі на сучасному етапі суспільно-політичні і соціально-економічні правовідносини ставлять перед наукою фінансового права якісно нові завдання відносно пізнання і відображення явищ правової дійсності, що вимагає перегляду використовуваних підходів, методів і прийомів дослідження фінансово-правової матерії.

**МЕХАНІЗМ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ:  
ПОНЯТТЯ, СТАДІЇ І ЕЛЕМЕНТИ****В. Косаняк***Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Всебічність дослідження ролі і призначення фінансового права в системі національного права України можлива лише на основі системно-функціонального підходу, суть якого полягає, по-перше, у тому, що всі фінансово-правові явища необхідно досліджувати в їх системному і нерозривному зв'язку, по-друге, у їх призначенні (ролі) відносно один одного. Одним з напрямів системно-функціонального підходу у фінансовому праві повинна стати розробка поняття "механізм фінансово-правового регулювання".

Одним із завдань теорії фінансового права є забезпечення синтезу юридичних знань про досліджуваній об'єкт – галузь фінансового права. Саме синтез знань дозволяє зробити такий наступний крок у пізнанні фінансово-правових явищ, як перейти від статичної картини явищ до динамічної. Нагромаджені знання про окремі правові засоби, які використовуються у процесі фінансово-правового регулювання необхідно інтегрувати і показати їх загальну взаємодію у процесі такого регулювання. Реалізація цього завдання пов'язана з необхідністю вивчення механізму фінансово-правового регулювання.

Актуальність вивчення механізму фінансово-правового регулювання в Україні обумовлюється також необхідністю удосконалення фінансового законодавства, підвищення ефективності дії вже існуючих норм фінансового права.

2. Проблема поняття і структури механізму фінансово-правового регулювання під кутом зору динаміки його функціонування у теорії фінансового права досі не піднімалась взагалі і розглядається вперше. Характеристика його основних елементів (фінансово-правових норм, фінансово-правових відносин та індивідуальних фінансово-правових актів) давалась здебільшого у статичній з позицій системного підходу у роботах Л.К. Воронової, Т.С. Єрмакової, М.В. Карасьової, П.С. Пацурківського, Ю.А. Ровінського, Н.І. Хімичевої, О.І. Худякова та ін. Тому при розгляді концептуальних питань з розглядуваної проблематики необхідно спиратися на результати досліджень проблеми механізму правового регулювання в цілому у загальній теорії права.

У юридичній літературі тема механізму правового регулювання не нова. Ще у 60-х роках минулого століття з'явилася підвищена зацікавленість до цієї проблеми, яка пояснювалася необхідністю підвищення організуючої, творчої ролі права у житті суспільства, важливістю з'ясування шляхів його впливу на суспільні відносини, на свідомість і поведінку людей, необхідністю розгляду співвідношення впливу і регулювання, аналізу особливостей, специфічних елементів і стадій механізму правового регулювання.

Ідею механізму впливу права на суспільне життя висунув М.Г. Александров у роботі "Право і законність у період розгорнутого будівництва комунізму" (1961). У своїх роботах він визначив основні ланки правового впливу на умови суспільного життя і ті правові категорії, які фіксують внутрішні взаємозв'язки і роботу даного механізму.

Певні теоретичні узагальнення щодо механізму правового регулювання у цей період були зроблені Л.С. Явичем, а дещо пізніше В.М. Горшеньовим. Певний вклад у розробку питання механізму правового регулювання внесли М.П. Лебедев, М.І. Матузов, П.О. Недбайло, О.С. Піголкін, В.О. Сапун, Ф.М. Фаткулін, В.О. Шабалін та ряд інших вчених-юристів. Але своє розгорнуте обґрунтування і свій закінчений вигляд дана ідея набула у роботах С.С. Алексєєва. Першою і найбільш значущою для розробки цієї ідеї стала його монографія "Механізм правового регулювання в соціалістичному суспільстві" (1966), в якій підкреслюється, що категорія "механізм правового регулювання" вироблена в теорії для відображення моменту руху, функціонування правової форми. Запропонована ним конструкція в наступному не перетерпіла, по суті, ніяких змін.

Сьогодні наукові розробки загальнотеоретичних положень щодо механізму правового впливу в цілому і механізму правового регулювання зокрема продовжують С.С. Алексєєв, О.І. Бобильов, С.В. Бобровник, О.С. Комаров та ін. Спроби конструювання поняття механізм процесуально-

правового регулювання (процесуально-правовий механізм) стосовно процесуального права в цілому вчинили О.Г. Лукьянова і В.М. Протасов.

3. На жаль, у загальній теорії права сьогодні немає єдиної точки зору як щодо визначення самого поняття "механізм правового регулювання", так і щодо окреслення його стадій та елементів, без чого, безумовно, не можуть бути однозначно сформульовані концептуальні положення щодо категорії "механізм фінансово-правового регулювання".

4. З огляду на це у статті ставляться наступні завдання: на основі аналізу вихідних загальнотеоретичних положень щодо поняття механізму правового регулювання: 1) дати визначення поняття механізму фінансово-правового регулювання; 2) окреслити його стадії, 3) виокремити його основні ланки (елементи) та дати їх загальну характеристику.

5. Відмінною від інших соціальних регуляторів рисою правового регулювання є те, що воно має свій специфічний механізм. У сучасній вітчизняній і російській юридичній літературі під механізмом правового регулювання розуміють систему юридичних засобів, які забезпечують упорядкованість суспільних відносин правом. До його елементів традиційно відносять норми права, правові відносини, акти застосування права і акти реалізації суб'єктивних прав та юридичних обов'язків.

Говорячи про місце і значення поняття механізму правового регулювання в теорії правознавства, С.С. Алексєєв відзначає, що "воно в рамках правознавства являє собою методологічну категорію, яка забезпечує чітко по-філософськи зорієнтоване бачення правових явищ". На його думку, "поняття механізму правового регулювання дозволяє: не тільки зібрати разом явища правової дійсності – норми, правові відносини, юридичні акти та ін., які беруть участь у правовому впливі, – і змалювати їх як цілісність (це досягається і при допомозі поняття "правова система"), але й представити їх у працюючому, системно-впливаючому вигляді, що характеризує результативність правового регулювання; висвітлити у зв'язку з цим специфічні функції, які виконують ті чи інші явища у правовій системі, показати їх зв'язок між собою і взаємодію".

В юридичній літературі різні підходи до поняття "механізм правового регулювання". У кожному з цих підходів міститься, безумовно, раціональне зерно, однак наше завдання полягає у тому, щоб вибрати серед них найоптимальніший.

Так, автори українського підручника із "Загальної теорії держави і права" (1998) дають наступне визначення механізму правового регулювання: "Сукупність правових засобів, за допомогою яких поведінка суб'єктів суспільних відносин приводиться у відповідність до вимог і дозволів, що містяться у нормах права, називається *механізмом правового регулювання суспільних відносин*". З позиції П.М. Рабіновича, "**механізм правового регулювання** – це система всіх державно-правових (юридичних) засобів, за допомогою яких держава здійснює владний вплив на суспільні відносини". З точки зору російського вченого С.С. Алексєєва, механізм правового регулювання – це "*взята у єдності система правових засобів, при допомозі якої забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини*".

З огляду на висловлені у літературі точки зору, можна запропонувати наступне визначення розглядуваного поняття:

**Механізм правового регулювання** – це взята у єдності динамічна система правових засобів (правових норм, правових відносин та індивідуальних чи інтерпретаційних правових актів), при допомозі якої забезпечується результативний правовий вплив держави на суспільні відносини.

Підставою для визначення ключових елементів механізму правового регулювання є *стадії правового регулювання*. Як підкреслює С.О. Комаров, "механізм правового регулювання виражає діяльну сторону процесу переведення нормативності права у впорядкованість суспільних відносин. При цьому правове регулювання являє собою триваючий процес, який розпадається на стадії, на кожній з яких працюють особливі юридичні засоби, які в сукупності складають механізм правового регулювання".

Загалом більшість вчених виходить з того, що правове регулювання включає в себе чотири головні стадії: 1) видання норми права і її загальний вплив (регламентація суспільних відносин); 2) виникнення суб'єктивних прав і суб'єктивних юридичних обов'язків; 3) реалізація суб'єктивних прав і суб'єктивних юридичних обов'язків, втілення їх у конкретній, фактичній поведінці учасників суспільного відношення; 4) застосування права. Застосування права вважається факультативною стадією механізму правового регулювання, яка може існувати між 1-ою і 2-ою або 2-ою і 3-ою стадіями.

Дещо ширший перелік стадій правового регулювання пропонує П.М. Рабінович, який виділяє:

- **обов'язкові елементи:** 1) моделювання (регламентування) суспільних відносин – шляхом загального програмування юридичних прав та обов'язків їх учасників; 2) виникнення суб'єктивних юридичних прав та обов'язків (правовідносин) у суб'єктів права; 3) реалізація суб'єктивних юридичних прав та обов'язків;
- **факультативні елементи:** 1) офіційне тлумачення правової норми; 2) застосування правової норми.

З визначення поняття механізму правового регулювання видно, що це комплексне явище, яке складається з певних *елементів*. Традиційно вважається, що механізм правового регулювання в цілому охоплює комплекс фрагментів правової дійсності, які відносяться до догми права, тобто комплекс послідовно зв'язаних правових засобів (інструментів), інакше кажучи, має *інструментальний характер*. Під інструментальним кутом зору у механізмі правового регулювання в загальній теорії права традиційно виділяють три ланки:

- **юридичні норми** – основа правового регулювання, коли на рівні позитивного права закріплюються в абстрактному вигляді типізовані можливості і необхідність певної поведінки суб'єктів;
- **правові відносини**, які при наявності конкретних життєвих обставин (юридичних фактів) переводять абстрактні можливості і необхідність на площину конкретних, адресних суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, а отже, які перключають енергію юридичних норм на рівень конкретних суб'єктів – носіїв прав та обов'язків;
- **акти реалізації прав і обов'язків**, у відповідності з якими настає запрограмований у позитивному праві результат у житті суспільства, вирішується конкретна ситуація (справа).

Окремі автори виділяють ще й четверту ланку механізму правового регулювання – *індивідуальні приписи, акти застосування права, інтерпретаційні акти*.

Таке уявлення про структуру механізму правового регулювання широко поширене, але не є єдиним, існують й інші точки зору. П.М. Рабінович, наприклад, виходячи із "широкого" розуміння поняття правового регулювання, виділяє три групи елементів механізму правового регулювання: 1) *обов'язкові на відповідних стадіях регулювання*; 2) *обов'язкові протягом усього регулювання*; 3) *факультативні*.

До **обов'язкових на відповідних стадіях регулювання** автор відносить наступні елементи: норми права (моделюють, регламентують суспільні відносини); нормативно-правові акти ("організують" зміст правових норм, виражають їх ззовні, забезпечують набуття ними чинності); юридичні факти (породжують, змінюють або припиняють суб'єктивні юридичні права і обов'язки персоніфікованих суб'єктів); правовідносини (конкретизують взаємні юридичні права та обов'язки персоніфікованих суб'єктів); акти тлумачення (з'ясування) змісту правових норм; акти реалізації суб'єктивних прав і обов'язків.

До **обов'язкових елементів, які діють протягом усього процесу регулювання** автор відносить: правосвідомість (ідеологічно, духовно забезпечує процес правового регулювання) і законність (гарантує реальність здійснення регулятивного процесу).

**Факультативними елементами** механізму правового регулювання П.М. Рабінович називає: інтерпретаційно-правові акти (забезпечують однаково розуміння змісту правових норм) і акти застосування правових норм (забезпечують владну організацію правовідносин між правореалізаторами).

Проаналізувавши наведені вище точки зору вчених, пропонуємо такий елементний склад механізму правового регулювання: *норми права; правовідносини; акти застосування та акти тлумачення права*.

**6. Висновки з даного дослідження і перспективи дальших розробок у цьому напрямку.** Отримані результати дослідження поняття "механізм правового регулювання" і зроблені за його результатами висновки візьмемо за основу конструювання поняття "механізму фінансово-правового регулювання". Зокрема, використовуючи раніше зроблені висновки про загальний механізм правового регулювання і враховуючи мету та особливості предмета фінансово-правового регулювання, можна визначити поняття механізму фінансово-правового регулювання таким чином:

**Механізм фінансово-правового регулювання** – це взята у єдності динамічна система фінансово-правових засобів (фінансово-правових норм, фінансово-правових відносин та індивідуальних фінансово-правових чи інтерпретаційних актів), при допомозі якої забезпечується



результативний правовий вплив держави на фінансові і пов'язані з ними фінансово-процесуальні відносини.

З огляду на положення загальної теорії права у механізмі фінансово-правового регулювання можна виділити такі елементи: 1) *фінансово-правові норми*; 2) *фінансово-правові відносини*; 3) *індивідуальні або інтерпретаційні фінансово-правові акти*.

**Фінансово-правові норми** являють собою вихідну юридичну базу для фінансово-правового регулювання, так як у них закладена модель певної поведінки суб'єкта фінансового права (необхідної, забороненої чи дозволеної), сформульована у її диспозиції. Власне від виду норми фінансового права (зобов'язуюча, забороняюча чи уповноважуюча) залежить характер поведінки суб'єктів фінансового права.

**Фінансово-правові відносини** є головним засобом, в якому загальна модель поведінки, виражена у фінансово-правовій нормі, конкретизується стосовно суб'єктів фінансового права, у них фіксуються їх суб'єктивні права і суб'єктивні юридичні обов'язки.

**Індивідуальні фінансово-правові акти (акти застосування норм фінансового права)** являють собою владні веління компетентних органів, які забезпечують виникнення і рух правовідносин, проводять вимоги норм у життя, гарантують здійснення прав і обов'язків і т.д.

**Інтерпретаційні фінансово-правові акти** забезпечують однакове розуміння змісту фінансово-правових норм всіма учасниками фінансово-правових відносин.

З огляду на вказані елементи механізму фінансово-правового регулювання можна виділити його наступні *стадії*:

1) стадія видання норми фінансового права і її загальний регулюючий вплив на поведінку учасників фінансових і пов'язаних з ними фінансово-процесуальних відносин (регламентація цих відносин). Це стадія механізму фінансово-правового регулювання, коли держава приходить до висновку про необхідність врегулювання тих чи інших фінансових (фінансово-процесуальних) відносин нормами права і створює ці норми.

2) виникнення суб'єктивних прав і суб'єктивних юридичних обов'язків у конкретних суб'єктах фінансового права на основі дії фінансово-правових норм. Видаючи фінансово-правові норми, держава заздалегідь визначає, які права і обов'язки будуть мати учасники фінансово-правових відносин, оснований на приписах даних норм.

3) стадія застосування норм фінансового права або їх тлумачення – остання стадія механізму правового регулювання, на якій досягається безпосередня мета правового регулювання фінансових (фінансово-процесуальних) відносин – забезпечення їх впорядкованості, організованості.

Постановка проблеми механізму фінансово-правового регулювання, водночас, обумовлює необхідність її подальших наукових досліджень шляхом звернення як до загальних, вихідних, так і спеціальних питань з розглядуваної проблематики, зокрема:

- визначення змісту загального поняття "фінансово-правове регулювання" та його співвідношення із поняттям "фінансово-правовий вплив";
- визначення структури фінансово-правового регулювання з огляду на його предмет і метод;
- визначення місця і ролі у фінансово-правовому регулюванні таких ймовірних його елементів, як методи, способи, прийоми, типи, режими;
- подальша конкретизація елементного складу та стадій механізму фінансово-правового регулювання;
- відображення дії статичної і динамічної функцій фінансово-правової норми у механізмі фінансово-правового регулювання та ін.

У цілому, як поняття фінансово-правового регулювання, так і поняття його механізму являє собою багатогранну теоретичну категорію, яка покликана відіграти важливу роль у науці фінансового права. Вона дозволить не тільки зібрати разом явища правової дійсності, пов'язані з організацією і впорядкуванням фінансових і пов'язаних з ними фінансово-процесуальних відносин (фінансово-правові норми, фінансово-правові відносини, фінансово-правові акти та ін.), і змалювати їх як цілісність (це досягається при допомозі поняття системи фінансового права), але й представити їх у працюючому, системно-впливаючому вигляді (що саме і досягається при допомозі такої категорії як механізм фінансово-правового регулювання).

**ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ  
ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА ДЛЯ МОЛОДІ***О. Сударенко**Національний технічний університет України "КПІ"*

Фінансування будівництва житла для молоді є важливою частиною державного фінансування. Виділяючи державні кошти на житлове будівництво, держава забезпечує реалізацію права на житло, визначеного у ст.47 Конституції України, та вирішує ряд інших гострих питань – поліпшення демографічної ситуації, вирішення проблеми безпритульності тощо.

Разом із тим, питання правового регулювання фінансування будівництва житла не було предметом дослідження на науковому рівні. Загальні питання правового регулювання фінансування були розглянуті у роботах таких вчених як Воронова Л.К., Хімічева Н.І., Горбунова О.Н., Грачова М.Ю. тощо.

Фінансування державних видатків – плановий, цільовий, безповоротний й безвідплатний відпуск грошових коштів, який виконується з урахуванням оптимального поєднання власних, кредитних та бюджетних джерел фінансування, проводиться в міру здійснення планового використання коштів для забезпечення виконання загальнодержавних функцій (оборона країни, управління тощо), а також для утримання соціально-культурної сфери, забезпечення соціальних гарантій та зобов'язань держави, із додержанням режиму економії при постійному здійсненні контролю.

Разом із тим, поняття фінансування має два значення: а) будь-яка видача коштів, незалежно від джерела і форми видачі (є зворотна і беззворотна форми); б) тільки беззворотна форма видачі коштів.

Раніше в науковій літературі поняття бюджетного фінансування розглядалось дещо по-іншому, оскільки, беззворотність – основний критерій, що відрізняє фінансування від кредитування, при якому кошти виділяються на певний строк, з обов'язковим зворотом і сплатою процентів за наданий кредит. На сучасному етапі поняття фінансування включає бюджетне фінансування, самофінансування та кредитування.

Розвиток та належна правова регламентація бюджетного фінансування має важливе значення для всієї бюджетної сфери. Одним із головних напрямків бюджетного фінансування є фінансування будівництва житла для молоді.

Законом України "Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні" було зроблено перший крок на шляху до вирішення житлових проблем молоді. У ст.10 зазначеного Закону визначено основні напрями та способи житлового забезпечення молоді. Незважаючи на те що Закон було прийнято 05.02.1993 р., його реалізація в частині сприяння молоді у вирішенні житлових питань через пільгове кредитування розпочалася тільки після розроблення та затвердження Постановою Кабінету Міністрів України №1352 від 03.12.1997 р. Положення про порядок надання пільгового довготермінового державного кредиту молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) житла.

Протягом 1998-2001 років на довготермінове кредитування будівництва та реконструкції житла для молоді з державного й місцевого бюджетів було спрямовано 156 млн. гривень, за рахунок яких збудовано понад 200 тис. квадратних метрів житла. За допомогою виділених бюджетних коштів поліпшили свої житлові умови понад 3 тис. молодих сімей та одиноких молодих громадян. Проте, за даними Держкомстату, з 2,5 млн. молодих сімей станом на 1 січня 2002 року на квартирному обліку перебували 88,5 тисячі. Для забезпечення їх житлом потрібно близько 7 млрд. гривень. Для досягнення поставленої мети держава планує виділити близько 5,8 млрд. гривень для фінансування будівництва житла для молоді. Фінансування молодіжного житлового будівництва планується провести у декілька етапів, а саме:

1) у період 2002-2005 років фінансування програми передбачається здійснювати переважно за рахунок коштів державного й місцевого бюджетів із поетапним залученням додаткових позабюджетних джерел фінансування;

2) у період 2009-2012 років – за рахунок позабюджетних джерел фінансування, а також бюджетних коштів, що передбачаються на компенсацію наданих молоді пільгових кредитів, коштів

спеціальних фондів відповідних бюджетів, у тому числі акумульованих за рахунок повернення раніше наданих пільгових довгострокових державних кредитів на будівництво (реконструкцію), придбання житла для молодих сімей та одиноких молодих громадян.

Протягом 2005-2009 відбуватиметься поступовий перехід від переважно державного кредитування до здійснення інвестування переважно за рахунок позабюджетних джерел із поступовим їх домінуванням. Планується, що обсяг коштів із позабюджетних джерел на фінансування молодіжного будівництва буде мати чітку тенденцію до збільшення, починаючи з 18,8 млн. грн. в 2002 році та досягаючи 703 млн. грн. в 2012 році.

Проте, це прогнозні показники. На жаль, практика показує, що не всі показники виконуються. Так, Державним бюджетом України на 2001 рік передбачалося на кредитування молодіжного житлового будівництва усього 70 млн. грн., проте профінансовано лише 74 відсотки, у 2002 році 77 млн. грн. – на перше липня профінансовано менше 10 відсотків від зазначеної суми. За 10 місяців 2003 року програма профінансована стовідсотково.

Державна програма забезпечення молоді житлом, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України №1089 від 29.07.2002 р., розповсюджує свою дію на наступні категорії молоді:

- молодіжні сім'ї – подружжя, в якому вік чоловіка та дружини не перевищує 30 років, або неповна сім'я, в якій мати (батько) віком до 30 років;
- одинокі молоді громадяни – до досягнення ними 28 річного віку;
- молоді вчені (вчені віком до 35 років), подружжя, в якому чоловік або дружина є молодим вченим, та на неповні сім'ї, в яких мати (батько) є молодим вченим, якщо зазначені молоді вчені є громадянами України та працюють на державних підприємствах, у державних науково-дослідних (науково-технічних) установах та організаціях, вищих навчальних закладах післядипломної освіти III-IV рівнів акредитації на посадах наукових (науково-педагогічних) працівників, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України, або навчаються за денною формою навчання в аспірантурі, ад'юнктурі, докторантурі;
- молодіжні багатодітні сім'ї та сім'ї з інвалідами – соціально незахищені категорії;
- сільська молодь;
- студентські сім'ї;
- молоді спеціалісти, які одержали направлення на роботу;
- сім'ї працівників державних підприємств, що належать до сфери управління Національного космічного агентства, в яких чоловік та дружина віком від 31 до 35 років включно постійно працюють (або один з них) не менш як три роки на зазначених підприємствах.

Отже, Державна програма забезпечення молоді житлом узагальнила положення багатьох нормативно-правових актів, які передбачають право молоді на отримання житла.

Проте, тут необхідно зробити декілька застережень. По-перше, Законом України "Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні" не передбачено пільг одиноким молодим громадянам стосовно плати за користування кредитом. Така пільга, передбачена лише для сільської молоді, відповідно до Закону України "Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві". Тому доцільно на рівні Закону України "Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні" визначити, що одинокі молоді громадяни мають право на пільги стосовно плати за користування кредитом.

По-друге, відповідно до частини 5 ст.10 Закону України "Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні" молодь, яка переселяється в труднедостатні сільські населені пункти на постійне місце проживання, а також місцева молодь, зайнята в сільському господарстві, переробних, обслуговуючих галузях агропромислового комплексу, соціальній сфері цих населених пунктів, забезпечується житлом і господарськими будівлями виключно за рахунок Державного бюджету України. Отже необхідно розробити механізм реалізації зазначеної норми, яка не передбачає відплатності надання коштів з Державного бюджету України.

Важливим кроком у вирішенні проблеми забезпечення молоді житлом було затвердження Постановою Кабінету Міністрів України №584 від 29.05.2001 р. Положення про порядок надання пільгових довготермінових кредитів молодим сім'ям та одиноким громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла. Перелік осіб, які мають право на отримання пільгового довготермінового кредиту, визначений у зазначеному Положенні, є значно меншим, ніж визначений у Державній програмі забезпечення молоді житлом. Так, у відповідності до п.3 Положення право на

отримання кредиту має молодь визначена у ст.10 Закону України "Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні".

Кредитування будівництва (реконструкції) житла для молодих сімей та одиноких молодих громадян, є прямим, адресним (цільовим) і здійснюється у межах наявних ресурсів. Для забезпечення спрямування бюджетних коштів саме тому, хто більше їх потребує, доцільно на рівні Закону України "Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні" визначити співвідношення рівня доходу сім'ї та майбутніх зобов'язань з повернення кредиту, наприклад, так, як це визначено у Законі України "Про пріоритетність соціальному розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві". Згідно з частиною 2 ст.11 зазначеного Закону правом на державний пільговий кредит може скористуватися особа (сім'я), якщо загальні річні видатки такої особи (сім'ї) на оплату державного пільгового кредиту з урахуванням відсотків за користування ним перевищують 20 відсотків сукупного річного доходу особи (сім'ї). Зазначена норма буде правовим підґрунтям для визначення тієї категорії молоді, яка має фактичне право скористуватися правом на отримання державного пільгового кредиту для будівництва житла або часткової компенсації відсоткової ставки кредитів комерційних банків.

Важливим принципом бюджетного фінансування є плановість. Обов'язок планування державних витрат покладено на Міністерство фінансів України та розпорядників бюджетних коштів.

Державною спеціалізованою фінансовою установою, яка використовує кошти державного, місцевих бюджетів та інших джерел, які виділені для надання пільгових довготермінових кредитів молодим сім'ям та одиноким молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) та придбання житла є Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву. Зазначений Фонд утворено з метою реалізації державної житлової політики. Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву має регіональні відділення, які є структурними підрозділами Фонду, діють відповідно до положення про такий структурний підрозділ та надають пільгові довготермінові кредити молоді на будівництво (реконструкцію) та придбання житла, обслуговують ці кредити та забезпечують їх цільове використання та своєчасне погашення.

Під час формування показників Державного та місцевих бюджетів на відповідний рік, Фонд на підставі узагальненої інформації від регіональних відділень проводить розрахунки необхідного обсягу коштів для надання кредитів за рахунок Державного та місцевих бюджетів та подає Міністерству фінансів України та відповідно Раді Міністрів Автономної Республіки Крим, обласним, Київській та Севастопольській місцевим державним адміністраціям для врахування їх під час складання проекту Державного та місцевих бюджетів. Крім того, Рада Міністрів Автономної Республіки Крим, Севастопольська міська державна адміністрація та Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву повинні передбачати щороку 5-відсоткову квоту для отримання пільгових довготермінових кредитів кримськотатарською молоддю на будівництво (реконструкцію) житла.

Міністерство фінансів України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації під час формування показників проектів відповідних бюджетів на основі розрахунків, проведених Фондом, передбачають окремими рядками кошти для надання кредитів та кошти на їх обслуговування. Відповідно до п.38 Положення про порядок надання пільгових довготермінових кредитів молодим сім'ям та одиноким молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) житла, на фінансування витрат, пов'язаних з наданням та обслуговуванням кредитів, спрямовується 6 відсотків обсягів кредитних ресурсів Фонду.

До принципів фінансування належить також принцип оптимального поєднання власних, кредитних та бюджетних джерел. Джерела кредитування будівництва житла включають: кошти, передбачені у Державному та місцевих бюджетах для надання кредитів та часткової компенсації відсоткової ставки за кредитами комерційних банків; кошти, що надходять від погашення кредитів та сплати відсотків за користування ними; кошти забудовників, громадських організацій, кредитних спілок і банків; позабюджетні кошти, благодійні внески фізичних і юридичних осіб, кошти від проведення аукціонів, конкурсів, лотерей, тендерів і виставок; інвестиції, в тому числі кредити іноземних та вітчизняних юридичних та фізичних осіб; централізовані відрахування регіональних відділень Фонду; субсидії, передбачені у бюджетах різних рівнів; матеріальні та нематеріальні ресурси, виділені Верховною Радою Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, фізичними і юридичними особами в установленому порядку, інші надходження не заборонені законодавством. До джерел кредитування будівництва житла належить також пеня, яка справляється з молоді за прострочення строку платежу.

Бюджетні призначення на виконання програми надання пільгових довготермінових кредитів молодим сім'ям та одиноким молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла встановлюються законом про Державний бюджет України та рішеннями про місцеві бюджети на відповідний рік.

На підставі передбачених на поточний рік обсягів бюджетного фінансування, Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву затверджує узгоджений з помісячними планами асигнувань відповідних видатків Державного бюджету розподіл кредитних ресурсів між регіонами та подає його в установленому порядку Державному казначейству України. Затверджений розподіл кредитних ресурсів за регіонами є юридичною підставою для перерахування Державним казначейством коштів Державного бюджету на відповідні рахунки регіональних відділень Фонду в органах Державного казначейства. На зазначені рахунки органи Державного казначейства перераховують також кошти місцевих бюджетів, виділені для фінансування будівництва житла для молоді.

Кредитні ресурси у вигляді коштів, сформовані за рахунок інших надходжень, крім бюджетних, перераховуються на відповідні рахунки Фонду та регіональних відділень Фонду в органах Державного казначейства. Кредитні ресурси у вигляді об'єктів нерухомості, земельних ділянок, інших матеріальних і нематеріальних активів, передані Фонду або регіональному відділенню Фонду, обліковуються у грошовому еквіваленті згідно із законодавством. Матеріальні та нематеріальні активи, що не можуть бути використані безпосередньо для будівництва та реконструкції житла, відчужуються Фондом у встановленому законодавством порядку. Кошти, отримані від їх реалізації, спрямовуються на поповнення кредитних ресурсів.

Кошти, що сплачуються в рахунок погашення кредитів, наданих з Державного бюджету, відсотки за користування ним і пеня зараховуються до надходжень спеціального фонду Державного бюджету в установленому порядку і одночасно спрямовуються на подальше надання кредитів. Відповідне правило визначено і для інших джерел.

Рішення про надання кредиту приймається регіональним відділенням Фонду протягом місяця з дня подання документів за умови фактичного надходження кредитних ресурсів на його рахунки в органах Державного казначейства і підлягає погодженню з правлінням Фонду. Проте не визначено строк погодження такого рішення Правлінням Фонду. Після прийняття регіональним відділенням Фонду рішення про надання кредиту, укладається кредитна угода, строки укладання якої також не визначені. Для створення чіткого механізму кредитування вважаємо, що ці строки необхідно встановити.

Кредит надається регіональним відділенням Фонду на підставі кредитної угоди. Після підписання сторонами кредитної угоди кандидат набуває статусу позичальника, на якого оформляється паспорт позичальника. Тобто, права і обов'язки, пов'язані з отриманням кредиту, виникають у кандидата лише після підписання кредитної угоди. Кредит на будівництво та реконструкцію житла молодим сім'ям та одиноким молодим громадянам надається терміном до 30 років. Термін надання кредиту обчислюється з дати укладення кредитної угоди.

Кредит надається за певних умов, однією з яких є внесення кандидатом на свій особистий рахунок, що відкривається регіональним відділенням Фонду в банку-агенті, першого внеску в розмірі не менш як 6 відсотків передбаченої вартості будівництва (реконструкції) житла. Зазначену суму кандидат вносить двома частинами:

- на момент укладення кредитної угоди – не менш як половину цієї суми, а також кошти на страхування в період будівництва та/або реконструкції житла, виходячи із загальної суми внесків позичальника;
- під час остаточних розрахунків протягом 10 днів після отримання в бюро технічної інвентаризації технічного паспорта з урахування фактичної площі збудованого (реконструйованого) житла – решту коштів.

Погашення кредиту, наданого на будівництво (реконструкцію) житла, і сплата відсотків за користування ним здійснюються позичальником починаючи з дати реєстрації свідоцтва про право власності на збудоване (реконструйоване) житло, а у разі будівництва (реконструкції) індивідуального будинку позичальник починає погашати кредит і сплачувати відсотки за користування ним не пізніше ніж через 15 місяців після проведення банком-агентом першої операції з фінансування цього будівництва (реконструкції).

Платежі з погашення кредиту та сплата відсотків за користування ним вносяться в порядку, визначеному кредитною угодою, щокварталу (не пізніше ніж останній день кварталу) на рахунок регіонального відділення Фонду в банку-агенті. Відповідно до Рішення Правління Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву №12 від 10.06.2003 р. "Про затвердження Інструкції про визначення термінів погашення пільгових довготермінових кредитів, наданих молодим сім'ям та одиноким молодим громадянам на придбання житла" на 2003 рік визначено величину щоквартального платежу позичальника в розмірі не менше 500 грн. для міської місцевості та не менше ніж 300 грн. для сільської місцевості.

Розмір щоквартального платежу з погашення кредиту визначається регіональним відділенням Фонду шляхом ділення суми кредиту на кількість кварталів терміну погашення цього кредиту з урахуванням пільг, які визначені законодавством для молодих сімей. Позичальник, який не має дітей, сплачує кредит з відсотковою ставкою у розмірі 3 відсотки річних суми зобов'язань за кредитом. Нарахування відсотків за користування кредитом починається з дати підписання кредитної угоди.

Для молодих сімей, у яких є діти передбачено безвідсоткові кредити та такі пільги:

- позичальник, який має одну дитину, звільняється від сплати відсотків за користування кредитом;
- позичальникові, який має двох дітей, за рахунок бюджетних коштів погашається 25 відсотків суми зобов'язань за кредитом;
- позичальникові, який має трьох і більше дітей, – 50 відсотків суми зобов'язань за кредитом;
- позичальникові, який проживає у збудованому (реконструйованому) за рахунок кредиту індивідуальному будинку в сільській місцевості, за умови його постійної роботи у сільськогосподарському виробництві, на підприємствах переробної та інших галузей агропромислового комплексу, що функціонують у сільській місцевості, в соціальній сфері села та органах місцевого самоврядування на селі, крім зазначених пільг, в порядку, встановленому законодавством, погашається 25 відсотків суми наданого кредиту. У разі втрати права на зазначену пільгу позичальник протягом одного місяця подає регіональному відділенню Фонду відповідні документи.

Якщо у складі сім'ї позичальника сталися зміни, які дають йому право на отримання зазначених пільг, він протягом одного місяця подає регіональному відділенню Фонду відповідну заяву та документи встановленого зразка, що підтверджують такі зміни. На підставі цих документів та відповідно до цього Положення до кредитної угоди вносяться зміни із зазначенням обсягів щоквартальних платежів за кредитом і відсотків за користування ним.

Розмір кредиту на будівництво (реконструкцію) визначається регіональним відділенням Фонду, виходячи з норми 21 кв. метр загальної площі житла на одного члена сім'ї та додатково 20 кв. метрів на сім'ю (далі – нормативна площа), вартості будівництва та реконструкції житла за цінами, що діють на час укладення кредитної угоди, та витрат на страхування в період будівництва (реконструкції) житла. При цьому розрахункова вартість 1 кв. метра житла не повинна перевищувати його середньої вартості, що склалася в регіоні відповідно до даних Держбуду. Розмір кредиту, що надається позичальнику для будівництва (реконструкції) індивідуального будинку та господарських приміщень у сільській місцевості, може бути збільшений на 30 відсотків суми, обчисленої відповідно до нормативної площі.

У разі перевищення нормативної площі та/або розрахункової вартості будівництва та реконструкції житла, встановленої кредитною угодою, позичальник сплачує за власний рахунок вартість будівництва та реконструкції понаднормативної площі житла та/або різницю між фактичною вартістю житла і вартістю, встановленою кредитною угодою, а також додаткові витрати на страхування у терміни, встановлені в угоді про будівництво, шляхом перерахування власних коштів на особистий рахунок у банку-агенті.

Якщо фінансування будівництва та реконструкції житла здійснюється поетапно, сума кредиту може уточнюватися відповідно до змін вартості 1 кв. метра житла та середньої вартості будівництва, що склалася у регіоні на час введення житла в експлуатацію. У зв'язку з цим проводяться додаткові розрахунки та вносяться відповідні зміни до кредитної угоди. За розпорядженням регіонального відділення Фонду органи Державного казначейства протягом трьох банківських днів перераховують кошти з відповідного рахунка регіонального відділення Фонду на особистий рахунок позичальника у банку-агенті та повідомляють про це регіональне відділення Фонду.

Фінансування будівництва та реконструкції житла здійснюється виключно у безготівковій формі за письмовим розпорядженням регіонального відділення Фонду банком-агентом відповідно до інвестиційної угоди, що укладається між регіональним відділенням Фонду та замовником або між регіональним відділенням Фонду, що виконує функції замовника, та підрядником. Термін використання кредитних коштів на будівництво та реконструкцію житла обумовлюється у кредитній угоді і не повинен перевищувати нормативного терміну будівництва та реконструкції житла з дня першого перерахування банком-агентом замовнику (підряднику) коштів за виконані роботи або передачі регіональним відділенням Фонду за актом приймання-передачі замовнику (підряднику) матеріальних ресурсів.

Отже, кредитування будівництва житла передбачає можливість отримання як безвідсоткового кредиту, в даному випадку має місце безвідplatне та зворотне фінансування, так і кредиту з пільговими відсотками – зворотне і відplatне фінансування. Право на беззворотне та безвідplatне фінансування будівництва житла має лише молодь, яка переселяється у труднедостатні населені пункти на постійне місце проживання, проте механізму реалізації зазначеного права не існує.

На Фонд та його регіональні відділення покладено обов'язок здійснювати контроль за використанням коштів, передбачених для кредитування будівництва житла та на часткову компенсацію відсоткової ставки кредитів комерційних банків.

Положенням передбачена відповідальність банка-агента, відповідальність молоді, Проте, не передбачено норм, які б визначали відповідальність державних структур за порушення законодавства при наданні кредитів. Для забезпечення належного контролю за діями державних органів та дотримання ними законодавства при наданні кредитів необхідно чітко на рівні закону визначити відповідальність Фонду та його регіональних відділень.

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ,  
ЯКІ ВИПЛИВАЮТЬ З ПРАВА ВЛАСНОСТІ ДЕРЖАВИ*****В. Левкович****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Загальновідомо, що жодній державі в світі ніколи не вистачає самих лише податкових надходжень для фінансового забезпечення її функцій. Тому набула поширення практика запровадження державами ще цілої низки інших обов'язкових грошових платежів, споріднених за економічним змістом з податками, але не тотожних їм. Ці платежі називають неподатковими доходами.

Неподаткові доходи розглядалися як джерело формування державного бюджету ще в радянський період розвитку права. Проте на відміну від сучасного фінансового права перелік доходів, що належали до неподаткових, був іншим. Крім того, на неподаткові доходи не зверталось достатньо уваги. Пояснювалося це іншою економіко-політичною ситуацією в країні у радянський період.

Питаннями правового регулювання доходів державного бюджету в період розвитку радянського фінансового права займалися такі відомі учені як Е.А. Ровінській, Н.І. Хімичева, С.Д. Ципкін.

До неподаткових доходів відносилися:

- платежі за користування деякими видами державного майна, за надання державними органами певних послуг і вчинення деяких інших дій;
- суми, отримані від реалізації майна, яке переходить у власність держави у встановленому законом порядку (безгосподарного, скарбів, знахідок, спадщини);
- суми, що вилучаються до бюджету у зв'язку з тим, що їх залишення у розпорядженні окремих підприємств і організацій заохочувало б порушення фінансової дисципліни і не сприяло б зміцненню госпрозрахунку (суми кредиторської і депонентської заборгованості з термінами позовної давності, які минули, депозитні суми і т. д.);
- надходження, пов'язані з розміщенням грошово-речових лотерей, а також деякі інші суми.

Сучасне фінансове право України дещо по-іншому регулює неподаткові доходи. Більшість науковців схильється до поділу неподаткових доходів на такі види:

1. Неподаткові доходи, що надходять у вигляді плати за послуги, які надаються державою.
2. Неподаткові доходи у вигляді страхових внесків на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (збори до державних цільових фондів).
3. Неподаткові доходи, які випливають з права власності держави.
4. Неподаткові доходи штрафного і компенсаційного характеру.
5. Неподаткові доходи від розміщення державних лотерей.

Як ми бачимо, одним із видів, груп цих платежів є неподаткові доходи, які випливають з права власності держави. Доволі часто їх називають ресурсними, рентними платежами. І ця назва має право на існування. Проте, видається, що більш об'ємною, змістовнішою є назва "неподаткові доходи, які випливають з права власності держави".

У чому ж полягає суть та особливості економічної та юридичної природи та який правовий режим цих неподаткових доходів?

Як відомо, плата передбачає певну еквівалентність відносин платника з державою. Це є, наприклад, плата за землю, плата за спеціальне використання природних ресурсів: за воду, за користування надрами, за спеціальне використання диких тварин тощо (згідно з новою редакцією Закону України "Про систему оподаткування" різноманітні плати за спеціальне використання природних ресурсів називаються зборами). Розмір плати прямо чи опосередковано залежить від розміру ресурсів, що використовуються, а надходження плати державі визначається державною власністю на ці ресурси. Якщо держава втратить право власності на них, то вона втратить і ці доходи. Саме тому до роздержавлення державної власності, до її приватизації необхідно підходити особливо ретельно. Є такі її форми, і, насамперед, дуже багато видів промислових підприємств, житловий фонд та ряд інших, де приватизацію необхідно всіляко стимулювати, знімаючи з держави тягар



невиправданих витрат та залучаючи водночас приватний капітал. Поряд з цим є такі форми державної власності, зокрема, власність на землю, надра, воду, ліси, одним словом – на природні ресурси, приватизація яких, на нашу думку, не відповідає корінним інтересам держави, оскільки суб'єкти господарської діяльності можуть вносити державі за їх використання плату. Як правило, цільового призначення плата не має і зараховується до бюджету, як державного, так і місцевого.

Проте це не завжди так. Наприклад, часткове цільове призначення має збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок державного бюджету. Оскільки він вноситься до державного бюджету, то в загальній сумі його доходів це цільове призначення по суті втрачається. При цьому розміри фінансування з бюджету геологорозвідувальних робіт можуть бути як більші, так і менші від надходжень цього збору.

У групу неподаткових доходів, які впливають з права власності держави, включаються: збори на спеціальне використання природних ресурсів, наприклад, плата за користування надрами, орендна плата за землю, плата за спеціальне використання диких тварин, плата за спеціальне використання рибних та інших водних ресурсів; доходи від власності, рентна плата за транзитне транспортування природного газу, нафти, аміаку через територію України, рентна плата за нафту і природний газ, плата за оренду державного майна, дивіденди (доход), нараховані на акції (частки, паї) господарських товариств, які є у державній власності, надходження коштів від реалізації конфіскованого майна, надходження коштів від реалізації надлишкового озброєння, військової та спеціальної техніки, іншого майна Збройних Сил України, збір за використання радіочастотного ресурсу, надходження коштів від реалізації товарів та інших предметів, конфіскованих за матеріалами правоохоронних та інших уповноважених органів, надходження коштів від реалізації безхазяйного майна, майна, що за правом спадкоємства перейшло у власність держави, та скарбів, надходження від приватизації державної власності тощо.

З наведеного видно, що держава у даній ситуації виступає як власник, що на власний розсуд, але, гадається, все ж в інтересах суспільства, розпоряджається належним йому майном. Тому слушно підкреслював французький вчений П.-М. Годме, що доходи з державного майна та позик являють собою кошти, отримувані державою від діяльності такої ж, як і діяльність приватних громадян. Власне, виходячи з цього твердження, можна запропонувати ще одну назву цього виду неподаткових доходів: неподаткові доходи від державного господарства.

Отже, неподаткові доходи, які впливають з права власності держави, можна визначити як встановлені законодавством збори, плати, які стягуються державою з фізичних та юридичних осіб за використання майна і природних ресурсів держави. Насамкінець хотілося б наголосити, що держава-власник повинна використовувати свою власність з максимальною ефективністю і, звичайно ж, для потреб всього українського народу.

**ЗНАЧЕННЯ ЄДИНОГО ПОДАТКУ ДЛЯ ЗАХИСТУ ПРАВ  
СУБ'ЄКТІВ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ***М. Пожидаєва**Національний технічний університет України "КПІ"*

На сьогодні мале підприємництво як структурний елемент ринкової економіки є одним із дієвих важелів вирішення економічних і соціальних завдань, а саме: зміцнення економічної бази регіонів, швидке насичення ринку товарами та послугами, послаблення монополізму і розвиток конкуренції, впровадження досягнень науково-технічного прогресу, підвищення експортних можливостей країни, забезпечення зайнятості значної частини населення. Важливе значення малого підприємництва вимагає захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності з боку держави шляхом виконання нею комплексу взаємопов'язаних правових, організаційно-економічних заходів щодо стимулювання і підтримки розвитку малого бізнесу в Україні, одним із головних серед яких є сприятлива податкова політика.

Так, проблема захисту прав суб'єктів малого підприємництва почала розв'язуватись відтоді, як у липні 1998 року набрав чинності Указ Президента "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва", відповідно до якого з метою спрощення оподаткування доходів підприємців запроваджувався єдиний податок, який замінював собою сплату відповідної групи обов'язкових платежів. Але через рік вийшов новий Указ Президента України "Про внесення змін до Указу Президента України від 3 липня 1998 р. "Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності для суб'єктів малого підприємництва" в ред. від 28.06.1999 р. Цей Указ Президента України у ред. від 28.06.1999 р. було спрямовано на виправлення деяких недоліків попереднього Указу з приводу збільшення розміру обмеження річного обсягу реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) для суб'єктів малого підприємництва; введення двох схем щодо сплати податку на додану вартість (ПДВ) на вільний вибір платника єдиного податку – юридичної особи як суб'єкта підприємницької діяльності, а саме: або ставка єдиного податку – 6 відсотків і сплата ПДВ за загальними правилами з веденням податкового обліку, або ставка єдиного податку – 10 відсотків і можливість не вести облік по ПДВ та окремо не перераховувати його до бюджету. Така спрощена система оподаткування для суб'єктів малого підприємництва себе виправдала. За попередніми статистичними даними на кінець 2000 р. свідоцтво про право сплати єдиного податку в Україні отримали 62 тис. юридичних осіб і 156 тис. фізичних осіб (на початок 2000 р. відповідно – 23 тис. і 84 тис.), а сума надходжень єдиного податку від юридичних осіб за 9 міс. 2000 р. склала 244,5 млн. грн., від фізичних осіб – 150,4 млн. грн.

Отже, на сучасному етапі розвитку національної економіки в Україні одним з існуючих способів послаблення податкового тиску на суб'єктів підприємницької діяльності виступає єдиний податок, що є своєрідним проявом захисту прав суб'єктів малого підприємництва з боку держави. Для підприємця, який застосовує єдиний податок, скорочується кількість обов'язкових платежів, передбачених чинним законодавством України, зменшуються обсяги та види звітності, спрощується порядок ведення обліку доходів та витрат. Завдяки справляння єдиного податку створені умови для ефективного господарювання суб'єктів підприємницької діяльності, для виведення економіки з "тіні", а також для повного та своєчасного надходження обов'язкових платежів до місцевих і зведеного бюджетів, відповідних позабюджетних фондів. При цьому понад чотирирічне використання спрощеної системи оподаткування сприяло збільшенню кількості малих та середніх підприємств, динамічному зростанню робочих місць, нарощенню загальних обсягів виробництва і реалізації товарів, скороченню витрат на ведення податкового обліку. Доказом викладеного вище виступають статистичні дані.

Так, упродовж 1999-2002 років кількість платників єдиного податку збільшилась майже у 6 разів, а надходження до бюджету – в 12 разів. Кількість працівників на підприємствах, що оподатковуються за єдиним податком, з 49,7 тис. у 1999 році зросла до 405,9 тис. осіб у 2003 році. Зниження податкового навантаження та спрощення порядку сплати податків сприяє самозайнятості працездатного населення і зменшує соціальну напругу в країні без витрат бюджетних коштів. Через існуючі спрощені режими оподаткування створено близько 500 тис. нових робочих місць. У 2002 році

темпи зростання податкових надходжень від суб'єктів підприємницької діяльності, які обрали спрощений порядок оподаткування своїх доходів, становило 33,4 відсотка, а від тих суб'єктів, підприємницька діяльність яких оподатковувалась на загальних засадах, – тільки 22,6 відсотка. За чотири роки існування спрощеної системи оподаткування 426 тис. громадян України – суб'єктів підприємницької діяльності, або 34 відсотки їхньої загальної кількості, обрали сплату єдиного податку. Таким чином, досліджені статистичні дані доводять доцільність та ефективність застосування єдиного податку суб'єктами малого підприємництва при оподаткуванні їхніх доходів.

Виходячи з викладеного вище, можна зробити висновок, що основним призначенням єдиного податку є спрощення оподаткування доходів суб'єктів малого підприємництва шляхом заміни сплати сукупності основних обов'язкових платежів, передбачених чинним законодавством України, на один податок. У зв'язку з цим єдиний податок можна розглядати як спрощений метод справляння вже встановлених обов'язкових платежів.

На сьогоднішній день, враховуючи завдання податкової політики, окремі з яких містяться у відповідних нормах Указу Президента України "Про державну підтримку малого підприємництва" від 12.05.1998 р., Закону України "Про державну підтримку малого підприємництва" від 19.10.2000 р., Закону України "Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні" від 21.12.2000 р., на наш погляд, потрібно зауважити, що єдиний податок в Україні є саме тим податковим важелем, який сприяє розвитку малого підприємництва, підвищенню ефективності вітчизняного виробництва, стимулює підприємницьку активність. Саме за допомогою стимулюючої функції єдиного податку держава гармонізує свої інтереси з інтересами суб'єктів малого підприємництва, які є платниками податків. Так, спрощення порядку сплати деяких обов'язкових платежів для платників єдиного податку покладає на відповідні державні органи обов'язок щодо розподілу та зарахування певних сум єдиного податку до бюджету відповідного рівня і позабюджетних фондів. При цьому виникнення правовідносин з приводу сплати єдиного податку обумовлено добровільністю вибору суб'єкта малого підприємництва, який відповідає передбаченим чинним законодавством вимогам, між оподаткуванням доходів від підприємницької діяльності на загальних засадах та у спрощеному порядку. Виходячи з викладеного, можна зробити висновок, що у правовідносинах, які виникають при справлянні єдиного податку, головним суб'єктом виступає платник по відношенню до державних органів, які обслуговують його. Це також пояснюється зміною поглядів стосовно правового статусу платника у суспільстві, де на першому місці – права платника та забезпечення їх захисту, а на другому – повноваження державних органів. Тому при державному регулюванні економічних відносин шляхом встановлення оптимальної системи оподаткування пріоритет має надаватись інтересам платника. Отже, на сьогодні єдиний податок має важливе значення для захисту прав суб'єктів малого підприємництва в Україні.

Але на даний час справляння єдиного податку має і певні вади. Перш за все, сплата єдиного податку передбачає менші податкові зобов'язання ніж сплата обов'язкових платежів за загальною системою оподаткування. У зв'язку з цим великий бізнес може штучно розколотися на менші підприємства для того, щоб як суб'єкти малого підприємництва стати платниками єдиного податку. Дану ситуацію можна охарактеризувати як своєрідне ухилення від сплати податків, що приводить до втрати надходжень до бюджету. Для того, щоб перешкодити такому зловживанню сплатою єдиного податку, об'єкти, які знаходяться у власності або контролюються окремою особою або групою пов'язаних осіб, повинні вважатися єдиним об'єктом оподаткування.

По-друге, існує горизонтальна несправедливість: два платники єдиного податку з подібними рівнями доходів від однакового виду діяльності можуть сплачувати дуже різні суми податків лише тому, що вони відрізняються за організаційно-правовою формою. А також є і вертикальна несправедливість: платники єдиного податку з високими рівнями доходів можуть сплачувати менші суми податків, ніж платники з низькими рівнями доходів. Єдиний податок має рівномірно застосовуватись до всіх суб'єктів малого підприємництва, якщо вони самостійно здійснили вибір сплати єдиного податку, з врахуванням виду їхньої діяльності (крім довірчих товариств, страхових компаній, банків, ломбардів, інших фінансово-кредитних та небанківських фінансових установ; діяльності у сфері грального бізнесу, обміну іноземної валюти). Це положення і передбачено в проекті Податкового кодексу України, прийнятому Верховною Радою України у другому читанні.

По-третє, відсутня інтеграція з загальною системою оподаткування, що перешкоджає розвитку малого підприємництва. На суб'єктів малого підприємництва, обсяг діяльності яких незначною мірою перевищив кваліфікаційний критерій, покладається набагато більший податковий тягар. Кваліфікаційний критерій за кількістю працівників також може перешкоджати зростанню малого

бізнесу за рахунок залучення додаткових працівників. Зазначені вище критерії не сприятимуть тому, щоб підприємства чесно повідомляли про свою діяльність. За проектом Податкового кодексу України критерії переходу до сплати єдиного податку для юридичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності залишаються такими самими, а щодо фізичних осіб – підприємців вимоги значно погіршаться. А саме: скорочення граничного обсягу виручки від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) в 2,5 рази – до 200 тис. грн. на рік, а також чисельності найманих працівників, включаючи членів сім'ї, вдвічі – до 5 осіб. У випадку введення запропонованих проектом Податкового кодексу змін скоротиться кількість громадян-підприємців, які будуть мати право на застосування єдиного податку. Тому, по-перше, кількість працівників, зайнятих на підприємстві, не повинна використовуватись як кваліфікаційний критерій. По-друге, потрібно передбачити поступовий перехід до застосування загальної системи оподаткування у разі збільшення обсягу діяльності, використовуючи при цьому граничний поріг реєстрації платника податку на додану вартість.

Разом з тим, неврегульованість на законодавчому рівні особливостей оподаткування перехідних операцій, тобто тих, початок яких приходиться на період роботи за загальною системою оподаткування, а закінчення – на період, коли сплачується єдиний податок. За проектом Податкового кодексу дане питання частково врегульовано шляхом невключення до об'єкта оподаткування платника єдиного податку коштів, які отримуються ним в оплату за продукцію (товари, роботи, послуги), реалізовану в період оподаткування на загальних засадах. Цим положенням зафіксовується принцип уникнення подвійного оподаткування.

Таким чином, викладені вище проблеми, які наявні у даний час при сплаті єдиного податку, можуть бути вирішені шляхом реформування чинного законодавства з питань регулювання єдиного податку. І це, насамперед, прийняття Податкового кодексу України, який повинен врахувати усі існуючі переваги та недоліки справляння єдиного податку.

Враховуючи викладене вище, можна зробити висновок, що держава може здійснювати захист прав суб'єктів малого підприємництва шляхом справляння з них єдиного податку, який потребує постійного моніторингу результатів його застосування, своєчасних змін і доповнень до чинного законодавства з питань правового регулювання єдиного податку в Україні, а також розвитку господарського комплексу, малого та середнього бізнесу.

## АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ МІСЦЕВИХ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

*В. Сулим*

*Волинський державний університет імені Лесі Українки*

Сьогодні в Україні триває процес становлення податкової системи. У цьому процесі особлива увага приділяється суб'єктам податкових правовідносин, їх видам, правовому статусу тощо, адже саме від того як вони виконуватимуть покладені на них обов'язки залежить добробут не лише держави, а й суспільства в цілому. Серед суб'єктів, які поряд із державою в Україні вправі встановлювати податки та збори на території відповідних територіальних одиниць є окремі органи місцевого самоврядування. Слід зазначити, що таке право органів місцевого самоврядування є ще одним підтвердженням демократизації нашого суспільства, адже в інших розвинених країнах це право закріплене за органами місцевого самоврядування вже досить давно (наприклад, ч.2 а ст.105 Основного Закону Федеративної Республіки Німеччини від 23 травня 1949 р.).

Правовою основою для цього є ч.1 ст.143 Конституції України, відповідно до якої "територіальні громади села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування...встановлюють місцеві податки і збори відповідно до закону...", ч.3 ст.15 Закону України "Про систему оподаткування" від 25 червня 1991 р., згідно із якою місцеві податки і збори (обов'язкові платежі), механізм справляння та порядок їх сплати встановлюються сільськими, селищними, міськими радами відповідно до переліку і в межах граничних розмірів ставок, установлених законами України, крім збору за проїзд по території прикордонних областей автотранспорту, що прямує за кордон, який встановлюється обласними радами, а також п.24 ч.1 ст.26 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" від 21 травня 1997 р. №280/97-ВР, відповідно до якого виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради вирішуються питання встановлення місцевих податків і зборів та розмірів їх ставок у межах, визначених законом та ч.1 ст.63 цього ж Закону, згідно з якою органи місцевого самоврядування відповідно до закону можуть встановлювати місцеві податки і збори.

До органів місцевого самоврядування, що виступають як окремий вид суб'єктів податкових правовідносин, потрібно віднести сільські, селищні та міські ради, а також обласні ради з питань визначення механізму справляння, сплати та граничних розмірів ставок збору за проїзд по території прикордонних областей автотранспорту, що прямує за кордон (ч.3 ст.15 Закону України "Про систему оподаткування").

Поряд із перерахованими органами місцевого самоврядування встановлювати місцеві податки, а також пільги по них на території Автономної Республіки Крим вправі Верховна Рада Автономної Республіки Крим. Так, згідно із п.8 ч.2 ст.9 Закону України "Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим" від 10 лютого 1998 р. №90/98-ВР до відання Верховної Ради Автономної Республіки Крим належить встановлення податків і пільг на податки відповідно до законів України (оскільки на законодавчому рівні правовий статус Верховної Ради Автономної Республіки Крим як суб'єкта податкових правовідносин в певній мірі прирівняний до статусу сільських, селищних та міських рад, то, на наш погляд, їх слід розглядати разом).

Перелік податків та зборів, які можуть встановлювати органи місцевого самоврядування, визначений ч.1 ст.15 Закону України "Про систему оподаткування" від 25 червня 1991 р. Однак, специфіка можливості органів місцевого самоврядування встановлювати місцеві податки та збори в Україні проявляється у тому, що ці органи вправі встановлювати такі податки та збори лише в розмірах, визначених законом, а також на території відповідних територіальних одиниць, в межах яких здійснюється їхнє самоврядування, у той час як держава в особі її законотворчого органу вправі встановлювати систему оподаткування, порядок сплати податків та зборів, що є обов'язковими на усій її території. Органи ж місцевого самоврядування можуть встановлювати місцеві податки в межах граничних розмірів ставок, визначених законами України. На відміну від держави органи місцевого самоврядування, які мають право встановлювати податки, не мають своїх органів (податкових), котрі би здійснювали контроль за справлянням місцевих податків. Це роблять державні податкові інспекції.

Муниципальному праву відомим є ще таке поняття як самооподаткування. Так, згідно із ст.1 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" від 21 травня 1997 р. самооподаткування –

форма залучення на добровільній основі за рішенням зборів громадян за місцем проживання коштів населення відповідної території для фінансування разових цільових заходів соціально-побутового характеру. Однак, через принцип добровільності, який лежить в основі самооподаткування, це питання не охоплюється предметом нашого дослідження.

Іноді при встановленні органами місцевого самоврядування місцевих податків і зборів останніми допускаються порушення вимог чинного законодавства в галузі оподаткування. Зокрема, ці органи допускають порушення, що проявляються у встановленні податків, які не передбачені Законом України "Про систему оподаткування", перевищенні граничних ставок податків та зборів, передбачених цим же Законом тощо. Законодавством України передбачені певні правові заходи, за допомогою яких ці порушення можна усунути. Такими заходами впливу на ці органи може бути застосування органами прокуратури в порядку, визначеному Законом України "Про прокуратуру" від 5 листопада 1991 р. №1789-ХІІ заходів прокурорського реагування або визнання цих рішень недійсними в судовому порядку.

Згідно із п.1 ч.1 ст.20 Закону України "Про прокуратуру" від 5 листопада 1991 р. №1789-ХІІ предметом нагляду за додержанням і застосуванням законів є: відповідність актів, які видаються всіма органами, підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами, вимогам Конституції України та чинним законам.

У випадку, коли орган місцевого самоврядування приймаючи рішення у галузі оподаткування, допустить порушення закону, прокурор у відповідності до п.2 ч.2 ст.20 вказаного Закону має право вносити подання або протест на рішення місцевих рад залежно від характеру порушень.

Відповідно до ст.21 цього ж Закону протест на акт, що суперечить закону, приноситься прокурором, його заступником до органу, який його видав або до вищестоящого органу. У такому ж порядку приноситься протест на незаконні рішення чи дії посадової особи.

У протесті прокурор ставить питання про скасування акта або приведення його у відповідність з законом, а також припинення незаконної дії посадової особи, поновлення порушеного права.

Протест прокурора зупиняє дію опротестованого акта і підлягає обов'язковому розгляду відповідним органом або посадовою особою у десятиденний строк після його надходження. Про наслідки розгляду протесту в цей же строк повідомляється прокурору.

У разі відхилення протесту або ухилення від його розгляду прокурор може звернутися з заявою до суду про визнання акта незаконним. Заяву до суду може бути подано протягом п'ятнадцяти днів з моменту одержання повідомлення про відхилення протесту або закінчення передбаченого законом строку для його розгляду. Подача такої заяви зупиняє дію правового акта.

Подання з вимогами усунення порушень закону, відповідно до ст.23 Закону України "Про прокуратуру" причин цих порушень і умов, що їм сприяють, вносяться прокурором, його заступником у державний орган, громадську організацію або посадовій особі, які наділені повноваженнями усунути порушення закону, і підлягає невідкладному розгляду. Не пізніше як у місячний строк має бути вжито відповідних заходів до усунення порушень закону, причин та умов, що їм сприяють, і про наслідки повідомлено прокурору.

Колегіальний орган, якому внесено подання, повідомляє про день засідання прокурору, який вправі особисто взяти участь у його розгляді.

Незаконним рішення органу місцевого самоврядування у галузі оподаткування може визнати таким суд за заявою (скаргою) прокурора, фізичних або юридичних осіб у порядку, передбаченому Цивільним процесуальним кодексом України. Господарський суд може визнати таке рішення недійсним за відповідною заявою суб'єкта, який має право на звернення до такого суду у порядку, визначеному Господарським процесуальним кодексом України.

До недоліків вказаних засобів забезпечення податкової дисципліни органів місцевого самоврядування, так як і Верховної Ради України слід віднести те, іноді проходить досить тривалий проміжок часу з моменту, коли таке рішення вступить у дію і до моменту визнання його незаконним, недійсним або зупинення його дії, в результаті чого може бути заподіяна значна шкода платникам податків, адже не всі з них звернуться до суду про повернення їм сум безпідставно сплачених податків, зборів та інших обов'язкових платежів.

Таким чином, якщо підсумувати викладене, то слід сказати, що законодавством України передбачено певні правові засоби усунення порушень, які можуть бути допущені (чи допускаються) органами місцевого самоврядування при встановленні місцевих податків та зборів, проте ці засоби вимагають вдосконалення.

## ЩОДО ПИТАННЯ ДЕЛЕГУВАННЯ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ В СФЕРІ АКУМУЛЯЦІЇ ОБОВ'ЯЗКОВИХ ПЛАТЕЖІВ

*Н. Пришва*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Відповідно до ч.2 ст.92 Конституції України виключно законами встановлюються податки, збори, система оподаткування в Україні. Верховна Рада України є єдиним законодавчим органом в державі. Саме їй належить виключне право на затвердження податкових законів. Щодо інших державних органів, органів місцевого самоврядування, то держава чітко визначає коло їх повноважень в сфері акумуляції обов'язкових платежів. Окремі повноваження органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, органів влади Автономної Республіки Крим в цій сфері можна визначити як делеговані.

Делегування повноважень, відповідно до теоретичних основ конституційного права, є тимчасовою передачею одним органом державної влади (чи посадовою особою) належних йому повноважень іншому органу. Обов'язковими умовами делегування серед інших, вчені називають такі, як неможливість розширювального тлумачення делегованих повноважень; неможливість делегування права на видання норм, які мають зворотню дію або змінюють діючий закон. Тобто, делегування повноважень в сфері справляння обов'язкових платежів повинно здійснюватись із дотриманням конституційної вимоги щодо порядку встановлення податків та зборів.

В окремих випадках, які закріплені виключно конституціями, повноваження з встановлення і введення податків та зборів можуть бути делеговані виконавчій владі. Такими повноваженнями був наділений Кабінет Міністрів України в період з листопада 1992 року по травень 1993 р., коли Верховна Рада України передала йому терміном на шість місяців право ухвалювати декрети, які мали силу закону. Серед ухвалених протягом цього періоду декретів і зокрема, Декрет Кабінету Міністрів України "Про прибутковий податок з громадян" від 26 грудня 1992 р., Декрет Кабінету Міністрів України "Про податок на промисел" від 17 березня 1993 р. тощо.

В інших країнах світу застосовується така ж практика. На сьогодні відповідні повноваження має Президент Республіки Беларусь. В ст.101 Конституції Республіки Беларусь зазначається, що Палата представників і Рада Республіки законом, прийнятим більшістю голосів від повного складу палат, за пропозицією Президента може делегувати йому законодавчі повноваження на видання декретів, що мають силу закону. Отримавши повноваження на прийняття декретів в сфері оподаткування, Президент реалізував їх шляхом прийняття ряду нормативних актів, серед яких і Декрет Президента Республіки Беларусь від 17 травня 2001 року №12 "Про введення єдиного податку з індивідуальних підприємців та інших фізичних осіб, що здійснюють реалізацію товарів, робіт (послуг), і про деякі питання, пов'язані із вказаною діяльністю".

Конституція Республіки Нікарагуа передбачає право делегувати законодавчі повноваження з встановлення податків і зборів загального характеру Президенту Республіки виключно на час війни, в якій буде брати участь Республіка (ст.150).

Як *делеговані* можна кваліфікувати більшість повноважень Кабінету Міністрів України в цій сфері.

Аналіз чинного законодавства України дає можливість зробити наступний висновок. Законодавець, встановлюючи конкретні податки і збори, може делегувати Уряду України право:

а) *встановлювати або змінювати розміри зборів, інших обов'язкових платежів*. Наприклад, ставки збору за використання радіочастотного ресурсу встановлюються Кабінетом Міністрів України відповідно до ст.24 Закону України "Про радіочастотний ресурс України". Законодавець надаючи такі повноваження Кабінету Міністрів України порушує як Конституцію України, так і спеціальний закон з оподаткування – ст.1 Закону України "Про систему оподаткування". Ставка обов'язкового платежу, який включено до податкової системи України, повинна встановлюватись тільки податковим законом, а не постановами Кабінету Міністрів України чи актами інших органів. Верховна Рада України, делегуючи Кабінету Міністрів України право на встановлення ставок збору, який є складовою

податкової системи, фактично "коректує" ч.2 ст.92 Конституції України, яка говорить про встановлення зборів **виключно законом**;

б) *конкретизувати механізм дії податкової пільги*. Наприклад, в підпункті 5.1.4 п.5.1 ст.5 Закону України "Про податок на додану вартість" встановлено, що звільняються від оподаткування операції з "продажу товарів спеціального призначення для інвалідів за *переліком, встановленим Кабінетом Міністрів України*". (курсив мій – Н.П.);

в) *визначити механізм реалізації тієї чи іншої норми податкового закону*. Так, при визначенні платників ПДВ законодавець в п.2.5 ст.2 Закону України "Про податок на додану вартість" встановлює, що до них належить "особа, яка відповідальна за внесення податку до бюджету по об'єктах оподаткування на залізничному транспорті, що *визначена у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України*". (курсив мій – Н.П.);

г) встановлювати порядок справляння неподаткового обов'язкового платежу

Законодавством ряду країн Європи передбачено право делегувати повноваження в сфері податкової діяльності місцевим органам влади. В ст.46 органічного Закону Іспанії від 18 грудня 1979 р. Про Статут про автономію Каталонії зазначається, що керівництво податковою системою, збором державних податків, ліквідація їх і контроль за сплатою державних податків, що справляються в Каталонії, входять до компетенції податкової адміністрації держави. При цьому названі повноваження можуть бути делеговані Генеральному Правлінню Каталонії, яке буде здійснювати їх, координуючи свою діяльність з центральними органами податкової служби.

Досить гостро в Україні стоїть питання щодо делегування владних повноважень в сфері справляння обов'язкових платежів органам влади Автономної Республіки Крим. Ця проблема неодноразово була предметом розгляду в Конституційному Суді України. Як зазначає в своєму монографічному дослідженні О.Л. Копиленко, "кримська сторона завжди спрощено сприймала своє право на додаткові повноваження і будь-які порушення свого автономного статусу виправдовувала саме цим. Проте Конституційний Суд цілком однозначно констатував, що будь-яке делегування повноважень АР Крим не може виходити за рамки її конституційного статусу".

Основні спірні питання в цій сфері зводяться до двох позицій:

- повноваження органів влади АР Крим щодо зарахування загальнодержавних податків та зборів до бюджету АР Крим;
- щодо повноважень органів влади АР Крим по запровадженню на території АР Крим податків і зборів в порядку проведення експерименту в сфері оподаткування.

Неодноразово Конституційний Суд України досліджував на предмет конституційності нормативні акти АР Крим щодо питань зарахування загальнодержавних податків і зборів до бюджету АР Крим. В 1998 році розглянувши конституційне подання Президента України щодо відповідності Конституції та законам України закону "Про республіканський бюджет АР Крим на 1998 рік" в частині зарахування в 1998 році податку на додану вартість та акцизного збору до бюджету АР Крим, Конституційний Суд України дійшов висновку, що закон АР Крим "Про республіканський бюджет на 1998 рік" у частині зарахування до республіканського бюджету податку на додану вартість та акцизного збору порушує Конституцію та закони України, виходячи за межі встановлених ними повноважень.

У Рішенні Конституційного суду від 2 червня 1998 р. було зазначено, що відповідно до пункту 4 частини першої статті 138 Конституції України до відання Автономної Республіки Крим належить лише розроблення, затвердження та виконання бюджету АР Крим на основі єдиної податкової і бюджетної політики України. Формування бюджету АР Крим повинно здійснюватись на підставі Конституції України, законів про місцеве самоврядування, податкову та бюджетну систему.

Конституційний Суд України підкреслював, що ці положення Конституції України зумовлюють зміст і форму правового регулювання зазначених питань на рівні держави та її невід'ємної складової частини – Автономної Республіки Крим (стаття 134 Конституції України) і саме на цих засадах мають прийматись відповідні закони України, а також постанови і рішення Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

У 2003 р. Конституційний Суд України розглянув справу за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Конституції Автономної Республіки Крим та Закону України "Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим".



Враховуючи, що Рішення Конституційного Суду України є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскарженими, все ж дозволимо собі окремі теоретичні зауваження щодо зроблених Конституційним Судом України висновків. Зокрема, щодо висновку про визнання таким, що відповідає Конституції України положення підпункту 14 пункту 1 статті 18 Конституції Автономної Республіки Крим, яким автономії надається право на проведення експериментів у сфері оподаткування.

На сьогодні ні законодавство України, ні нормативно-правові акти АР Крим не містять визначення та не розкривають складових поняття "експерименти у сфері оподаткування". Якщо мова йде про встановлення нових податків і зборів, як складових податкової системи, то незалежно від того, чи встановлюються вони в порядку експерименту, чи в загальному порядку, необхідно дотримуватись вимог Конституції України.

Верховна Рада АР Крим, керуючись рішенням Конституційного Суду України, встановила протягом 2003 року кілька нових податків та зборів. Так, відповідно до постанови Верховної Ради АР Крим від 19 лютого 2003 року №434-3/03 було затверджено Положення про збір на розвиток муніципального транспорту загального користування в Автономній Республіці Крим. Фактично – це новий вид збору, який можна назвати республіканським, що встановлений із посиланням на право автономії на проведення експериментів у сфері оподаткування. Цей збір не можна назвати ні місцевим, ні загальнодержавним. Перший – встановлюється сільською, селищною або міською радами, до яких не належить Верховна Рада АР Крим, другий – Верховною Радою України. З цього випливає, що під експериментом в сфері оподаткування Верховна Рада АР Крим розуміє встановлення та введення на території автономії нових податків та зборів, складових податкової системи, поширюючи на них податкове законодавство України щодо стягнення податкового боргу, та які можна розглядати як новий вид платежів – республіканські податки і збори. Фактично експеримент направлений на створення самостійної податкової системи АР Крим. Однак податкова система в Україні єдина. І в складі її відсутній такий вид платежів як республіканські, тому залишається питання щодо місця цих нових платежів в складі податкової системи України.

На наш погляд, в Україні існує проблема делегування владних повноважень в сфері акумуляції обов'язкових платежів. Причиною цього є значні прогалини в чинному законодавстві і, в першу чергу, конституційному. Це пов'язано зокрема із відсутністю закону, який би регулював діяльність Кабінету Міністрів України; із законодавчими прогалинами у врегулюванні питань, пов'язаних з правовим статусом автономії. Відсутність чіткої позиції законодавця при формулюванні прав і обов'язків органів влади АР Крим, принципів взаємодії між органами державної влади та органами влади АР Крим, породжують проблеми при реалізації цих повноважень, в тому числі і в сфері бюджетної та податкової діяльності.

Крім того, розширене трактування повноважень пов'язано із відсутністю чіткого визначення у фінансовому законодавстві базових категорій фінансового, і зокрема податкового права – "податок", "збір" та "система оподаткування".

**ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПОБУДОВИ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ  
БАНКІВСЬКОЇ СИСТЕМИ В КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЇ ЄВРОПИ  
ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ**

*М. Сідак*

Рушійною силою кожної розвинутої економіки є банківський сектор, який діє, коли має інституціональні, економічні та легіслативні встановлені державою межі, в яких банківська система реалізує свої завдання на ринкових принципах.

Прийняття Комерційного кодексу ЧСФР у 1963 р. дало перший імпульс розвитку як грошових відносин, так і створення фінансових установ у Чесько-Словацькій Федеративній Республіці.

Наступним вагомим кроком до побудови сучасної банківської системи було прийняття Закону ЧСФР "Про банки та ощадні каси" №158/1989 Збірки законів, на підставі якого був реорганізований Державний банк Чесько-Словацької Федеративної Республіки шляхом поділу на три банківські установи – Національний банк, Загальний кредитний банк і Банк інвестицій та розвитку.

Звичайно, з часу розподілу ЧСФР на суверенні Словаччину і Чехію відбулося багато змін як в економічних, так і в юридичних відносинах. Докорінно змінилися погляди на суттєві проблеми економіки у зв'язку з переходом до ринкових відносин. Пройшла реорганізація банківської системи, в результаті якої на місці державних банків з'явилося багато незалежних комерційних банківських установ.

Формування нової централізованої дворівневої банківської системи розпочалося з побудови незалежних суверенних держав – України, Чехії та Словаччини.

Торкнемось трохи історії проведення реформування банківської системи в Україні: формування нової банківської системи України почалося із побудови незалежної суверенної держави і прийняття Декларації про державний суверенітет України та Закону України "Про економічну самостійність України", в яких зазначалось, що Україна на своїй території самостійно організовує банківську справу і грошовий обіг та створює банківську систему.

Діюча в Україні банківська система виникла на основі прийнятого Верховною Радою України 20 березня 1991 р. Закону України "Про банки і банківську діяльність".

У період з 1991 р. по сьогоднішній день проводиться реформування банківської системи в Україні, до 2001 р. керуючись Законом України "Про банки і банківську діяльність" від 20.03.1991 р., а з 2001 р. новим Законом України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. Крім цих нормативних актів було прийнято парламентом України: Закон України "Про Національний банк України" від 20.05.1999 р., Закон України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" від 30.10.1996 р., Закон України "Про кредитні спілки" від 20.12.2001 р. та багато інших.

Процес реорганізації банківської системи в Україні в останній період трохи пригальмувався, а саме, базуючись на проблемах ведення розрахунків по експортно-імпортних операціях та виплаті коштів по вкладах, які були залучені від громадян в Ощадний банк СРСР. І на сьогоднішній день в Україні, як вже зазначалось, існують, крім Центрального банку, два державні банки – Ощадний банк України та Укресімбанк, які слід для побудови дворівневої банківської системи реорганізувати в акціонерні товариства.

Аналізуючи історично-правові аспекти становлення та розвитку банківської системи, слід відзначити, що основні зміни економічних, правових та політичних засад, пов'язані з трансформацією економіки Чехії і Словаччини з 1993 р. та України з 2001 р. в напрямку до інтеграції з ЄС.

На сьогоднішній день банківські відносини в Україні, Словаччині та Чехії повною мірою "одяглись" у правові форми та закріпили основні цілі дворівневої банківської системи – дотримання стабільності і довіри до фінансової системи шляхом забезпечення платіжеспроможності і фінансової стійкості банків; захист інтересів позичальників та інших користувачів фінансової системи від збитків, що виникають у результаті банкрутств, шахрайства та інших зловживань; забезпечення безперервного, ефективного, належного і результативного функціонування банківських установ.

Банківська система України, Чехії та Словаччини виконує такі функції:

- створення грошей і регулювання грошової маси. Полягає в тому, що банківська система оперативно змінює масу грошей в обігу, збільшуючи чи зменшуючи її відповідно до зміни попиту на гроші. У виконанні цієї функції беруть участь усі ланки банківської системи;
- трансформаційна. Полягає в тому, що банки, мобілізуючи вільні кошти одних суб'єктів господарювання і передаючи їх іншим, мають можливість змінювати (трансформувати) величину і строки грошових капіталів та фінансові ризики;
- стабілізаційна. Забезпечує стабільність банківської діяльності та грошового ринку.

У Словаччині, Чехії та Україні банківське законодавство закріплює абсолютно всі функції управління кредитною системою в руках одного державного органу – Національного банку. У відповідності до Закону СР "Про Національний банк Словаччини", Закону "Про Чеський Національний банк" та Закону України "Про Національний банк України" Центральний банк Чехії, Словаччини та України наділений такими повноваженнями як макроекономічне регулювання та здійснення наглядових функцій щодо комерційних банків.

Таким чином, у відповідності з діючим законодавством повноваження Національного банку в галузі регулювання банківської діяльності практично не обмежені. Зосередивши в своїх руках усі функції – реєстрації і надання ліцензій, перереєстрації, встановлення економічних нормативів, нагляду за діяльністю банків, застосуванню санкцій і припинення діяльності банків, випуск грошей в обіг, Національний банк фактично виступає єдиним розпорядчим банківським органом в країні.

Провівши узагальнення законодавства Франції, можна виділити більш складну, багатогранну та багатоманітну, але ефективнішу банківську систему. Згідно з Законом "Про діяльність і нагляд за діяльністю кредитних установ" від 24.02.1984 р. №84-6 та Законом "Про Банк Франції" від 04 серпня та 31 грудня 1993 р. керівництво банківською діяльністю здійснюють чотири державні органи: Комітет у справах кредитних установ; Комітет банківської регламентації; Банківська комісія; Банк Франції.

Комітет по кредитним установам проводить реєстрацію кредитної діяльності й окремих банківських операцій. Президентське крісло комітету займає керуючий Банком Франції, віце-президента – міністр фінансів.

Комітет банківської регламентації наділений повноваженнями по розробці нормативних актів, що стосуються монетарного нагляду і нагляду за діяльністю банків, визначає мінімальний статутний фонд, резервні вимоги, види діяльності для кредитних установ, економічні нормативи, регулювання діяльності банків. Проводить державний нагляд за банківськими органами, але слід зауважити, що крім цього, здійснюється консолідований контроль членами ЄС. Головою комітету є міністр фінансів, його заступником – голова Банку Франції.

Банківська комісія здійснює постійний контроль за діяльністю кредитних установ шляхом перевірки періодичних звітів і стану справ банків. При цьому досліджується дотримання кредитними установами банківського законодавства, належне виконання фінансових нормативів. Але слід відзначити цікавий факт, що банківська комісія не має права проводити перевірку безпосередньо на місцях – вона здійснює тільки документальний нагляд. При виявленні порушень застосовує штрафні санкції, звільняє від управління банком його дирекцію, призначає тимчасового керуючого та ін.

До компетенції Банку Франції входять питання макроекономічного регулювання: розробка і реалізація грошово-кредитної політики країни, емісія, а також проведення перевірок на місцях.

Специфіка банківської системи в США обумовлена наявністю в країні ще більш диференційованої системи наглядових органів (першого рівня), ніж у Франції. Згідно з Законами США "Про національну валюту" від 1863 р., "Про національний банк" 1864 р., "Про федеральну резервну систему" 1913 р., "Про банківську діяльність" 1933 р. федеральними наглядовими органами виступають: СФК – Служба фінансового контролера, ФРС – Рада директорів Федеральної резервної системи і ФКСВ – Федеральна корпорація страхування вкладів.

Слід відзначити, що комерційні банки працюють за подвійною системою: банкам надається право вести операції під контролем або федеральної влади, або влади штату. Національні банки повинні бути членами ФРС. Банк, який приймає індивідуальні вклади й організований у штаті, потребує обов'язкового страхування депозитів, повинен мати також депозити, які застраховані ФКСВ.

При цьому фінансовий контролер здійснює наглядові функції щодо національних банків, Рада ФРС – щодо банківських холдингових компаній і банків штатів, які виступають членами ФРС, а ФКСВ – до банківських установ банків штатів, які не є членами ФРС, які застраховані ФКСВ.

Для висвітлення характерних рис правового становища банківської системи в Україні, Чехії та Словаччині важливою є орієнтація на міжнародно-правові норми Європейського законодавства, яке включає: Договір про утворення Європейського співтовариства, Договір про внесення змін до деяких фінансових положень, Єдиний Європейський акт, Договір про злиття, Грендланський договір, Акт приєднання та Договір про Європейський Союз, а також директиви щодо організації банківської діяльності.

Важливим кроком, який приніс зміни у діяльність банківської системи країн Центральної та Східної Європи, є створення єдиного ринку країн ЄС на підставі прийнятої в 1985 р. Білої книги Європейським співтовариством і Акту про єдину Європу. Звідси, можна сказати, і розпочався розвиток нормотворчої діяльності країн-членів та претендентів на членство в ЄС по гармонізації законодавства.

Зміни в законодавстві, які настали після утворення суверенної України, Словацької Республіки та Чеської Республіки, пов'язані саме з формуванням єдиного внутрішнього ринку ЄС. Зміни торкнулись також і галузі банківського права. Зміни, які проводять ці країни, надають не тільки сталість вільному обігу капіталу, але й свободу дії банківським установам та вільне підприємництво в банківській діяльності.

Першочерговим джерелом для побудови банківської системи в Україні, Словаччині та Чехії є норми Білої книги, які встановлюють:

- вільний обіг капіталу. Так як, повна лібералізація обігу капіталу в країнах-членах ЄС стала базою макроекономічних відносин.
- вільні відносини служб, відповідно до правових норм. У сфері вільних взаємовідносин організацій встановився принцип – взаємного визнання. Це покликало значну нормотворчу діяльність і прийняття більшості правових документів, які стали базою діяльності банків в умовах єдиного внутрішнього ринку.

Підготовка єдиного внутрішнього ринку призвела до прийняття численних змін у національних законодавствах. У галузі банківського права ці зміни характеризуються налагодженням банківського нагляду та банківських стандартів, охорони інвестицій, інтересів кредиторів та вкладників.

Змістом єдиного внутрішнього ринку Європейського Союзу є викорінення дискримінації між країнами-членами, запровадження вільної та сумлінної конкуренції в банківському секторі.

Наступним кроком гармонізації законодавства виступило підписання в першій половині 1995 р. Словаччиною та Чехією Європейської угоди про вхід до внутрішнього ринку ЄС 01.06.1995 р.

Україна тільки у 1994 р. підписує Угоду про партнерство та співробітництво, в якому сторони (ЄС та Україна) визначили засади співпраці та зміцнення економічних зв'язків. У зв'язку з цим, Президент приймає Указ "Про стратегію інтеграції України до Європейського Союзу" від 11.06.1998 р., в якому визначає напрямок зовнішньої політики України – інтеграція України до ЄС. Слід відзначити, керуючись Постановою Кабінету Міністрів України "Про запровадження механізму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" від 12.06.1998 р., основними цілями програм інтеграції у банківській сфері є сприяння розвитку відносин між Україною та ЄС у створенні основ взаємовигідного банківського та фінансового співтовариства, спрямованого на сприяння інтеграції України у загальноприйнятій системі взаєморозрахунків і забезпечення змін у розвитку банківських та фінансових послуг, зокрема розвиток спільного ринку кредитних ресурсів, зміцнення грошово-валютної системи України, гармонізація українського банківського законодавства до законодавства ЄС (Білої книги, директив ЄС та міжнародних договорів).

У цьому аспекті Біла книга вимагає, щоб країни співтовариства завели такі структури і умови, які будуть необхідними для забезпечення гармонійного виконання правових норм. Щодо галузі банківського сектору в Білій книзі розмежовані ключові дії в двох стадіях. Правові норми в першій стадії повинні впровадити загальносоціальне законодавство – правові норми, які включають у себе базові принципи та методи в даній галузі, і правові норми, які утворювали б засади ефективного функціонування єдиного внутрішнього ринку в даній галузі. Правові норми віднесені до другої стадії, мали б допомагати в галузі банківського сектору довершити процес переходу банків на міжнародні стандарти.

Проаналізувавши історію створення ЄС, можна виділити 3 етапи становлення банківської системи в Україні, Чехії та Словаччині:

- 1 етап – створення підґрунтя побудови банківських систем – від 1990 р. до 1991 р.;
- 2 етап – побудова банківської системи – 1991 р. до 1994 р.;

- 3 етап – етап гармонізації законодавства, а звідси і банківської системи до системи ЄС – від 1994 до сьогоднішнього дня.

Аналізуючи вищенаведене, можна зазначити, що в Україні, Словаччині та Чехії банківська система закладена на засадах класичної централізованої дворівневої структури, яка включає підсистему – комерційні банки (в Україні крім комерційних банків у другий рівень входять 2 державні банки – Ощадний та Ексімбанк), які скеровані Національним банком як центром емісії грошей та управління грошово-кредитною системою.

Отже, банківська система України, Словаччини та Чехії – це внутрішньо організована, взаємопов'язана, об'єднана загальною метою та конституційними принципами сукупність банківських та кредитних установ, які відповідно до банківського законодавства здійснюють банківську діяльність при постійному банківському нагляді з боку держави.

У зв'язку з вищенаведеним та наявністю в країнах Європи (Німеччина, Австрія, Швеція) та Америки (США та Канада) розгалуженої складної централізованої дворівневої банківської системи, де перший рівень займає не тільки Центральний банк, але й інші державні фінансові інститути, розподілити повноваження Національного банку України між декількома інститутами, зокрема: Інститутом банківського контролю за діяльністю комерційних банків (який би здійснював нагляд за діяльністю комерційних банків, з повноваженнями проведення перевірок) і Національним банком (за яким залишити повноваження по проведенні грошово-кредитної та монетарної політики країни з основною функцією – забезпечення цінової стабільності та стабільності національної грошової одиниці).

**SANKCJE RZECZYWISTE A SANKCJE POZORNE  
W POLSKIM MATERIALNYM PRAWIE PODATKOWYM  
(ZARYS PROBLEMU)***M. Duda**Katolicki uniwersytet Lubelski***Uwagi wprowadzające**

Prawo podatkowe jest jedną z najbardziej restrykcyjnych gałęzi prawa publicznego, zaś jedną z najbardziej dolegliwych instytucji tego prawa są tzw. sankcje podatkowe. Pojęcie "sankcji podatkowej" nie jest prawnie zdefiniowane i podobnie jak pojęcie "sankcji prawnej" stanowi termin języka prawniczego a nie prawnego. Na ogół, zarówno w praktyce podatkowej jak i w literaturze prawnofinansowej, "sankcjami podatkowymi" określa się wszelkiego rodzaju dolegliwości na jakie narażony jest podatnik niewywiązujący się z nałożonych nań obowiązków finansowych.

Analizując bliżej instytucje poszczególnych "sankcji" materialnego prawa podatkowego trudno nie dostrzec, iż zawierają one w sobie elementy bardzo różnorodnej natury. Sankcjami podatkowymi nazywa się zarówno szacowanie podstawy opodatkowania, jak i dodatkowy wymiar podatku, utratę prawa do zwolnienia czy ulgi podatkowej, jak i pozbawienie podatnika prawa do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony. W literaturze przedmiotu zasadniczo brak jest kompleksowego opracowania tej problematyki, natomiast w stosunkowo licznych publikacjach dotyczących konkretnych sankcji często określane są one jako sankcje administracyjne lub sankcje karne. Kryterium wyróżnienia stanowi tu najczęściej rodzaj zastosowanej wobec podatnika dolegliwości. Określenia sankcje administracyjne czy sankcje karne wskazują na typ sankcji właściwych dla danej dziedziny prawa i nie oddają do końca istoty, swoistych przecież, sankcji podatkowych. Dlatego też zasadnym wydaje się dokonanie innego, uwzględniającego stopień dolegliwości, ich podziału, a mianowicie podziału na tzw. sankcje rzeczywiste i pozorne.

**Sankcje podatkowe jako rodzaj sankcji prawnych**

Próba wyjaśnienia charakteru prawnego wyżej wymienionych sankcji wymaga uprzedniego, chociażby ogólnego, określenia czym jest sankcja prawna. Pojęcie to stanowić będzie bowiem stały punkt odniesienia dla dalszych rozważań. Termin "sankcja" we współczesnym języku polskim występuje obecnie w dwóch podstawowych znaczeniach. Z jednej strony oznacza "nadanie mocy prawnej, rzadziej moralnej, jakiemuś dokumentowi, aktowi poprzez zatwierdzenie go przez wyższą instancję", z drugiej natomiast karę, środek przymusu stosowany przez sąd lub przez jakiś organ administracyjny wobec naruszających obowiązujące prawo. Słowo "sankcja", podobnie jak wiele innych terminów prawnych, pochodzi z języka łacińskiego i już w prawie rzymskim używane było w tych dwóch znaczeniach. Przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu są jedynie sankcje w drugim z podanych znaczeń, co nie oznacza wcale, iż takie zawężone pojęcie sankcji pozbawione jest wieloznaczności. Termin sankcja należy bowiem do podstawowych pojęć prawoznawstwa, a jego określenie zależy od przyjętych założeń filozoficznych i metodologicznych.

W polskiej teorii prawa sankcja prawna ujmowana jest głównie w płaszczyźnie logiczno-językowej (normatywnej, formalnej), oraz w płaszczyźnie realnej (dla badań poszczególnych kwestii wyodrębnia się tu aspekt socjologiczny i psychologiczny). Szerokie uznanie znajduje także podejście wielopłaszczyznowe, zgodnie z którym o sankcji można mówić zarówno w aspekcie językowym jak i psychologicznym, socjologicznym a nawet aksjologicznym. W płaszczyźnie normatywnej sankcja traktowana jest, w zależności od przyjętej koncepcji budowy normy prawnej, bądź jako element struktury normy prawnej, bądź jako odrębna norma prawna, czyli tzw. norma sankcjonująca. W obydwu przypadkach określa, zapowiada ujemne konsekwencje, które powinny nastąpić w przypadku zachowania się adresata niezgodnego z dyspozycją normy. W płaszczyźnie realnej sankcja oznacza natomiast bądź pewne procesy psychiczne jednostek (np. uczucie strachu), traktowane jako motywy ich działania, bądź określone realne działania organów państwowych, stosujących wobec sprawców karę bądź przeprowadzających egzekucję. Wśród różnorodnych koncepcji sankcji prawnej na szczególną uwagę zasługuje pogląd J. Śmiałowskiego, który przyjmując tezę o konwencjonalności normy prawnej stara się określić cechy sankcji bezpośrednio w oparciu o przepis prawny. W ciekawy sposób ujmuje również sankcję M. Smółka. Autorka neguje możliwość wskazania jakiś szczególnych cech uzasadniających określenie danego fragmentu tekstu prawnego mianem sankcji, twierdząc,

że określony fragment wypowiedzi normodawcy staje się sankcją dopiero na skutek funkcji jaką ma spełniać w procesie społecznego działania prawa.

Duża rozbieżność poglądów na temat pojęcia sankcji prawnej, które siłą rzeczy musi stanowić stały punkt odniesienia dla poszczególnych sankcji podatkowych, wymaga dokonania pewnych założeń. Po pierwsze, uwzględniając dorobek polskich teoretyków prawa należy uznać, iż sankcja prawna jest zjawiskiem złożonym, na które składają się przepisy prawne (normy prawne) oraz ich kontekst społeczny. Po drugie, wydaje się, iż dla pewnych celów badawczych przedmiotem analizy, jako niezbędny punkt wyjścia, może być sam element językowy. Co nie oznacza oczywiście, iż badania prowadzone w tym aspekcie są wystarczające i niezależne od badań nad innymi aspektami sankcji prawnej. Po trzecie wreszcie, należy określić zakres przedmiotowy sankcji. W tej ostatniej kwestii w doktrynie zdecydowanie dominuje stanowisko, w myśl którego sankcją nazywane są wszystkie, określone w prawie skutki jego naruszenia. Opowiadający się za takim szerokim ujęciem sankcji wyróżniają najczęściej trzy jej rodzaje: sankcję represyjną (karną), egzekucyjną (restytucyjną) oraz sankcję nieważności.

Powyższe założenia, jak również analiza poszczególnych aktów prawnych z zakresu prawa podatkowego pozwala na wyróżnienie następujących cech sankcji podatkowych w ujęciu językowym (normatywnym):

1. Określają one następstwa naruszenia przez podatnika, płatnika lub inkasenta obowiązków prawnych wynikających z przepisów prawa podatkowego. Wspomniane obowiązki dotyczyć mogą zarówno samej zapłaty podatku jak i czynności mających umożliwić sprawne i terminowe jej wykonanie.
2. Następstwa te muszą stanowić dla podatnika dolegliwość (przede wszystkim finansową), czyli tworzyć dla podatnika (płatnika, inkasenta) sytuację bardziej niekorzystną niż sytuacja, która powstałaby w wyniku zgodnego z prawem wywiązania się z obowiązku nałożonego przepisami prawa podatkowego. Stopień dolegliwości zależeć będzie od rodzaju sankcji podatkowej.
3. Konstrukcja prawna określana jako sankcja jest nią tylko dla podmiotu, na który nałożone zostały obowiązki opatrzone taką sankcją, niezależnie od sposobu jej ujęcia w przepisach prawnych. W tekstach poszczególnych aktów prawa podatkowego sankcje są bowiem określone bądź z punktu widzenia podmiotu biernego sankcji, czyli podatnika (określają wtedy bezpośrednio na czym polega wytworzenie sytuacji niekorzystnej dla podatnika), bądź z punktu widzenia podmiotu czynnego sankcji, czyli organu skarbowego (nakazują organowi podjęcie pewnych działań, które spowodują powstanie u podatnika sytuacji niekorzystnej). W obydwu przypadkach przepisy prawne określają pewne następstwa naruszenia przez podatników obowiązków prawnych, czyli sankcje podatkowe.

#### **Cechy rzeczywistych i pozornych sankcji podatkowych**

Istotą każdej sankcji prawnej, w tym podatkowej, jest dolegliwość. Stopień dolegliwości poszczególnych sankcji jest różny, a wynika zarówno z ich konstrukcji, jak i z funkcji, które mają spełniać w systemie prawa. Powyższe kryteria stanowią także podstawę do wyodrębnienia sankcji rzeczywistych od sankcji pozornych.

Istota rzeczywistych sankcji podatkowych polega na tym, iż powodują one celowe i zamierzone zwiększenie bezwzględного ciężaru opodatkowania. Zwiększenie poziomu opodatkowania w stosunku do zasad powszechnie przyjętych dokonane być może poprzez: podwyższenie podstawy wymiaru podatku, zastosowanie podwyższonej stawki podatkowej, pozbawienie podatnika prawa do zwrotu podatku, ulgi bądź zwolnienia podatkowego, ustalenie dodatkowego zobowiązania podatkowego czy pozbawienie podatnika prawa do obniżenia podatku należnego o naliczony. Podstawową cechą sankcji rzeczywistych jest więc to, że wykraczają poza ramy przymusowej restytucji, a ich podstawowym celem jest ukaranie podatnika. Sankcje tego typu spełniają więc nie tylko funkcję kompensacyjną i prewencyjną, ale również represyjną. W oparciu o teoretyczny podział sankcji na represyjne, egzekucyjne i nieważności pojęcie sankcji rzeczywistych w prawie podatkowym odpowiadałoby pojęciu sankcji represyjnych. Praktyka ostatnich lat wykazała, że to właśnie tego typu sankcje nie tylko wzbudzały największy opór ze strony podatników, co wydaje się być zrozumiałe, ale również stanowiły poważny problem teoretyczny.

Zdecydowanie odmienny charakter mają tzw. sankcje pozorne. Podstawowym ich celem nie jest bowiem ukaranie podatnika, ale zniesienie skutków uchylania się od opodatkowania i zaspokojenie wierzyciela podatkowego. Dolegliwość polega tutaj na bardziej uciążliwej formie spełnienia wymaganego świadczenia, niż gdyby zostało ono wykonane w normalnym trybie i we właściwym czasie, i jest nie tyle zamierzona co nieunikniona. Do takich typowych instrumentów zmierzających do ustalenia należnych a nie zapłaconych w normalnym trybie podatków należy np. oszacowanie podstawy opodatkowania. Po pierwsze

dlatego, że zaistnienie warunków do oszacowania podstawy opodatkowania nie może być traktowane jako środek prowadzący do wymiaru podatku w rozmiarach przewyższających rzeczywistą podstawę, a po drugie, organ może skorzystać z tej metody tylko wówczas, gdy podatnik nie prowadzi księgi podatkowej lub prowadzi ją w sposób nierzetelny a organ nie dysponuje innymi dowodami niezbędnymi do ustalenia podstawy opodatkowania.

Jeden z przykładów sankcji pozornej, które warto zasygnalizować zawierają przepisy ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym, przewidując w niektórych sytuacjach zastosowanie stawki podstawowej zamiast stawki ulgowej. Dotyczy to np. sytuacji kiedy podatnik nie prowadzi właściwej ewidencji uproszczonej lub prowadzi ją w sposób nierzetelny. Organ ma wówczas obowiązek zastosować stawkę podstawową, czyli w rzeczywistości wyższą niż normalnie stosowana przy tego typu działalności. Celem takiego działania nie jest jednak ukaranie podatnika, ale zaspokojenie wierzyciela podatkowego, a brak odpowiedniej ewidencji umożliwiającej stwierdzenie czy istnieją podstawy do skorzystania ze stawki ulgowej powoduje konieczność zastosowania stawki podstawowej. Mimo pozornego podobieństwa jest to więc sankcja o zupełnie odmiennym charakterze niż np. zastosowanie podwyższonej, 75% stawki podatkowej do dochodów z nieujawnionych źródeł przychodów lub nie znajdujących pokrycia w ujawnionych źródłach, w podatku dochodowym od osób fizycznych, która ma charakter typowo represyjny. Oczywiście również sankcje pozorne zawierają pewien element represyjności i mogą być bardzo dolegliwe dla podatnika. Zawsze jednak na pierwszy plan wysuwa się tu cel kompensacyjny a nie represyjny. W kontekście podziału na sankcje represyjne, egzekucyjne i nieważności spełniają one cechy sankcji egzekucyjnych (restytucyjnych), nie żądają bowiem niczego więcej ponad to, co wynika z obowiązku podatkowego.

#### **Uwagi końcowe**

Analiza przepisów konkretnych aktów prawnych z zakresu prawa podatkowego prowadzi do wniosku, iż w większości przypadków nie można z góry jednoznacznie określić czy dany rodzaj sankcji, np. sankcja w postaci zastosowania podwyższonej stawki podatkowej, czy utraty prawa do zwolnienia, stanowi sankcję rzeczywistą czy sankcję pozorną. Te same postaci sankcji mogą mieć różny charakter w zależności od konkretnych rozwiązań przyjętych w poszczególnych podatkach. Punktem wyjścia musi być zawsze ustalenie jaki jest powszechnie przyjęty poziom opodatkowania, co zazwyczaj powoduje liczne kontrowersje, nie tylko na gruncie polskiego prawa podatkowego. Jak bowiem określić jaki jest w przypadku konkretnego podatku "normalny" poziom opodatkowania? Słabość takiego kryterium ujawniła m. in. tocząca się przez lata dyskusja na temat mechanizmu pomniejszania podatku należnego o naliczony w VAT. Zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie prezentowane były skrajnie różne stanowiska, od uznających prawo podatnika do dokonania takiego obniżenia za przywilej podatkowy, do uznania tego mechanizmu za element konstrukcji, a nawet filozofii podatku od wartości dodanej. Podobne wątpliwości dotyczyć mogą również innych podatków. Jak np. ocenić prawo podatnika do skorzystania z uproszczonej formy opodatkowania w podatku dochodowym od osób fizycznych, czy mieści się ono w tzw. normalnym poziomie opodatkowania czy może stanowi już przywilej podatkowy? W zależności od przyjętych założeń będziemy mogli zaliczyć poszczególne sankcje podatkowe do sankcji pozornych lub rzeczywistych.

Oczywiście w polskim systemie podatkowym pojawiły się również sankcje, które generalnie zaliczyć można do tzw. sankcji rzeczywistych. Chodzi tu o sankcje polegające na ustaleniu tzw. dodatkowego zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług, i to zarówno w postaci obowiązującej obecnie jak i formach określonych w pierwszych latach obowiązywania ustawy o VAT. Fakt, iż w sposób wyjątkowo wyraźny zwiększały wysokość zobowiązania podatkowego spowodował, że były one przedmiotem licznych orzeczeń a także dały podstawę do rozpoczęcia szerokiej dyskusji na temat charakteru prawnego i roli sankcji w prawie podatkowym.

Przedstawiona powyżej charakterystyka sankcji podatkowych, ze szczególnym uwzględnieniem podziału na sankcje rzeczywiste i pozorne, nie pretenduje do roli definicji sankcji podatkowej. Ma raczej podkreślić pewne cechy tej swoistej instytucji prawa podatkowego, a także wskazać na liczne, zarówno teoretyczne jak i praktyczne, problemy związane z ich funkcjonowaniem.



## WYKONYWANIE KONTROLI PODATKOWEJ I SKARBOWEJ PRZEZ ORGANY POLSKIEJ ADMINISTRACJI SKARBOWEJ

*M. Münnich*

*Katolicki uniwersytet Lubelski*

### **Uwagi wprowadzające:**

W Polsce obecnie w ramach administracji skarbowej podporządkowanej Ministrowi Finansów funkcjonują trzy niezależne struktury organów, stanowią je: administracja podatkowa, administracja celna i organy kontroli skarbowej. Wszystkie trzy piony: podatkowy, celny i kontrolny realizują odrębne zadania w zakresie polityki finansowej państwa. Jednym z tych zadań jest wykonywanie zewnętrznej kontroli finansowej, czyli sprawdzanie tego, czy podatnicy przestrzegają szeroko rozumianego prawa podatkowego. Funkcjonująca w Polsce instytucja kontroli finansowej nie ma jednolitego charakteru. Tworzą ją dwa rodzaje kontroli, a mianowicie kontrola podatkowa i skarbowa. Do ich wykonywania na podstawie odrębnych ustaw upoważnione są różne organy aparatu skarbowego.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie najnowszego podziału kompetencji kontrolnych w zakresie wykonywania obu rodzajów kontroli finansowej przez poszczególne terenowe służby skarbowe. Uprawnienie do wykonywania kontroli podatkowej w świetle ostatnich zmian prawa podatkowego posiadają organy administracji podatkowej i celnej. Kontrolę skarbową natomiast wykonują organy kontroli skarbowej. W artykule omówiona krótko została również nowoutworzona instytucja Wojewódzkich Kolegiów Skarbowych.

Dodać należy, że przedstawiony tu nowy podział uprawnień kontrolnych jest wynikiem przeprowadzonej w Polsce w latach 2002-2003 reorganizacji i konsolidacji organów rządowej administracji publicznej.

### **1. Wykonywanie kontroli podatkowej przez organy administracji podatkowej**

W ramach administracji podatkowej prawo do wykonywania kontroli podatkowej i czynności sprawdzających wobec podatników mają organy I instancji, czyli naczelnicy urzędów skarbowych. W wyniku przeprowadzonej reformy polskiej administracji podatkowej, utworzone zostały nowe rodzaje wyspecjalizowanych urzędów skarbowych. Zaczną one funkcjonować od dnia 1 stycznia 2004 r. Rozwiązanie to oznacza, że na terenie województw obok dotychczasowych tradycyjnych (modelowych) urzędów skarbowych, obsługę podatników prowadzić będą "małe urzędy skarbowe" oraz "specjalne urzędy skarbowe".

"Małe urzędy skarbowe" będą miały siedzibę w tych miastach na prawach powiatu, w których dotychczas w ogóle nie było urzędów skarbowych. Ich właściwość terytorialna będzie mogła obejmować obszar działania istniejących urzędów skarbowych. Naczelnicy "małych urzędów skarbowych" będą bowiem wypełniać tylko niektóre zadania organów podatkowych I instancji, gdyż otrzymają właściwość rzeczową węższą w stosunku do tej, jaką mają naczelnicy modelowych urzędów skarbowych. Zasadniczym zadaniem "małych urzędów skarbowych" będzie zapewnienie podatnikom dostępu do urzędów bez konieczności organizacji wszystkich jego komórek. Nowy typ urzędów skarbowych zajmie się, na przykład obsługą osób fizycznych, w zakresie ustalania i poboru zobowiązań podatkowych, przeprowadzania czynności sprawdzających, kontroli podatkowej oraz postępowania podatkowego, ale bez prawa wykonywania wobec podatników egzekucji administracyjnej. Prawo do wykonywania egzekucji administracyjnej należności pieniężnych zachowają organy podatkowe I instancji, które były właściwe miejscowo dla podatników przed ustanowieniem "małych urzędów skarbowych".

Natomiast właściwość rzeczowa "specjalnych urzędów skarbowych" obejmie tylko niektóre kategorie podatników, a mianowicie duże podmioty, mające szczególne znaczenie dla budżetu państwa. Koncepcja wydzielenia do obsługi tychże podmiotów gospodarczych specjalnych urzędów skarbowych jest niewątpliwie słuszna. Jednakże uzasadnione obawy może budzić fakt, iż przepisy prawne nie wymieniają zamkniętego katalogu owych dużych podatników. W ustawie znajdują się wyłącznie przykłady takich dużych podmiotów oraz wymagania, które powinny być przez nie spełnione. Brak enumeratywnego wyliczenia dużych podmiotów gospodarczych rodzi niebezpieczeństwo naruszenia prawa i zaliczania do wybranej kategorii podatników, jeszcze innych podmiotów gospodarczych nie wymienionych w ustawie.

"Specjalnych urzędów skarbowych" powstanie najprawdopodobniej dziewiętnaście. Zlokalizowane zostaną przede wszystkim w miastach wojewódzkich, a ich właściwość terytorialna podobnie, jak i "małych urzędów skarbowych", będzie mogła pokrywać się z zasięgiem innych urzędów skarbowych. Przy czym zasięg terytorialny "specjalnych urzędów skarbowych", uzależniony będzie dodatkowo od specyfiki danego regionu. W województwie mazowieckim, na przykład ze względu na bardzo liczną grupę dużych podatników, przewiduje się utworzenie aż trzech "specjalnych urzędów skarbowych", dwóch w Warszawie i jednego w Radomiu. O szczególnym charakterze nowego typu urzędów świadczy również dobór ich kadry. Stanowiąc ją będą osoby przeniesione z urzędów skarbowych, urzędów kontroli skarbowej oraz tam, gdzie okaże się to celowe z ośrodków zamiejscowych izb skarbowych. Urzędnicy ci przejdą specjalne szkolenia, przede wszystkim w zakresie wykonywania kontroli finansowej w dużych przedsiębiorstwach.

## **2. Zakres kompetencji w zakresie kontroli podatkowej organów celnych**

Inną zmianą bardzo istotną z punktu widzenia interesów podatnika, stanowi przekazanie uprawnień do wykonywania prawa podatkowego organom administracji celnej. W świetle nowych regulacji prawnych organy celne I instancji, czyli naczelnicy urzędów celnych oraz organy celne II instancji, czyli dyrektorzy izb celnych, posiadają kompetencje w zakresie ustalania i pobierania podatku od towarów i usług z tytułu importu towarów oraz podatku akcyzowego z tytułu importu i w obrocie krajowym. W gestii administracji celnej, a dokładnie organów I instancji, czyli naczelniczy organów celnych, znajduje się zatem prawo do wykonywania czynności sprawdzających i kontroli podatkowej wobec podatników, płacących podatek od towarów i usług z tytułu importu oraz podatek akcyzowy w pełnym wymiarze. Natomiast w zakresie wymiaru i poboru podatku od towarów i usług od obrotu krajowego właściwe pozostaną organy podatkowe *sensu stricte*, czyli naczelnicy urzędów skarbowych.

Ponadto odpowiednio przeszkoleni funkcjonariusze Służby Celnej przejmą kompetencje związane z wykonywaniem szczególnego nadzoru podatkowego. Ten specyficzny typ kontroli finansowej obejmuje: produkcję i obrót oraz eksport i import wyrobów akcyzowych, a także urządzenie gier w kasynach gry na automatach i na automatach tam gdzie się one znajdują.

## **3. Prowadzenie kontroli skarbowej przez organy kontroli skarbowej**

Pozostał do omówienia trzeci ostatni pion administracji skarbowej, czyli organy kontroli skarbowej. Organy te podobnie jak administrację podatkową i celną, obowiązuje zasada dwuinstancyjności. Instancją I są dyrektorzy urzędów kontroli skarbowej, instancją II natomiast stanowi Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej. Naczelnym zaś organem kontroli skarbowej jest Minister Finansów. Po ostatnich zmianach w przepisach prawnych organy kontroli skarbowej mają nieco okrojony przedmiotowy i podmiotowy zakres uprawnień, a mianowicie mają prawo do wszczynania kontroli skarbowej wobec podmiotów wskazanych w ustawie oraz kompetencje do prowadzenia wywiadu skarbowego w sytuacjach, gdy zachodzi podejrzenie że podatnicy naruszają przepisy prawa podatkowego.

## **4. Instytucja Wojewódzkich Kolegiów Skarbowych**

W związku z tym, że polaryzacja wykonywania kontroli finansowej wiąże się z możliwościami nakładania się lub krzyżowania kontroli podatkowej i skarbowej, ustawodawca chcąc zapobiec takim niekorzystnym dla podatnika zjawiskom, utworzył zupełnie nową instytucja – Wojewódzkie Kolegium Skarbowe (dalej Kolegium). Zasadnicze zadanie Kolegium polega na konsolidowaniu i koordynowaniu działań wszystkich służb skarbowych w zakresie realizowania przez nie na terenie województwa polityki finansowej państwa, w szczególności zaś polityki podatkowej, celnej i kontrolnej.

Właściwość terytorialna Kolegium obejmuje obszar jednego województwa. W skład Kolegium wchodzi następujące organy: a/ dyrektor izby skarbowej; b/ dyrektor izby celnej; c/ dyrektor urzędu kontroli skarbowej; d/ naczelnik urzędu skarbowego reprezentujący naczelników urzędów skarbowych z obszaru województwa – wyznaczony przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych (obecnie Minister Finansów). Członkiem Kolegium jest również przedstawiciel rządu w województwie, czyli wojewoda. Obecność wojewody w posiedzeniach Kolegium jest rozwiązaniem kontrowersyjnym i budzącym sprzeczne opinie. Wydaje się, że jest to rozwiązanie niewłaściwe przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze idea utworzenia Kolegiów, ich skład oraz rodzaje wyznaczonych zadań wskazują na to, że mogłyby one pełnić rolę neutralnych politycznie zgromadzeń organów skarbowych z danego województwa. Jednakże obecność wojewody, a więc osoby która, powoływana jest na swoje stanowisko z klucza politycznego, może tę neutralność Kolegium naruszać. Po wtóre obecność wojewody w składzie Kolegium jest dyskusyjna, gdyż ustawa nie przewiduje, aby w posiedzeniach tej instytucji brali udział przedstawiciele władz jednostek samorządu terytorialnego. Przepisy nie wymieniają żadnego rodzaju konsultacji członków Kolegium z organami lokalnymi. Rozwiązanie takie jest tym bardziej dziwne, że istnieją wzajemne powiązania pomiędzy

rządową a samorządową administracją skarbową. Budżety jednostek samorządu terytorialnego partycypują w podatkach państwowych, a urzędy skarbowe pobierają i następnie przekazują gminom podatki samorządowe, na przykład podatek od nieruchomości.

Pytanie dlaczego ustawodawca nie przewidział żadnych form współpracy czy konsultacji pomiędzy Kolegiami i władzami terytorialnymi, pozostaje bez odpowiedzi. Można jedynie domniemywać, iż przeprowadzana konsolidacja dotyczy wyłącznie organów rządowej administracji skarbowej, a kształtowanie polityki podatkowej na terenie województwa, nie będzie obejmować podatków lokalnych.

### **Podsumowanie**

Przedstawiony powyżej nowy podział kompetencji w zakresie wykonywania prawa podatkowego i kontroli podatkowej przez organy podatkowe i celne oraz nowe rozbudowane prerogatywy organów kontroli skarbowej w zakresie wywiadu skarbowego są wyrazem specjalizacji przedmiotowej i podmiotowej terenowych organów administracji skarbowej.

W zależności od tego, jak dany podmiot zostanie zaklasyfikowany, obsługiwany będzie, a więc i kontrolowany przez odpowiedni dla niego organ administracji skarbowej. Dla podatników podatku akcyzowego i podatku od towarów i usług z tytułu importu, właściwe w zakresie ustalania, poboru, oraz kontroli podatkowej będą organy celne. Natomiast duże podmioty gospodarcze poddane zostaną właściwości rzeczowej "specjalnych urzędów skarbowych". Pozostałych podatników obsługiwać będą zwykle, tradycyjne urzędy skarbowe, bądź też w ograniczonym zakresie "małe urzędy skarbowe". W stosunku wszystkich podatników, z wyjątkiem dużych podmiotów zagranicznych, w uzasadnionych przypadkach będzie mogła być wszczęta kontrola skarbowa, a w razie podejrzenia o przestępstwo lub wykroczenie podatkowe zastosowany wywiad skarbowy.

Wydaje się, że specjalizacja podmiotowa urzędów skarbowych, czyli ich podział na: zwykle (modelowe), "małe" i "specjalne" oraz powierzenie organom celnym niemal całości podatków pośrednich powinno przynieść wymierne korzyści wszystkim podatnikom. Choć bez wątplenia najczęściej zyskają, otoczone specjalną opieką duże podmioty gospodarcze.

Rozszerzone kompetencje pracowników wywiadu skarbowego oznaczają ostateczne ukształtowanie się w ramach kontroli skarbowej umundurowanej i uzbrojonej policji finansowej. Tym samym Polska w oparciu o wzorce niemieckie i włoskie powołała własną policję podatkową, która jak dotąd poddawana jest ostrej krytyce tak praktyków jak i doktryny.

Ostatnia kontrowersyjna instytucja, czyli Wojewódzkie Kolegium Skarbowe powinno, według ustawy stanowić swego rodzaju platformą do zawierania porozumień i uzgodnień w zakresie polityki podatkowej pomiędzy terenowymi organami wszystkich trzech pionów administracji skarbowej. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że Wojewódzkie Kolegia Skarbowe są próbą nie tyle koordynacji administracji skarbowej, ile jej centralizacji, a także ze względu na obecność wojewodów uzależnienia politycznego.

**GENEZA BANKU CENTRALNEGO W POLSCE DO MOMENTU  
UTWORZENIA NARODOWEGO BANKU POLSKIEGO***E. M. Kosieradzka*

Zgodnie z art. 227 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U.97.78.483) centralnym bankiem państwa jest Narodowy Bank Polski. Przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Narodowy Bank Polski odpowiada za wartość polskiego pieniądza.

Te wyeksponowane w sposób ogólny cechy i zadania Narodowego Banku Polskiego stawiają go w pierwszym rzędzie instytucji publicznych mających na celu zapewnienie prawidłowego funkcjonowania polityki finansowej w państwie.

Podstawowym celem działalności NBP (art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim – Dz.U.97.140.938 ze zm.) jest utrzymanie stabilnego poziomu cen, przy jednoczesnym wspieraniu polityki gospodarczej Rządu, o ile nie ogranicza to podstawowego celu NBP. Do zadań NBP należy także: organizowanie rozliczeń pieniężnych, prowadzenie gospodarki rezerwami dewizowymi, prowadzenie działalności dewizowej w granicach określonych ustawami, prowadzenie bankowej obsługi budżetu państwa, regulowanie płynności banków oraz ich refinansowanie, kształtowanie warunków niezbędnych dla rozwoju systemu bankowego, opracowywanie sprawozdawczego bilansu płatniczego oraz bilansów należności i zobowiązań zagranicznych państwa oraz wykonywanie innych zadań określonych ustawami.

Narodowemu Bankowi Polskiemu przysługuje także wyłączne prawo emitowania znaków pieniężnych Rzeczypospolitej Polskiej.

Powstanie polskiej bankowości centralnej należałoby datować na 6 maja 1828 r. kiedy to rozpoczął swoją działalność Bank Polski powołany Ustawą Banku Polskiego z 29 stycznia 1828 r. Nie sposób jednak nie zwrócić uwagi na przedsięwzięcia, które de facto stanowiły podwaliny dla tej instytucji, a które miały miejsce kilka lat wcześniej.

W 1815 r. po utworzeniu Królestwa Polskiego rozpoczęto prace nad zmniejszeniem ogromnego zadłużenia własności ziemskiej na tych terenach. Prace te zaowocowały uchwaleniem nowoczesnego prawa hipotecznego w 1818 r., które umożliwiło skrupulatną ewidencję i kontrolę praw na nieruchomościach oraz utworzeniem Towarzystwa Kredytowego Ziemskiego 13 czerwca 1825 r.

Towarzystwo Kredytowe Ziemskie miało formę stowarzyszenia właścicieli ziemskich opłacających ze swoich majątków ziemskich co najmniej 100 złp. Podstawowym zadaniem tej instytucji było ratowanie wielkiej własności ziemskiej poprzez dostarczanie właścicielom tych nieruchomości taniego kredytu długoterminowego na spłatę obciążeń hipotecznych. Towarzystwo udzielało pożyczek w listach zastawnych do wysokości 3/5 wartości nieruchomości, a oprocentowanie tych pożyczek wynosiło 4% w skali roku (było to bardzo korzystne oprocentowanie). Członkowie tego stowarzyszenia odpowiadali solidarnie z nieruchomości wniesionych do Towarzystwa Kredytowego Ziemskiego, które gwarantowało wierzycielom spłatę długów wraz z odsetkami. Dochodzenie spłat wierzytelności nie odbywało się na drodze sądowej, ale prowadzone było przez samo Towarzystwo. Towarzystwo Kredytowe Ziemskie miało istotne znaczenie dla powołania do życia Banku Polskiego w 1828 r.

W trudnej sytuacji politycznej, w jakiej bez wątpienia była Polska, kiedy to każdy przejaw powoływania instytucji promującej "polskość" i umożliwiającej integrację wybitnych jednostek napotykał na olbrzymie przeszkody, książę Franciszek Ksawery Drucki – Lubecki przeprowadził szereg działań, które miały na celu przygotowanie gruntu dla powołania do życia instytucji finansowej wspomagającej rozwój skarbowości i dobrobytu publicznego w Królestwie Polskim. Działania te urzeczywistniły się w dniu 29 stycznia 1828 r., kiedy to została w Petersburgu podpisana Ustawa Banku Polskiego.

Na podstawie tego aktu prawnego utworzono w mieście stołecznym Warszawie (6 maja 1828 r.) Bank Polski, którego celem było (na podstawie art. 1 ustawy) "zaspokojenie długu publicznego, tudzież rozszerzenie handlu, kredytu i przemysłu narodowego". Natomiast do głównych przywilejów tej instytucji zaliczyć należy wyłączne prawo emitowania biletów bankowych (były one wymieniane na srebro i puszczane w obieg), zwolnienie powierzonych bankowi kapitałów od podatków i zajęcia oraz zezwolenie na gromadzenie przez bank wszystkich funduszy publicznych.

Bank Polski z funduszem zakładowym wynoszącym 30 milionów złp. przeprowadzał takie czynności, jak: bieżąca obsługa długu publicznego, przyjmowanie depozytów oraz przekazów (zarówno od instytucji, jak i osób fizycznych), czynności zmierzające do wzrostu handlu i ożywienia przemysłu narodowego (obróć pieniężny i działalność kredytowa).

Pracami Banku Polskiego kierowała tzw. Dyrektorja Banku. W skład Dyrektorji wchodził: prezes Banku Polskiego, wiceprezes i trzech dyrektorów. Decyzje w tym organie zapadały większością głosów przy kworum 3 osób, z zastrzeżeniem jednak, iż prezydującemu lub dyrektorowi właściwego wydziału przysługiwało prawo weta zawieszającego (sprawa przechodziła wtedy pod rozstrzygnięcie ministra Przychodów i Skarbu).

Przy Banku Polskim funkcjonowały ponadto:

- tzw. Komisja umorzeniowa długu krajowego (w jej skład wchodziło po dwóch posłów i senatorów), która czuwała nad regularnym funkcjonowaniem wypłat dla wierzycieli i wypuszczaniem w obieg biletów bankowych,
- instytut radców handlowych – sześciu radców handlowych wybieranych co dwa lata i mających głos doradczy oraz prawo składania wniosków do Dyrekcji.

Raz do roku odbywało się zebranie sprawozdawcze pod przewodnictwem Ministra Przychodów i Skarbu, na którym Bank zobowiązany był do złożenia przed Komisją umorzenia długu publicznego i instytutem radców handlowych sprawozdania ze swych czynności.

Systematyczne ograniczanie działalności Banku Polskiego w związku z walką narodowyzwoleńczą, a przede wszystkim w związku z powstaniem narodowymi w XIX w. (listopadowym i styczniowym), osiągnęło swe apogeum w roku 1885, kiedy to zarządono ostateczną likwidację banku (wcześniej w 1870 r. odebrano mu zdolność emisyjną). Przez ponad trzydzieści następnych lat działalność emisyjną na ziemiach polskich prowadziły banki państw zaborczych.

Przełom w tym zakresie nastąpił 9 grudnia 1916 r. W tym dniu generał-gubernator Królestwa Polskiego powołał swym rozporządzeniem Polską Krajową Kasę Pożyczkową. Instytucja ta, mająca atrybuty banku centralnego, rozpoczęła działalność na obszarze Generalnego Gubernatorstwa Warszawskiego 26 kwietnia 1917 r. Do jej podstawowych zadań należało emitowanie marek polskich, udzielanie pożyczek oraz wykonywanie innych czynności bankowych. Polska Krajowa Kasa Pożyczkowa została w dniu odzyskania przez Polskę niepodległości (11 listopada 1918 r.) przejęta przez władze polskie jako instytucja państwowa. 7 grudnia tego samego roku uchwalono jej statut i rozszerzono działalność na teren całego kraju. Głównym zadaniem postawionym przed Kasą było przeprowadzenie unifikacji polskiego systemu pieniężnego (wylimitowanie różnic wynikłych z różnych systemów państw zaborczych).

Polska Krajowa Kasa Pożyczkowa przestała istnieć 28 kwietnia 1924 r., a zastąpił ją w tym dniu Bank Polski, będący spółką akcyjną. Na podstawie statutu Banku (rozporządzenie Prezydenta z 20 stycznia 1924 r.) do podstawowych zadań tej instytucji należało: regulowanie obiegu pieniężnego, ułatwianie pozyskiwania kredytów przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, utrzymywanie stabilności pieniądza i jego emisja. Istotną zmianą dla działalności emisyjnej banku było wydanie 14 kwietnia 1924 r. rozporządzenia, które ustaliło relację marki polskiej do złotego w wysokości 1.800.000 marek polskich za 1 zł. W ciągu trzech miesięcy pomyślnie zakończyła się zbiórka kapitału zakładowego banku wynoszącego 100 mln złotych (100 złotych za 1 akcję).

Władzą najwyższą w Banku Polskim było Walne Zebranie Akcjonariuszy, które podejmowało uchwały zwykłą większością głosów (przy kworum co najmniej 1/5 kapitału zakładowego) z nielicznymi wyjątkami. Wytuczanie ogólnego kierunku działania, nadzorowanie czynności organów wykonawczych oraz rozstrzygnięcie wszelkich spraw nie zastrzeżonych do kompetencji Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy powierzone zostało Radzie Banku. Rada ta była organem składającym się z Prezesa, wiceprezesa, 12 członków i 3 zastępców członków. Rada obradowała przeważnie jeden raz w miesiącu.

Organem wykonawczym i administracyjnym Banku Polskiego była Dyrekcja. W skład Dyrekcji wchodził: Dyrektor naczelny i dyrektorzy (w liczbie wyznaczonej przez Radę Banku, a zatwierdzonej przez ministra skarbu).

Wewnętrzna kontrola nad działalnością Banku Polskiego przypisana była Komisji Rewizyjnej składającej się z pięciu członków i trzech zastępców. Komisja Rewizyjna badała przede wszystkim bilans coroczny banku i składała na tej podstawie sprawozdanie Walnemu Zgromadzeniu Akcjonariuszy.

W tej postaci Bank Polski istniał do momentu wybuchu II wojny światowej, kiedy to instytucję (kierownictwo banku) ewakuowano z zagrożonych okupacją terenów polskich, a zasoby banku zdeponowano w Banku Francji. Po zakończeniu wojny zarząd nad Bankiem Polskim przejął 30 czerwca 1945 r. minister

skarbu (na mocy ustawy z 6 maja 1945 r.). Jednocześnie rozpoczęto przygotowania do powołania banku centralnego w nowej formie.

Pod nową nazwą – Narodowy Bank Polski – rozpoczął funkcjonowanie bank centralny 2 lutego 1945 r. (w tym dniu wszedł w życie dekret Rady Ministrów z 15 stycznia 1945 r. o Narodowym Banku Polskim). Dekret został przygotowany przy wyraźnym współudziale Moskwy. Wymienione w nazwie określenie "narodowy" odpowiada prawdopodobnie rosyjskiemu słowu "narodnyj", czyli "ludowy", co łączyć należy z Polską Ludową. Domniemywać należy także, iż poprzez powołanie takiej instytucji Związek Radziecki chciał uzyskać kontrolę nad finansami polskimi, działalnością emisyjną oraz polskimi organami władzy, których finansowaniem i rozliczaniem miał zająć się Narodowy Bank Polski.

Statut banku nie różnił się zasadniczo od statutu Banku Polskiego S.A. z okresu międzywojennego. Kapitał zakładowy banku wynosił 250 mln złotych (na mocy dekretu z 5 lutego 1945 r. 1 złoty był wymieniany za 2 marki. W skład zarządu Narodowego Banku Polskiego wchodził: Prezes NBP (powoływany przez prezydenta RP), naczelny dyrektor i jego dwóch zastępców. Prezes banku sprawował ogólne kierownictwo. Naczelny dyrektor zajmował się sprawami administracyjnymi i organizacyjnymi. Rada Banku (powoływana przez rząd) początkowo nie została w ogóle utworzona, a później nie odgrywała żadnej istotnej roli w działalności banku. Rozpoczęto także tworzenie oddziałów NBP w większych miastach. Narodowy Bank Polski uzyskał wyłączne prawo emisji pieniądza.

Ustawę o Narodowym Banku Polskim Sejm uchwalił dopiero 2 grudnia 1958 r. Określono w niej NBP jako centralną instytucję o specjalnym charakterze, która miała być niezależna od ministra finansów (było to oczywiście fikcją). Działalność banku centralnego była podporządkowana działalności rządu i kreowana na wzór rozwiązań radzieckich dla potrzeb gospodarki nakazowo-rozdziałowej. Poważniejsze reformy systemu bankowego, a co za tym idzie, statusu banku centralnego, nastąpiły dopiero w latach osiemdziesiątych XX w.

**SKALA I GŁÓWNE PRZYCZYNY WZROSTU ZALEGŁOŚCI W PŁATNOŚCI  
POLSKICH PODATKÓW PAŃSTWOWYCH**

*P. Pomorski*

*Katolicki Uniwersytet Lubelski*

Polski system podatkowy, zreformowany dogłębnie w okresie transformacji ustrojowo – gospodarczej po roku 1989, wzoruje się na systemach podatkowych państw o ustabilizowanej gospodarce rynkowej i jest dostosowany do standardów Unii Europejskiej. Jego trzon jest oparty o tzw. triadę podatkową, obejmującą podatki pośrednie podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, oraz dwa podatki dochodowe od osób fizycznych i od osób prawnych. Aktualnie obowiązujący polski system podatkowy w zakresie podatków państwowych uzupełnia podatek od gier i zakładów wzajemnych.

Pomimo stabilnego, wysokiego udziału podatków w ogóle dochodów budżetu państwa /który to udział zwiększył się z 66% w roku 1991 do ok. 90% w roku 2002/, co jest niewątpliwie najbardziej pozytywnym efektem trwającej od 14 lat reformy finansów publicznych, nie sposób nie dostrzec w funkcjonowaniu polskiego systemu podatkowego bardzo niepokojących nieprawidłowości. Jedną z nich jest stale rosnący poziom zaległości w płatności podatków państwowych. Pojęciem zaległości podatkowych określa się niezapłacone w ustawowym terminie podatki, raty podatków, zaliczki podatkowe, a także należności nie wpłacone w terminie przez płatników i inkasentów.

Rozmiary zaległości w płatności podatków państwowych i ich udział w dochodach budżetowych i podatkowych w latach 1991 – 2002 r. przedstawia poniższa tabela:

**TABELA**

**Udział zaległości podatkowych w dochodach budżetowych i podatkowych w latach 1991 – 2002**

Rok budżetowy	dochody budżetowe (w mld zł)	dochody podatkowe (w mld zł)	zaległości podatkowe (w mld zł)	udział zaległości w dochodach budżetowych	udział zaległości w dochodach podatkowych
1991	21.088	13.894	2.600	12.32%	18.71%
1992	31.277	24.297	4.340	13.87%	17.86%
1993	45.900	36.948	6.578	14.33%	17.80%
1994	63.125	51.586	7.047	11.16%	13.66%
1995	83.721	68.975	5.239	6.25%	7.59%
1996	99.674	83.864	5.271	5.28%	6.28%
1997	115.333	98.688	5.376	4.66%	5.44%
1998	126.559	113.949	5.927	4.68%	5.20%
1999	125.922	112.776	7.559	6%	6.70%
2000	135.663	119.643	10.058	7.41%	8.40%
2001	140.526	119,101	10,748	7,64%	9.02%
2002	143.519	128,750	12.059	8.40%	9.36%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych zawartych w corocznych "Analizach wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej" sporządzanych przez Najwyższą Izbę Kontroli

Dane powyższej tabeli wskazują na to, że udział zaległości podatkowych zarówno w dochodach podatkowych, jak też w dochodach budżetowych był znaczący i oscylował w ostatnich latach w granicach 4.6 – 8.4% (ogólne dochody budżetowe) oraz w granicach 5.2 – 9.3% (dochody podatkowe). Należy zwrócić

uwagę na prawie dwukrotny wzrost kwoty zaległości podatkowych na przestrzeni okresu lat 1995 – 2002. Szczególnie znaczący, bo ponad sześciokrotny był wzrost zaległości w podatkach pośrednich. Zwłaszcza w roku 2000 dało się zaobserwować skokowy, bo prawie o jedną trzecią przyrost wszystkich zaległości w stosunku do roku 1999.

Struktura zaległości występujących w płatności poszczególnych podatków jest taka sama, jak hierarchia podatków państwowych ze względu na dostarczane przezeń wpływy fiskalne. W strukturze tej w okresie ostatniej dekadzie zdecydowanie największy udział miały i nadal mają zaległości w podatkach pośrednich, stanowiące ponad połowę wszystkich zaległości. Kolejne miejsce zajmowały zaległości w podatku dochodowym od osób fizycznym, kształtujące się na poziomie ok. 20% wszystkich zaległości. Znacznie mniejszy był udział zaległości w płatności podatku dochodowego od osób prawnych, który to udział obniżał się rokrocznie poczynając od roku 1995.

Przechodząc do omówienia głównych przyczyn powstawania zaległości podatkowych należy przede wszystkim rozróżnić dwie generalne ich grupy. Przyczyny o charakterze **subiektywnym** wiążą się z indywidualnymi postawami podatników wobec wykonywania obowiązków wynikających z ustaw podatkowych. W grę wchodzi dwa zjawiska, określane jako **unikanie i uchylanie się** od opodatkowania. To pierwsze polega najczęściej na wykorzystywaniu luk w prawie podatkowym i dobrodziejstw związanych z funkcjonowaniem tzw. rajów podatkowych, aby w ten sposób zminimalizować ciężar związany z koniecznością płacenia danego podatku. Natomiast zjawisko uchylania się od opodatkowania jest co do zasady procederem nielegalnym, polegającym na umyślnym dokonywaniu czynów zabronionych / określanych przez prawo mianem wykroczeń i przestępstw karno – skarbowych jak np. oszustwa podatkowe/. Nie ulega wątpliwości, że skala tych zjawisk w Polsce jest bardzo poważna. Z jednej strony – wiele niestabilny i niejasny stan prawa podatkowego / o czym świadczy choćby liczba 88 – krotnych zmian brzmienia ustawy o podatku dochodowym/ sprzyjał niejednolitemu stosowaniu tychże przepisów, w dużej mierze na szkodę interesów fiskalnych budżetu. Natomiast relatywnie trudna sytuacja finansowa firm i obywateli, będąca następstwem gruntownych reform gospodarczych, oraz niski stopień tzw. moralności podatkowej, powodowanej brakiem tożsamości obywateli z ekipami rządzącymi, rodziła grunt pod eskalację działań o charakterze nielegalnym. Jednym z następstw tego stanu rzeczy był rozwój tzw. szarej strefy podatkowej, czyli dziedzin i obszarów gospodarczych, gdzie rutyną jest uchylanie się od płacenia podatków.

Kolejnym istotnym powodem ciągłego narastania poziomu zaległości podatkowych w ostatniej dekadzie były czynniki makroekonomiczne, związane z radykalną transformacją ustrojowo – gospodarczą. W obliczu konieczności dostosowania się przedsiębiorców do nowych realiów gospodarki wolnorynkowej okazało się, iż wiele polskich przedsiębiorstw i zakładów nie jest w stanie sprostać tym wymogom. Nadwyżki zatrudnienia, nieefektywne zarządzanie oraz trudności w pozyskiwaniu kredytów i nowych kontrahentów powodowały znaczne pogorszenie sytuacji finansowej zakładów, szybki wzrost zadłużenia /również zaległości podatkowych/ i w rezultacie ich upadek tych firm. Kryzys ten dotknął w największym stopniu takie branże jak górnictwo, hutnictwo czy przemysł lekki. Trzeba też przy tym zwrócić uwagę, iż polityka podatkowa, którą realizowały kolejne ekipy rządowe była podporządkowana głównie celom fiskalnym, a zwłaszcza pokryciu stale rosnącego deficytu budżetowego. W niewielkim stopniu sprzyjała ona prowadzeniu działalności gospodarczej, rozwojowi eksportu i pobudzeniu inwestycji krajowych. Nadmierny fiskalizm oraz wzrost biurokracji gospodarczej z pewnością nie były czynnikami sprzyjającymi wykonywaniu obowiązków podatkowych.

Najistotniejszą przyczyną powstawania i wzrostu zaległości w płatności podatków państwowych jest opieszala i nieprawidłowa **działalność organów podatkowych**, a zwłaszcza urzędów i izb skarbowych, pośredniczących w rozliczeniach między podatnikami a budżetem państwa. Praktycznie w każdej sferze ich działalności stwierdzono poważne błędy. W zakresie systemu ewidencjonowania należności i zaległości podatkowych zwrócono uwagę na brak bieżącej weryfikacji ksiąg podatkowych, zarówno pod kątem ich legalności jak i rzetelności, jak również o niewdrożenie do chwili obecnej jednolitego, ogólnopolskiego systemu informatycznego, który umożliwiłby ustalenie zarówno listy dłużników, jak i dokładnej kwoty ich zaległości podatkowych. Wspomnieć również trzeba o braku współpracy pomiędzy urzędami skarbowymi położonymi w różnych regionach Polski w zakresie wymiany informacji na temat dłużników podatkowych, a także o niewykorzystywaniu w należyтым zakresie informacji płynących z sądów, policji, urzędów celnych.

Wśród nieprawidłowości występujących w prowadzonym przez urzędy skarbowe postępowaniu zabezpieczającym szczególne znaczenie posiada niepełne korzystanie przez urzędy skarbowe z uprawnień w stosowaniu zabezpieczeń wykonania zobowiązań podatkowych, zarówno przed terminem płatności, jak i po powstaniu zaległości, a w szczególności niewielkie wykorzystanie nowowprowadzonych form zabezpieczenia w postaci zastawu skarbowego i hipoteki przymusowej. Natomiast w sferze prowadzonych przez organy



podatkowe postępowań egzekucyjnych dopatrzone się min. opóźnień w wystawianiu tytułów wykonawczych i obejmowaniu nimi ledwie połowy stwierdzonych zaległości podatkowych, przeciągania oraz podejmowania nieuzasadnionych przerw w podejmowaniu kolejnych etapów postępowania egzekucyjnego, czy wreszcie – niekorzystania z możliwości egzekwowania należności od następców prawnych dłużnika oraz osób trzecich, odpowiedzialnych za jego zobowiązania. Efektem tych błędów i zaniedbań była bardzo niska skuteczność postępowania egzekucyjnego.

Ponadto, urzędy skarbowe w niedostatecznym zakresie wszczynały postępowania karno – skarbowe oraz nie zawiadamiały organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przez podatnika przestępstwa, stosowały dość tolerancyjną politykę w zakresie wymierzanych sankcji za przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Okolicznością sprzyjającą zjawisku uchylania od obowiązków podatkowych były również sporadycznie przeprowadzane kontrole podatkowe.

W wielce niekorzystnej dla budżetu państwa sytuacji, jakim jest ponad 12 – miliardowy uszczerbek należności podatkowych, niezbędnym wydaje się podjęcie zdecydowanych działań zarówno w sferze rozwiązań legislacyjnych, jak i w praktyce działania odpowiednich organów, chociażby w przedmiocie należytego zabezpieczenia i egzekucji zobowiązań podatkowych. Poprawa stanu prawodawstwa polskiego, a zwłaszcza praktyki stosowania przepisów jest niewątpliwie lepszym rozwiązaniem niż zwiększanie fiskalizmu w drodze nakładania nowych podatków czy też szukania przymusowych oszczędności w budżecie, często dotykających najbiedniejsze grupy społeczne.

**FORMA I CZAS OBOWIĄZYWANIA  
TESTAMENTUM IN PROCINCTU****M. Jońca***Katolicki Uniwersytet Lubelski*

*Testamentum in procinctu* nie należy do zagadnień, cieszących się szczególnym zainteresowaniem uczonych romanistów. Pisząc o rzymskim prawie spadkowym nie sposób pominąć milczeniem jego istnienia, gdyż oprócz testamentu sporządzanego na komicjach był on jedynym testamentem, będącym w użyciu w czasach archaicznych. Z drugiej jednak strony, ze względu na szczupły materiał źródłowy, nie można napisać na jego temat wiele. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, że jakkolwiek *testamentum in procinctu* sporządzane było przez członków sił zbrojnych, to jednak nie ma nic wspólnego z rozpowszechnionym w czasach pryncypatu testamentem żołnierskim (*testamentum militis*). Na podstawie dostępnych relacji można się jednak pokusić o odtworzenie formy w jakiej był sporządzany i określić w przybliżeniu ramy czasowe w jakich obowiązywał.

Jak zaznaczono wyżej, w archaicznym prawie rzymskim istniała możliwość sporządzenia testamentu tylko w dwóch formach. Informacja ta pochodzi od Gaiusa:

Gai. 2, 101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt, nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Podstawową formą sporządzenia aktu ostatniej woli dokonywano na komicjach przed całym zgromadzonym ludem. Określano ją jako *testamentum comitiis calatiis*. Zgromadzenia, na których można było sporządzić taki testament zbierały się specjalnie w tym celu dwa razy do roku. Jako drugi rodzaj Gaius wymienia testament sporządzany *in procinctu*. Był on dostępny tylko dla obywateli powołanych pod broń w razie wojny. Oba akty należały do czynności prawnych sporządzanych publicznie. *Procingere* pierwotnie oznaczało "podnieść", "podwinąć" togę przed walką. Wyjaśnienie pojęcia *procinctus* znajduje się natomiast w powyższym tekście, z którego wynika, że jest to oddział wojskowy (armia), gotowy i uzbrojony (*expeditus et armatus*). W podobnym znaczeniu termin ten występuje w innych źródłach.

Dla żołnierzy sposobających się do bitwy wszelkie wymogi dotyczące sporządzania ważnego testamentu były zniesione. W przeciwnym wypadku większość z tracących życie w walkach umierałaby *ab intestato*. W warunkach wojennych technicznie nie dało się uzależnić ważności ostatniej woli żołnierza od zgody całego zgromadzenia czy aprobaty najwyższego kapłana (*pontifex maximus*). Substytutem zgromadzenia było zebrane w całości wojsko. Wygłaszane przez żołnierzy oświadczenia nie podlegały głosowaniu. Wpływ na to miały przede wszystkim warunki w jakich testowano. Wystarczało ustne oświadczenie woli testatora dawane w obecności towarzyszy broni, co poświadcza Festus:

Fest. 96, 28: *in procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat praesentibus commilitionibus.*

Na podstawie dostępnych źródeł przyjmuje się, że testament *in procinctu* był aktem, dokonywanym przez żołnierzy tuż przed bitwą. Wojsko ustawione było w szyku bojowym (*inire proelium*). Po uszykowaniu armii żołnierze mieli chwilę na oświadczenie swej ostatniej woli. Sporządzanie testamentu nie było czynnością obligatoryjną i opierało się raczej na dawnym, mocno ugruntowanym zwyczaju niż na prawie. Potwierdzenie tej tezy znajduje się w niżej cytowanym ustępie:

Schol. Veron. ad. Aen. 10, 241: *interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant.*

Nie ma pełnej jasności co do tego czy testować można było także tuż przed wymarszem. Wydaje się jednak, że aktu tego dokonywano jedynie w obliczu realnego zagrożenia utraty życia, czyli przed bitwą.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że sporządzano go po przeprowadzeniu auspicjów przez dowódcę (*auspicabatur coram exercitu*). Okoliczność sprzężenia czynności sakralnej i cywilnej sprawiała, że testament *in procinctu* zyskiwał pewną sankcję religijną. Fakt ten musiał jeszcze mocniej obligować wykonawców testamentu do postąpienia zgodnie z wolą testatora. Można zakładać, że od miejsca i czasu, w którym

odbywano auspicjów, zależała okoliczność gdzie i kiedy testowano. Jeżeli wróżby przeprowadzano w polu, bezpośrednio przed bitwą, testamenty powinny być sporządzone w tym samym czasie.

Kronikarz wspomina, że w czasach Kwintusa Marcjusza Korliolana panował wśród Rzymian zwyczaj sporządzania ustnych testamentów przez członków oddziałów wojskowych. Ustawieni w szyku bojowym żołnierze przewijając swe płaszcze i podnosząc tarcze jednocześnie oświadczały swą ostatnią wolę towarzyszom broni. Jako świadków powoływano trzy lub cztery osoby spośród słuchających oświadczenia testatora. Ponieważ oddział był już uszykowany do boju, a żołnierzom nie wolno było w tej sytuacji dowolnie zmieniać stanowiska, jako potencjalni świadkowie mogły być brane pod uwagę jedynie osoby, które zajmowały w szeregu pozycję bezpośrednio obok testującego. Zdarzenie, przy okazji którego Plutarch wspomina zwyczaj testowania w armii rzymskiej w dobie wczesnej republiki, rozegrało się podczas zdobywania przez Rzymian Coriolów – miasta należącego do sąsiadującego z Rzymem plemienia Wolsków. W tym konkretnym wypadku sporządzenie aktu ostatniej woli dokonało się szybko i niemal mechanicznie. Nie było zresztą czasu na przydługie formalności. Kronikarz podkreśla, że w chwili przybycia do oddziałów Kwintusa Marcjusza wrogowie byli już w zasięgu wzroku. W innych sytuacjach tempo i procedura musiały wyglądać podobnie.

Dokładnej daty wyjścia z użycia *testamentów in procinctu* nie da się niestety precyzyjnie ustalić. Pewnych wskazówek w tej kwestii dostarczają pisma Cyserona:

Cic. de nat. deor. 2, 3, 9: An Atti Navii lituus ille, quo ad investigandum suem regiones vineae terminavit, contemnendus est? Crederem, nisi eius agurio rex Hostilius maxima bella gessisset, sed negligentia nobilitatis, agurii disciplina omissa veritas auspicioꝝ sperta est, species tantum retenta. Itaque maximae rei publicae partes, in his bella, quibus rei publicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur; nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus, nulla, cum viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt. Tum enim bella gerere nostri duces incipiunt, cum auspicia posuerunt.

We fragmencie powyższym słynny mówca utyskuje, że pradawna sztuka wieszczenia z lotu ptaków została zaniedbana, a znaczenie tego typu wróżb jest przez współczesnych lekceważone. Dalej następuje stwierdzenie, że nawet wojny, od których zależy przecież byt państwa, są prowadzone bez przeprowadzania auspicjów. Nie przestrzega się już wróżenia przy przeprawach przez rzekę i nie wieszczy z ostrzy dzid. Dla sporządzania testamentów wojskowych natomiast nie przywołuje się, jak dawniej, świadków, przez co praktyka ta wyszła z użycia (*nulla, cum viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt*). Wodzowie rzymscy zaś rozpoczynają działania wojenne dopiero wtedy, gdy zrzekną się prawa odbywania wróżb z ptaków.

Z powyższego tekstu jasno wynika, że w czasach Cyserona testament *in procinctu* nie był już od jakiegoś czasu stosowany. Ton całej wypowiedzi wskazuje, że autor tekstu omawia jakieś "dalekie wspomnienie historyczne", a nie o żywą, będącą wciąż w użyciu instytucję prawną. Głównym powodem zaniku *testamentum in procinctu* wydaje się być zaniechanie przeprowadzania auspicjów przez wodzów i generałów. Testament *in procinctu* mógł być bowiem sporządzony tylko po lub w trakcie odbywania tej czynności. Była to forma bardzo związana z auspicjami i przypuszczalnie równie stara. Zatem z chwilą kiedy definitywnie zaprzestano odbywania auspicjów, również testament *in procinctu* stracił rację bytu. Forma ta została zastąpiona przez testament mancypacyjny (*testamentum per aes et libram*).

Z relacji Velleiusa Paterculususa wynika, że *testamentum in procinctu* posługiwano się jeszcze w połowie II wieku p.n.e.

Vell. Pater. Hist. Rom. 2, 5, 2: Et ante eum paucis annis tam severum illius Q. Macedonici in his gentibus imperium fuit, ut, cum urbem Contrebiam nomine in Hispania oppugnaret, pulsas praecipiti loco quinque cohortes legionarias eodem protinus subireiuberet, facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret, non deterritus proposito, quem moriturum miserat militem victorem recepit; tantum effecit mixtus timori pudor spesque desperatione quaesita.

Tym razem opisane wydarzenia miały miejsce w 142 r. p.n.e. a odnoszą się do walk toczonych przez Rzymian w Hiszpanii. Wspomniana jest na ich tle osoba wodza rzymskiego Kwintusa Macedoniksa. Otóż podczas zdobywania miasta Kontrebia, nakazał on sporządzić testament wojskowy aż pięciu kohortom, zapędzonym w jakieś urwiste miejsce. Żołnierze odebrali wydane polecenie jako zapowiedź niechybnej śmierci. Przekonanie to rozbudziło w nich tak wielką determinację, że na skutek dzielnej walki udało im się osiągnąć zwycięstwo. Velleius Peterculus konkluduje patetycznie, że "tyle sprawił wstyd pomieszany z bojaźnią i nadzieja wiedzona rozpaczą". Rozkaz dowódcy był zatem rodzajem wybiegu, mającego wywołać w wojsku poczucie walki o najwyższą stawkę. Można się spodziewać, że testament *in procinctu* musiał być

jeszcze wtedy instytucją żywą i powszechnie używaną, skoro decyzja głównodowodzącego wywarła aż tak wielkie wrażenie w szeregach jego podkomendnych i w efekcie przechyliła szalę zwycięstwa na ich rzecz.

Kolejny dowód na to, że w połowie II w. p.n.e. testament *in procinctu* mógł być w użyciu znaleźć można w innej wzmiance Cyncyona:

Cic. de. or. 1, 228: Reprehendebat igitur Galbam Rutilius, quod is C. Sulpici Gali, propinqui sui, Quintum pupillum filium ipse paene in humeros suos extulisset, qui patris clarissimi recordatione et memoria fletum populo moveret, et duos filios suos parvos populi commendasset ac se, tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati.

Rzecz dotyczy procesu Serwiusza Sulpicjusza Galby, który odbył się w 149 r. p.n.e. Wg relacji Cyncyona w procesie tym Rutyliusz, wyrzucał Galbie między innymi to, że ten ostatni wyznaczył lud rzymski jako opiekuna dla swych dwóch nieletnich synów rodzajem "testamentu sporządzanego w wojsku przed bitwą, bez wagi i pisma" (*tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis*). Decydując się na przedsięwzięcie powyższych kroków, Galba chciał się zapewne odwołać do najgłębszych uczuć społeczeństwa rzymskiego i wygrać je dla własnych celów. Znowu przywoływanie w tej sytuacji instytucji już martwej nie miałooby większego sensu.

W źródłach późniejszych nie ma żadnych dowodów na to, że testament *in procinctu* był nadal używany. Z pewnością posługiwano się nim jeszcze przez jakiś czas. Niestety nie zachowały się żadne ślady mogące pomóc w stwierdzeniu, kiedy ta forma testowania została ostatecznie zarzucona. *Testamentum in procinctu* sporządzano zawsze ustnie i publicznie, co jest cechą bardzo charakterystyczną dla archaicznego prawa rzymskiego. W miarę uwalniania się prawa cywilnego od dawnych sakralnych konotacji, także ta forma przestała pasować do nowej rzeczywistości. Wraz z zaprzestaniem przeprowadzania auspicjów przez wodzów i generałów zaprzestano jej stosowania. Zaokrąglając, można przyjąć, że nastąpiło to po 150 r. p.n.e. Biorąc pod uwagę fakt, że testujący nie byli związani żadną odgórnie narzuconą normą w trakcie oświadczenia swej ostatniej woli, zgodzić się należy z poglądem, że *testamentum in procinctu* "można uznać za najstarszą formę uprzywilejowanego testamentu wojskowego.

## ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ЕЛЕМЕНТІВ ВАЛЮТНОГО КОНТРОЛЮ

*С. Лучковська*

*Технологічний університет Поділля*

Чинне законодавство України з питань валютного регулювання та валютного контролю закріплює перелік операцій, що належать до валютних операцій, які є безпосереднім об'єктом валютного контролю. Відповідно до пункту 2 статті 1 Декрету Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" від 19 лютого 1993 року до валютних операцій належать наступні операції:

- операції, пов'язані з переходом права власності на валютні цінності, за винятком операцій, що здійснюються між резидентами у валюті України;
- операції, пов'язані з використанням валютних цінностей в міжнародному обігу як засобу платежу, з передаванням заборгованостей та інших зобов'язань, предметом яких є валютні цінності;
- операції, пов'язані з ввезенням, переказуванням і пересиланням на територію України та вивезенням, переказуванням і пересиланням за її межі валютних цінностей.

Таким чином, предметом валютних операцій є валютні цінності. Відповідно до ст.1 вищезазначеного Декрету до валютних цінностей належать:

- валюта України;
- платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, бони, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, ощадні книжки, інші фінансові та банківські документи), виражені у валюті України;
- іноземна валюта;
- платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, інші фінансові та банківські документи), виражені в іноземній валюті або банківських металах;
- банківські метали – це золото, срібло, платина, метали платинової групи, доведені (афіновані) до найвищих проб відповідно до світових стандартів, у зливках і порошках, що мають сертифікат якості, а також монети, вироблені з дорогоцінних металів.

З вказаного вище випливає, що законодавство відносить до валютних цінностей як предмета валютних операцій валюту України. Такий підхід законодавця обумовлений тим, що на сьогоднішній день валютні операції між резидентами та нерезидентами у валюті України підлягають валютному регулюванню та валютному контролю. Так, зокрема, пунктом 1 статті 7 Декрету Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" закріплено, що здійснення розрахунків між резидентами і нерезидентами в межах торговельного обороту у валюті України допускається за умови одержання індивідуальної ліцензії Національного банку України. Підлягаючи таким чином валютному регулюванню, проведення таких операцій буде також і об'єктом валютного контролю, оскільки однією з основних функцій валютного контролю є саме контроль за відповідністю валютних операцій чинному законодавству, наявністю необхідних ліцензій. Такий підхід законодавця щодо контролю розрахунків між резидентами та нерезидентами у валюті України спрямований на обмеження розрахунків у гривнях за українські товари, роботи, послуги. Метою таких заходів є наповнення внутрішнього валютного ринку вільноконвертованою іноземною валютою, оскільки частина валютної виручки українських резидентів підлягає обов'язковому продажу в Україні. Такий продаж гарантує пропозицію іноземної валюти на внутрішньому ринку та, відповідно, підтримує курс гривні.

Однак, вважаємо, що така валютна політика є виправданою у критичній фінансовій ситуації. В якості довгострокової політики вона є безперспективною, оскільки замість зміцнення національної грошової одиниці лише посилює її залежність від іноземних валют. Один з виходів із такої ситуації запропонований економістами Росії. Так, серед них сьогодні існує точка зору, вперше висловлена В.К. Сенчаговим, згідно з якою для посилення позиції національної грошової одиниці необхідно застосувати механізм підвищення попиту на неї, який може бути реалізований у розвинутих галузях

економіки, де виробництво певною мірою стабільне і продукція користується попитом. Так, пропонується продавати нафту, газ, ліс на зовнішньому ринку за рублі. При цьому, згідно з цією позицією, у потенційних партнерів зростає інтерес до рубля, його накопиченню, а у випадку необхідності – до купівлі рублів в обмін на іноземну валюту. Як наслідок – на внутрішньому ринку з'являться додаткові кошти в іноземній валюті. Вважаємо за доцільне здійснити аналіз інфраструктури національної економіки та вивчити можливості застосування запропонованого підходу.

Необхідно відмітити, що законодавство більшості держав в основному не обмежує для нерезидентів розрахунки в національній валюті на своїй території. Така політика допомагає встановити пріоритет національної валюти поряд з іноземною, підвищує її стабільність та сприяє економічному розвитку держави.

Окрім того, в юридичній та економічній науках панує точка зору, згідно з якою національна валюта у широкому розумінні слова (як власне національна валюта, так і платіжні документи, фондові цінності в національній валюті) не розглядається в якості валютної цінності. Законодавство іноземних держав із питань валютного регулювання та валютного контролю також не відносить національну валюту до валютних цінностей.

Зазначимо, що у законодавстві України є неузгодженості правового регулювання об'єму поняття валютних цінностей. Так, на відміну від Декрету України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" від 19.02.1993 р. Закон України "Про зовнішньоекономічну діяльність" від 16.01.1991 р. (ст.1) не визначає національну валюту як валютну цінність, включаючи до останніх наступні валютні цінності: іноземну валюту готівкою, платіжні документи (чеки, векселі, тратти, депозитні сертифікати, акредитиви та інші) в іноземній валюті, цінні папери (акції, облігації, купони до них, бони, векселі та інші) в іноземній валюті, золото та інші дорогоцінні метали у вигляді зливків, пластин та монет, а також сертифікати, облігації, варанти та інші цінні папери, номінал яких виражено у золоті, дорогоцінні камені.

Пропонуємо обмежити об'єм поняття "валютна цінність" об'єктами, що виконують функції платіжних засобів в іноземних державах, зокрема, іноземною валютою та цінними паперами, платіжними документами, що містять зобов'язання, виражені в іноземній валюті.

Відмічені економічні та юридичні аспекти щодо визначення предмета валютних операцій слід врахувати при прийнятті Закону України "Про валютне регулювання".

## СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

### "ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК" ЯК ОЦІНОЧНА КАТЕГОРІЯ ДОГОВІРНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМА ТЛУМАЧЕННЯ

О. Беяневич

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Визначені статтею 3 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. (далі – ЦКУ) загальні засади цивільного законодавства є нормами – принципами ("сухим залишком" цивільно-правової матерії, її сутністю, звільненою від конкретики та випадковості), які визначають вектор регулювання суспільних відносин, заснованих на рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. В сфері регулювання цивільно-правових договірних відносин основне навантаження несуть принцип свободи договору та принцип справедливості, добросовісності та розумності. В найбільш широкому розумінні, а саме в контексті статті 6 ЦКУ, договірна свобода може розумітися як надана сторонам можливість відступити в договорі від диспозитивних положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд. Принцип свободи договору, що деталізований в статті 627 ЦКУ, включає в себе можливості: укладення договору на вільний розсуд сторін; вільного вибору контрагента; вільного визначення сторонами умов договору, яке обмежується вимогами цивільного законодавства, звичаями ділового обороту, вимогами розумності та справедливості. За правилами абзацу другої частини 3 статті 6 ЦКУ сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо сказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Більше того, однією із загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину, є правило частини 1 статті 203 ЦКУ: зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Обмеження окремих складових принципу договірної свободи закладені і в нормах статей 633, 634 ЦКУ, що регламентують публічні договори та договори приєднання. В ідеальній ситуації сторони, укладаючи договір, як названий, так і непоіменований в законодавстві, і створюючи "право для себе", діють в припустимих цивільним законодавством межах і на визначених цим законодавством принципах.

В Господарському кодексі України (далі – ГКУ), формулювання принципу свободи договору не перейшло у формулювання однієї конкретної норми. Принцип свободи господарського договору як такий безпосередньо в кодексі не названий, але "розчинений" в окремих його нормах. Дійти такого висновку дозволяє системне тлумачення змісту окремих положень ГКУ, зокрема, статті 44 ГКУ про самостійне формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, встановлення цін на продукцію та послуги відповідно до закону, та статті 67 ГКУ щодо можливості підприємств вільно обирати предмет договору, визначати зобов'язання, інші умови господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України. Таким чином, на відміну від ЦКУ, в якому принцип свободи договору сформульований як *норма – принцип*, в ГКУ принцип свободи договору може бути визначений як *принцип, що виводиться із норм*.

Загальними умовами дійсності правочинів стаття 203 ЦКУ називає відповідність їх змісту вимогам Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Стаття 215 ЦКУ містить імператив: правочин є нікчемним, якщо його недійсність встановлена законом. У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Слід звернути увагу, що в ЦКУ, який називають "Кодексом приватного права", така кваліфікуюча ознака нікчемності договору як "мета, завідомо суперечна інтересам держави і суспільства" відсутня, отже, немає і норми щодо недійсності правочину (угоди), аналогічної нормі статті 49 ЦК УРСР 1963 р. Спеціальний випадок *нікчемності* правочину, що порушує *публічний порядок*, встановлений статтею 228 ЦКУ. При цьому порушення публічного порядку за змістом цієї статті можна поділити на:

- порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина;
- знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним.

Але пошкодження та знищення майна фізичної особи є, по суті, різновидом порушення її конституційного права на приватну власність, закріпленого в статті 41 Конституції України, а тому не є самостійним видом порушення публічного порядку і деталізацією першого виду порушень. З огляду на зміст розділу II Конституції України, якою визначено права і свободи людини і громадянина, кваліфікація цивільно-правового договору як такого, що порушує ці права і свободи, може виявитися досить розмитою, зокрема, враховуючи деталізацію цих прав в актах чинного законодавства. Щодо другої групи порушень, то їх застосування для кваліфікації нікчемності договору, пов'язаного із здійсненням господарської діяльності буде досить обмеженим, оскільки за змістом статті 1 ЦКУ до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом. ЦКУ не встановлює інших правових наслідків нікчемного договору, що порушує публічний порядок, ніж визначені статтею 216 ЦКУ (двостороння реституція).

Слід зазначити, що останнім часом застереження про публічний порядок все частіше вживається в окремих актах чинного законодавства поряд із такими категоріями як "суспільний порядок", "суспільні інтереси", "публічний порядок", "публічні інтереси", "принципи гуманності та моралі" тощо. При цьому будь-якого узгодження в законодавстві змістовного навантаження цих категорій немає, і, напевне, бути не може. Використання законодавцем таких загальнообов'язкових регуляторів впливу на суб'єкта адекватно чи ні, але відтворюють уяву законодавця про те, яким має бути правовий режим у відповідній сфері суспільних відносин. Разом з тим, практичне застосування, в тому числі і судами, таких абстрактних понять, в тому числі коли вони вживаються як критерії обмеження договірної свободи, є найбільш складним через їх оціночний характер. Оскільки зміст таких понять визначається не законодавцем при прийнятті відповідної норми, а при її застосуванні, то є підстави говорити про те, що процес доказування по конкретному спору значно ускладнюється через невизначеність предмету доказування, зокрема, для позивача, який за правилами позовного провадження має довести "порушення "публічного порядку", "інтересів держави і суспільства" тощо відповідачем. У випадку, коли імперативна норма містить оціночне поняття, що невизначене і не може бути визначене законом, імперативність, тобто категоричність і однозначність її застосування, стає практично неможливою.

Закладений в ГКУ підхід законодавця до критеріїв недійсності договорів є іншим. Відповідно до положень статті 207 ГКУ господарське зобов'язання, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, може бути на вимогу однієї із сторін, або відповідного органу державної влади визнано судом недійсним повністю або в частині. Таким чином, за змістом ГКУ угоди/ правочини, що вчинені із метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, ГКУ не кваліфікуються як нікчемні, а лише оспорюваними, з чим не можна погодитися. В статті 208 ГКУ визначені правові наслідки визнання угоди недійсною як такої, що вчинена з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави та суспільства, у вигляді конфіскації в доход держави.

Категорія "публічний порядок" досить широко використовується в законодавстві інших країн. При цьому загальним для правової практики більшості країн (як континентальної правової сім'ї, так і країн загального права) є визнання недійсними договорів, які суперечать публічному порядку. За загальним правилом органом, який в кожному конкретному випадку повинен оцінити відповідність предмету договору публічному порядку, є суд. Зокрема, статті 1411, 1413 нового Цивільного кодексу Квебеку, що набув чинності 1 січня 1994 року, визначають недійсність договору, підстава та/ або мета якого заборонені законом або суперечать публічному порядку. Як зауважує професор цивільного права Джон Е. К. Брайерлі, Ідея про доцільність публічного втручання в процес реалізації приватних прав в цьому Кодексі звучить надзвичайно виразно, що тягне за собою важливі наслідки з точки зору віднесення в майбутньому приватних прав до сфери суддівського розсуду і майбутньої захищеності правовідносин. Судові повноваження зараз виходять далеко за рамки положень договорів за участю споживачів та договорів приєднання, що містять "зловживані" умови, і стосуються в цілому правовідносин, обставини виникнення або виконання яких в майбутньому підлягають оцінці в рамках судового дослідження.

Зважаючи на кодифікацію цивільного та господарського законодавства на колізійність їх положень, перед судами постає задача переосмислення категорії "інтереси держави та суспільства" в контексті нової термінології ЦКУ, оскільки судова практика щодо визнання угод, які укладені із метою, суперечною інтересам держави і суспільства, недійсними є усталеною.

За змістом пункту 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 28 квітня 1978 р. №3 із змінами, внесеними постановами від 25 грудня 1992 р. №15 та від 25 травня 1998 року №15 "Про



судову практику в справах про визнання угод недійсними", при розгляді справ про визнання угоди недійсною на підставі ст.49 Цивільного кодексу України судам слід мати на увазі, що дія цієї норми поширюється на угоди, які укладені з метою, завідомо суперечною інтересам держави і суспільства, тобто порушують основні принципи існуючого суспільного ладу. До них, зокрема, належать угоди, спрямовані на використання всупереч закону колективної, державної або чиеїсь приватної власності з корисливою метою, приховування фізичними та юридичними особами від оподаткування доходів, використання майна, що знаходиться у їх власності або користуванні, на шкоду правам, свободам і гідності громадян інтересам суспільства, на незаконне відчуження землі або незаконне нею користування, розпорядження чи придбання всупереч встановленим правилам предметів, вилучених з обігу або обмежених у обігу. Така позиція щодо застосування статті 49 ЦК 1963 р. сприйнята Вищим господарським судом України і відтворена в роз'ясненні від 12 березня 1999 р. "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними" та постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 25 липня 2002 р. "Про заходи щодо забезпечення однакового і правильного застосування законодавства про податки".

Слід також враховувати, що пунктом 1 статті 83 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) господарському суду надано право визнати недійсним повністю або у певній частині договір, який суперечить законодавству, яке по своїй суті є "врівноваженням" принципу диспозитивності судового процесу, оскільки суд, дослідивши обставини справи і даючи правову оцінку відносинам сторін, в такому випадку не зв'язаний предметом і підставами позову, що сформульовані позивачем. Враховуючи вимоги пункту 3 частини 1 статті 84 ГПК, суд у мотивувальній частині судового рішення повинен вказати законодавство, яким він керувався при прийнятті рішення. Враховуючи наявність колізійних положень ЦКУ та ГКУ про недійсність правочинів/ господарських зобов'язань, визнаючи договір недійсним, суд повинен чітко визначитися не тільки з тим, норму якого саме кодексу він буде застосовувати, а для цього – витлумачити підставу недійсності (суперечність законодавству, порушення публічного порядку, суперечність інтересам держави і суспільства, невідповідність моральним засадам суспільства тощо). Категорії "публічний порядок" та "інтерес держави та суспільства" можуть бути оцінені (зокрема, і при застосуванні правових норм судом) із врахуванням положень статті 5 ГКУ про конституційні основи правопорядку у сфері господарювання, в тому числі про правовий господарський порядок. У практичній площині єдиний підхід до таких понять має бути запропонований ВГСУ з урахуванням як новітньої кодифікації цивільного та господарського законодавства, так і рішень Конституційного суду України.

Як визначено у пункті 4 рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) від 8 квітня 1999 року, інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, але й в діяльності приватних підприємств, товариств. Із врахуванням того, що "інтереси держави" є оціночним поняттям [курсив мій – О.Б.], прокурор чи його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, в чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах. Ми приєднуємося до висловленої в літературі позиції про те, що норма, яка підлягає перевірці на конституційність Конституційним Судом України, є завжди конкретною нормою, але висновки Суду, що ґрунтуються на офіційному тлумаченні конституційних норм і принципів, мають, як правило, більш загальне значення і можуть бути поширені на аналогічні за юридичним змістом норми, що містяться в інших законодавчих актах. Через це правові позиції, сформульовані Конституційним Судом України в результаті тлумачення Конституції України та законів України, можуть розглядатися як судові прецеденти, що не тільки заповнюють прогалини в законодавстві, але і формують судову практику його застосування чинного законодавства, забезпечуючи її однаковість.

З урахуванням тлумачення Конституційним Судом України категорії "інтереси держави", термін "публічний порядок" може розумітися не тільки як порядок в сфері майнових відносин, які засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, але і відносинах, обтяжених владним компонентом, тобто як відповідність поведінки суб'єктів договірних відносин інтересам суспільства і держави.

**СПІВВІДНОШЕННЯ ПУБЛІЧНИХ ТА ПРИВАТНИХ ІНТЕРЕСІВ  
В КОНКУРЕНТНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ***Н. Корчак**Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

У межах обраної теми ставиться мета проаналізувати співвідношення конкурентного законодавства з приватним та публічним правом шляхом висвітлення основних теоретичних позицій вчених щодо питання про характер (правову природу) правовідносин, котрі виникають в процесі реалізації норм конкурентного законодавства. Такий інтерес автора насамперед обумовлений тим, що держава намагається захистити економічну конкуренцію від дії ринкової стихії шляхом забезпечення цілісності суспільства та його соціальної стабільності через зрівноваження різноманітних інтересів, а також створити умови для ефективного розвитку економіки України.

Так, Л.Р. Біла вважає, що антимонопольні відносини це: а) управлінські відносини, які мають організаційний характер; б) це відносини, побудовані на принципі "влада – підпорядкування"; в) відносини, одним із суб'єктів яких є орган державного управління. Автор вважає, що такі відносини є різновидом адміністративних відносин.

За економічних змістом, предмет конкурентного права, на думку К.Ю. Тотьєва, поділяється на дві групи: 1) відносини, котрі пов'язані з конкуренцією; 2) відносини в сфері монополій. Такі відносини характеризуються загальними та специфічними особливостями, а для їх врегулювання застосовуються різноманітні методи, що засновані на різному поєднанні дозволів, заборон і зобов'язань. Пріоритетним для конкурентного права є диспозитивне регулювання з використанням методу координації. Однак, на його думку, таке регулювання поєднується з імперативним впливом (метод субординації), заснованим на владі та підпорядкуванні.

З точки зору правовідносин (загальнорегулятивних, регулятивних та охоронних) досліджує механізм правового регулювання відносин, що виникають у сфері економічної конкуренції у своїй статті О. Беяневич. Автор зазначає, що у загальнорегулятивних (абсолютних, відносних та загальних) відносинах суб'єктивне право виступає як нормативно забезпечена можливість власної поведінки, свободи реалізації свого права, а можливість вимагати здійснення відповідних дій від зобов'язаних осіб – як підтримка реалізації власних прав і свобод. Ці відносини не мають точної "індивідуалізації" суб'єктів. Саме в таких загальнорегулятивних відносинах підприємців, які діють вільно, на власний розсуд та ризик, виникає конкуренція. Виконання регулятивних та охоронувальних повноважень Антимонопольним комітетом України опосередковується виданням нормативних та індивідуальних актів. Регулятивні правовідносини породжуються, змінюються і припиняються виданням Комітетом індивідуальних актів регулювання, а охоронувальні – виданням індивідуальних охоронувальних актів як результат процесуальної діяльності Антимонопольного комітету України.

Досліджуючи правову природу та структуру правовідносин, що виникають у зв'язку з економічною конкуренцією, І.А. Шуміло, виходячи із суб'єктного складу та загальнотеоретичних ознак, конкурентні правовідносини визначила як комплексні правовідносини, що складають з організаційно-правових (регулятивних та охоронних) відносин між уповноваженими державними органами і суб'єктами господарювання та абсолютних немайнових відносин, що виникають між конкуруючими суб'єктами господарюванням..

На сьогодні незаперечною є роль конкуренції як регулятора ринку. Однак стихійний розвиток ринкових процесів, як правило, супроводжується монополізацією тих чи інших сфер господарського життя. За даних обставин держава не повинна орієнтуватися тільки на процеси саморегуляції. В будь-якій ринковій моделі виникає питання про роль держави в економіці, необхідності її впливу на господарську діяльність, автономних підприємців, підстав та меж допустимого державного втручання до неї. В літературі справедливо відзначається, що держава не спроможна взяти на себе ту місію, яку виконує конкуренція. Держава здійснює лише господарсько-регулятивну діяльність по підтримці в певних межах свободи підприємництва та конкуренції як елементарних умов ефективно діючого ринкового механізму. А тому згідно ч.3 ст.42 та п.8 ст.92 Конституції України види та межі монополії, а також правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання визначаються законом. В такий спосіб

держава намагається захистити конкуренцію шляхом забезпечення цілісності суспільства та його соціальної стабільності через зрівноваження різноманітних інтересів, а також створити умови для ефективного розвитку економіки України.

В процесі здійснення дисертаційного дослідження з проблеми захисту інтересів суб'єктів господарювання від недобросовісної конкуренції, С.А. Кузьміна, на нашу думку, справедливо звернула увагу на те, що інтерес є першоосновою будь-якого поділу. При цьому слід враховувати, що всі учасники конкуренції (держава як суб'єкт господарювання, безпосередні суб'єкти господарювання та споживачі) мають конкретно відособлені інтереси, які, тим не менше, можуть бути об'єднані для досягнення спільних цілей (формування правової держави).

Аналізуючи правовідносини, котрі виникають в механізмі правового регулювання підприємницької (господарської) діяльності, О.Я. Курбатов вказує, що перший їх вид виражає правовідносини активного типу, в яких здійснення позитивних дій зобов'язаними особами – суб'єктами підприємницької (господарської) діяльності, безпосередньо призводить до задоволення публічних інтересів, котрі виражаються державними органами. Другий вид правовідносин, на його думку, є правовідносинами пасивного типу, в яких на осіб покладається обов'язок утримуватися від певних дій для того, щоб уповноважені особи (контрагенти) мали можливість здійснювати дозволені їм позитивні дії і тим самим задовольняти свої інтереси.

Слід зазначити, що конкурентне законодавство не переслідує мети захисту прав споживачів та підвищення ефективності виробництва. Головною ж метою є необхідність "збереження конкуренції, яка править ринковою економікою". Ось чому в преамбулі Закону України "Про захист економічної конкуренції" від 11.01.2001 р. визначено, що цей Закон спрямований на забезпечення ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин. В свою чергу право на участь у конкуренції є елементом правового статусу суб'єктів господарювання. Завдяки механізму добросовісної конкуренції вони намагаються використати таке право, в результаті чого стають учасниками горизонтальних та вертикальних зв'язків.

Горизонтальні відносини мають місце в умовах здійснення економічної конкуренції, яка згідно із ст.1 Закону "Про захист економічної конкуренції" визначається як змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначити умови обороту товарів на ринку. Вчинення порушення конкурентного законодавства обумовлює виникнення вертикальних зв'язків за участю органів, наділених спеціальною компетенцією в сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму – антимонопольних органів. Правовий статус останніх визначений в Законі України "Про Антимонопольний комітет України" від 26.11.1993 р. Антимонопольні органи діють від імені держави, а їх діяльність носить владний характер, що є необхідним для забезпечення державного регулювання ринкових відносин в межах реалізації тих завдань які на них покладені законодавцем: здійснення державного контролю за дотриманням антимонопольного законодавства; запобігання, виявлення і припинення порушень антимонопольного законодавства; контроль за економічною концентрацією; сприяння розвитку добросовісної конкуренції. Для забезпечення механізму виконання вказаних завдань, антимонопольні органи наділені відповідними повноваженнями, здійснення яких іншими органами державної влади забороняється. А тому вертикальний тип відносин реалізується в процесі: а) безпосереднього розгляду справ про порушення конкурентного законодавства; б) звернення антимонопольних органів до суду (господарського суду) із позовними заявами у випадках, передбачених конкурентним законодавством; в) внесення подань до відповідних державних органів щодо скасування ліцензій, припинення операцій зовнішньоекономічної діяльності суб'єктів господарювання, які є обов'язковими для виконання; г) надання обов'язкових для виконання рекомендацій про припинення дій, які містять ознаки порушення конкурентного законодавства, усунення причин і умов їх виникнення, а у разі, якщо порушення припинено – щодо вжиття заходів для усунення наслідків цих порушень.

Захист прав учасників економічної конкуренції може мати місце як в судовому, так і в позасудовому порядку. Зокрема, особи, яким заподіяно шкоду внаслідок порушення законодавства про захист економічної конкуренції, відповідно до ст.55 Закону України "Про захист економічної конкуренції" можуть звернутися до суду, господарського суду із заявою про її відшкодування, а в окремих випадках таке відшкодування здійснюється в подвійному розмірі.

На основі проведеного дослідження можна зробити висновок про те, що із всієї сукупності норм конкурентного законодавства одні з них відносяться до цивільного права, оскільки регулюють відносини

між учасниками цивільного обігу з питань економічної діяльності на товарних ринках України, що впливають чи можуть негативно впливати на економічну конкуренцію в цілому. Це так звані відносини по горизонталі, які за своєю природою є цивільно-правовими. Саме цивільне законодавство визначає правове становище учасників цивільного обороту, підстави виникнення та порядок здійснення права власності та інших речових прав, виключних прав на результати інтелектуальної власності, регулює договірні та інші зобов'язання, а також інші майнові та особисті немайнові відносини, що в основі своїй мають рівність, автономність волі та майнову самостійність їх учасників. Такі норми виконують приватно – правові функції та відносяться до сфери приватного права.

Однак правовідносини між суб'єктами господарювання, хоча б один з яких займає монопольне становище на ринку певного товару (робіт, послуг) регулюються не лише нормами цивільного права, а й спеціального конкурентного права. Зокрема, згідно із ч.2 п.3 ст.13 Закону України "Про захист економічної конкуренції" у разі обумовлення укладення угод прийняттям суб'єктом господарювання додаткових зобов'язань, які за із торговими та іншими чесними звичаями у підприємницькій не стосується предмета договору, дії монополіста антимонопольними органами визнаються як зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку незалежно того, чи врегулювали ці сторони договору свої розбіжності в суді (господарському суді). Непред'явлення контрагентом в суді (господарському суді) позову до монополіста про укладення з ним відповідного договору не є доказом відсутності в діях монополіста цього порушення конкурентного законодавства. При вирішенні спірних питань застосування конкурентного законодавства слід пам'ятати, що дослідження товарного ринку з метою встановлення монопольного (домінуючого) становища на ньому суб'єкта господарювання належить до повноважень антимонопольних органів, перелік яких дається у ст.8 Закону України "Про Антимонопольний комітет України". А тому таким правом не наділені а ні суб'єкти господарювання, а ні суд (господарський суд).

Вірне розуміння регулюючої спрямованості конкурентного законодавства обумовлене характером співвідношення публічного та приватного права. Реалізація приватних інтересів здійснюється в умовах функціонування сталого конкурентного середовища в якому зацікавлене суспільство в цілому. Конкуренція є найважливішим економічним чинником, який зрівноважує інтереси приватного підприємця та інтереси суспільства. Ось чому положення конкурентного законодавства як правило характеризують вертикальний тип відносин, котрі складаються в процесі безпосередньої реалізації конкурентних норм. Вони спрямовані на забезпечення державних інтересів – об'єктивних умов нормального існування та функціонування учасників економічної конкуренції, а також суспільства в цілому.

В силу публічно-правового порядку антимонопольні органи не пов'язані у своїх діях заявами суб'єктів господарювання чи інших органів держави. Вони можуть розглядати справу про порушення конкурентного законодавства і за власною ініціативою і за виключенням справ про недобросовісну конкуренцію), тобто самостійно встановити факти правопорушення та прийняти за результатами їх розгляду відповідне рішення. В основі вказаних дій лежить конституційний обов'язок держави бути гарантом захисту конкуренції. А тому антимонопольні органи повинні діяти в межах своєї компетенції та тих завдань, які покладені на них законодавцем.

## ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ

*І. Діковська*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Проблема тлумачення цивільно-правових норм набуває особливого значення у зв'язку із прийняттям нового Цивільного кодексу України. Це пояснюється перш за все тим, що у ньому міститься велика кількість так званих "каучукових норм", які значною мірою ґрунтуються на оціночних поняттях.

З одного боку введення таких норм до нового Цивільного кодексу є явищем позитивним, оскільки вони дозволяють правозастосовчому органу при розгляді фактичних обставин та винесенні рішення врахувати усі особливості конкретної ситуації. З іншого боку, враховуючи те, що можливість врахування цих обставин напряму залежить від розширення суб'єктивного розсуду суду або іншого правозастосовчого органу, воно може характеризуватися як негативне.

Новий Цивільний кодекс України містить певну кількість норм, які оперують поняттями "добросовісність", "розумність" та "справедливість". Зокрема, відповідно до ст.3 ЦК ці категорії поряд з іншими визнаються загальними засадами цивільного законодавства.

У Цивільному кодексі відсутні визначення вказаних понять, а також критерії для встановлення їх змісту. Щоправда, ст.388 містить визначення добросовісного набувача. Зокрема, відповідно до вказаної статті такою є особа, яка не знала і не повинна була знати, що той, у кого вона придбала майно, не мав права на його відчуження. Проте, навряд чи вказаним визначенням можна керуватися при з'ясуванні змісту інших норм, які містять подібні терміни, наприклад, ч.1ст.12 ("Здійснення цивільних прав"), ст.23 ("Моральна шкода"), ч.3 ст.92 ("Цивільна дієздатність юридичної особи"), ст.509 ("Поняття зобов'язання та підстави його виникнення").

Концепція "розумності, добросовісності і справедливості" є новою для українського законодавства, тому цікавим є її дослідження у доктрині і практиці зарубіжних країн, де вона відома протягом тривалішого періоду. Зокрема, згадана концепція відіграє велике значення у голландському цивільному праві. При цьому важливим є той факт, що термін "добросовісність" вживається тут для з'ясування психічних намірів особи (чи намірів, які вона повинна мати), тоді як застосування понять "розумність" та "справедливість" пов'язане з об'єктивними стандартами справедливого вирішення справ. Для визначення того, які вимоги ставлять "розумність" та "справедливість" слід звертатися до загальноновизнаних принципів права, сучасних правових поглядів, враховувати соціальні та приватні інтереси.

Ілюстрацією практичного застосування принципів "розумності" і "справедливості" може слугувати випадок із практики Верховного Суду Нідерландів. Суть справи полягала у наступному. Інвестор інвестував капітал до статутного фонду компанії. При цьому в угоді не було зазначено, що інвестору будуть нараховуватися і сплачуватися відсотки на капітал. За загальним правилом, відсотки на інвестований капітал сплачуються лише у тому випадку, якщо це попередньо обумовлено в якості особливої умови в угоді сторін. Верховний Суд, однак, схвалив рішення Апеляційного суду, відповідно до якого вимоги розумності і справедливості передбачали, що необумовлені відсотки підлягають обов'язковій сплаті у будь-якому випадку. При цьому до уваги бралось те, що виплата відсотків на частку капіталу компанії є звичайним явищем.

У цьому прикладі застосування вимог "розумності" та "справедливості" звичайно сприяло захисту прав інвестора, проте, з іншого боку воно повністю змінило традиційне правило щодо сплати відсотків. Іншими словами, застосування вимог "розумності і справедливості" призвело до не передбачуваних результатів для протилежної сторони спору.

Аналіз нового Цивільного кодексу дає підстави для висновку, що з його введенням в дію подібна практика стане можливою і в Україні, оскільки вимоги розумності і справедливості, закріплені у ньому, можуть певним чином впливати на обсяг прав і обов'язків, які виникають між сторонами.

Наприклад, ст.627 Цивільного кодексу встановлює, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Відтак,

суд застосовуючи цю норму повинен буде враховувати серед іншого вимоги розумності і справедливості.

Поряд з нормами, які містять поняття "добросовісності", "розумності" та "справедливості" новий Цивільний кодекс містить й інші "каучукові" норми. Наприклад, статті, у яких містяться поняття "істотні умови", "істотні недоліки", "розумний строк", "сутність зобов'язання" та інші.

Іноді законодавець розкриває зміст відповідного терміну. Наприклад, у ч.ІІ ст.229 Цивільного кодексу, яка встановлює правові наслідки правочину, укладеного під впливом помилки, міститься визначення помилки, що має істотне значення. Зокрема, таке значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням. Помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків, встановлених законом.

Проте, у більшості випадків законодавець не розкриває суті цих термінів, що дозволяє сторонам чи правозастосовочому органу самим визначити суттєвість чи розумність обставин, які мали місце у конкретній справі.

Однак, як відомо одним із найважливіших принципів правозастосовочого процесу є принцип єдності у застосуванні правових норм. Тому, на наш погляд, необхідно вироблення певного єдиного підходу до встановлення змісту того чи іншого поняття у конкретних обставинах. Наприклад, роз'яснюючи термін "необхідні умови" можна навести приблизний перелік таких умов. Звичайно він не буде вичерпним, але буде слугувати певним орієнтиром для того, хто застосовуватиме правову норму, яка містить поняття "необхідні умови".

Встановлення змісту "каучукових" норм – не єдина проблема, з якою можна зустрітися у застосуванні цивільно-правових норм.

Однією із можливих проблем, яка виникає на стадії вибору правової норми є усвідомлення того, що у діючому праві не існує конкретної норми, яку б можна було застосувати до певних відносин. У таких випадках говорять про прогалини у праві.

Наявність прогалин у праві пояснюється тим, що жоден нормативно-правовий акт, яким би повним він не був, не може заздалегідь передбачити всього різноманіття явищ суспільного життя, що вимагають правового регулювання.

Специфіка цивільно-правових норм, що полягає у їх дозвільній спрямованості, обумовлює особливі способи поповнення цих прогалин.

Аналіз цивільного законодавства та доктрини різних країн дає підстави для висновку, що існують декілька способів поповнення прогалин діючого цивільного законодавства.

Перший спосіб поповнення прогалин цивільного законодавства полягає у запозиченні норми з якогось іншого права, яке б мало значення допоміжного (субсидіарного) джерела права. Наприклад, відомо що у Німеччині субсидіарним джерелом права слугувало римське законодавство.

Слід зауважити, що такий спосіб усунення прогалин у праві піддавався критиці з боку окремих цивілістів. До недоліків такої системи відносили те, що вона може не усувати прогалину повністю, оскільки і у субсидіарному праві також можуть бути прогалини, причому саме із тих за вирішенням яких до нього звертаються. Крім того, зверталася увага на те, що користування різними системами права може бути не зовсім зручним, оскільки вони можуть бути побудовані на різних принципах і внаслідок цього відрізнятися одна від одної за характером.

Сьогодні цей спосіб використовується у трансформованому вигляді, оскільки у деяких країнах прогалини у праві усуваються за допомогою порівняльного права. Так, за свідченнями К. Цвайгерта та Х. Кетца практика верховних судів земель ФРН насичена рішеннями, у яких за допомогою порівняльного права усувалися неясності і прогалини у німецькому праві. Хоча порівняльне право у цих рішеннях застосовувалося у взаємозв'язку з національними засобами тлумачення. І його роль полягала у підтвердженні і підтримці результатів, досягнутих завдяки традиційним методам тлумачення.

Найбільш відомий приклад міститься у рішенні Верховного Федерального суду, у якому розвивається принцип посиленого відшкодування шкоди у випадках порушення основних прав людини. Зокрема, суд обмежив компенсацію моральної шкоди лише випадками особливо тяжкого порушення прав особи. У цій справі Федеральний суд ФРН посилався на швейцарське право, оскільки воно надає правовому захисту особи більше значення, ніж ЦК ФРН.

Інший спосіб заповнення прогалин цивільного законодавства полягає у створенні судом норм, яких не вистачає. При цьому суд керується поняттями "справедливість", "культура", "традиції", "природа речей". У деяких державах суди вимушені були застосовувати саме цей спосіб. Наприклад, у Нідерландах, коли Цивільний кодекс 1830 був оголошений недоторканим і парламент не відповідав на вимоги внести зміни до Цивільного кодексу, за винятком випадків, коли мова йшла про контракти, що являли величезний інтерес для виборців (трудовий контракт, контракти купівлі у розстрочку та оренди).

У інших державах можливість судів на власний розсуд була від самого початку закріплена у законодавстві. Яскравим прикладом такого вирішення є ст.1 Швейцарського цивільного кодексу, в силу якої "за відсутності у законі відповідного положення суд повинен вирішувати згідно норм звичаєвого права, а за відсутності звичаю – згідно правил, які він би встановив будучи законодавцем. При цьому він повинен строго слідувати загальноприйнятій доктрині і традиції".

В юридичній літературі такий спосіб заповнення прогалин у праві був абсолютно справедливо визнаний небезпечним. Зокрема, проф. Покровський писав, що "ми не станемо заперечувати існування об'єктивних начал справедливості, культури, природи речей... Але в той же час не можна заперечувати те, що зміст цих начал, навіть серед тих, хто визнає їх існування, є надзвичайно спірним. Давати це спірне у руки багатьох тисяч окремих суддів – означає не лише внести величезну невизначеність у практичну справу правосуддя, але й ризикувати самою вірою у абсолютні начала добра".

Крім того, заповнення прогалин у законодавстві можливе за допомогою застосування аналогії закону та аналогії права. Інститут аналогії відомий приватному праву ще з часів римського права: "Якщо ми не маємо писаних законів для якихось справ, то слід дотримуватися встановленого мораллю і звичаєм; а якщо цього не має для якоїсь справи, то (слід дотримуватися) найбільш близького і витікаючого з останнього (правило)..." (D. 1.3.32.).

Питання про суть і умови застосування норм за аналогією завжди широко обговорювалися у юридичній літературі. Протягом періоду від середніх віків до першої половини XIX століття найбільш поширеними були три підходи до визначення аналогії. Перший підхід зводився до ототожнення аналогії з розширеним тлумаченням. Інша точка зору полягала у тому, що аналогія є сукупністю засобів тлумачення норм, в тому числі висновки від загального до конкретного, обмежувальне тлумачення. Третій підхід полягав у тому, що під аналогією розумівся висновок за схожістю. Проте, серед прихильників цього підходу не було єдності щодо того, що у даному випадку слід розуміти під схожістю: схожість відносин, які слід врегулювати, схожість підстав застосування законів.

У другій половині XIX ст. з'явилася теорія, яка розробила поняття аналогії, що близьке до того, яке превалує у сучасній юридичній науці. Аналогія була визначена як вирішення непередбаченого діючим правом випадку на підставі норми, яка визначає схожий випадок. Якщо ця норма виражена у законі, то розповсюдження її на схожий випадок є аналогією закону, якщо вона повинна бути попередньо виведена із загальних принципів діючого права, – наявною є аналогія права. Було проведено відмінність між розширеним тлумаченням та аналогією за характером і значенням: в той час, коли розширене тлумачення, розкривши дійсну думку законодавця, розширює відповідно до неї словесний зміст норми, аналогія йде далі і застосовує норму до випадків, які не обіймаються дійсною думкою законодавця.

Слід зауважити, в Україні застосування законодавства за аналогією довгий час ґрунтувалося на ст.11 Цивільно-процесуального кодексу, яка, зокрема, зазначає, що за відсутності закону, що регулює спірні відносини, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини, а за відсутності такого закону суд виходить із загальних начал та змісту законодавства України.

Проте, положення аналогії пов'язані в основному саме із застосуванням матеріальних норм, тому положення щодо аналогії були включені до матеріальних кодексів, зокрема, до Цивільного кодексу України (ст.8), та до Сімейного кодексу України (ст.10).

Включення положень про аналогію до цих кодексів розширило її значення, оскільки раніше відповідні положення, як і всі норми Цивільно-процесуального кодексу були розраховані на застосування їх лише судом (причому судом загальної юрисдикції, оскільки Господарсько-процесуальний кодекс не містить норми щодо аналогії).

Аналіз ст.8 Цивільного кодексу дає підстави для висновку що можливість регулювання цивільно-правових відносин на підставі аналогії закону ставиться в залежність від відсутності відповідної законодавчої норми або неврегульованості певного питання договором.

Слід зазначити, що за законодавством деяких держав для застосування аналогії закону можуть застосовуватися й інші вимоги. Так, відповідно до ст.6 Цивільного кодексу Російської Федерації для застосування аналогії закону необхідно не лише відсутність відповідної законодавчої норми, але й звичаю ділового обороту. Крім того, застосування аналогії не повинно суперечити суті відносин.

Таке формулювання вимог до застосування аналогії закону, на наш погляд, є більш вдалим, оскільки воно містить додаткові обмеження судового розсуду.

Для аналогії закону у сімейному праві необхідна відсутність сімейно-правової норми або норми Цивільного кодексу (ст.8 Сімейного кодексу), яка б регламентувала спірні відносини, а також неврегульованість сімейних відносин домовленістю сторін. Крім того, застосування норм Цивільного кодексу до сімейних відносин можливе лише у тому випадку, коли це не суперечить суті сімейних відносин.

Нескладно помітити, що мова тут йде про якісну сумісність норм, що застосовуються за аналогією із доволі абстрактним поняттям як "сутність відносин".

Що розуміти під "суттю відносин"? Аналіз юридичної літератури дає підстави для висновку, що під суттю відносин можна розуміти сукупність найбільш суттєвих юридичних ознак цих відносин, що характеризують те чи інше правове явище.

Іншим різновидом аналогії є аналогія права. Аналіз норм Цивільного кодексу дозволяє зробити висновок, що її застосування можливе лише у тому випадку, коли неможливим є застосування аналогії закону. Застосування аналогій саме у такій послідовності пов'язано із прагненням законодавця встановити більш чітке правове регулювання цивільних відносин, адже при застосуванні аналогії закону межі судового розсуду обмеженіші, ніж при застосуванні аналогії права.

Цивільний кодекс також встановлює правило, згідно якого той, хто застосовує аналогію права, повинен виходити із загальних начал цивільного законодавства.

Загальні засади цивільного законодавства сформульовані у ст.3 Цивільного кодексу України. Згідно з цією статтею такими засадами є неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя фізичної особи; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, передбачених виключно законом; свобода договору; свобода підприємництва; судовий захист будь-якого цивільного права у разі його порушення; справедливість, добросовісність, розумність.

Однак, не важко помітити, що загальні начала цивільного законодавства ґрунтуються на оціночних поняттях, відтак їх зміст може змінюватися в залежності від суб'єктивних уявлень того, хто застосовуватиме аналогію права. Разом із тим, деякі з них є доволі чіткими, наприклад, неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя фізичної особи та неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, передбачених виключно законом.

Проте, не дивлячись на складнощі, які можуть виникати при використанні аналогії закону та аналогії права, закріплення можливості їх застосування важко переоцінити, оскільки вони дозволятимуть врегулювати нетипові цивільні відносини і гарантуватимуть учасникам цивільно-правового обороту, що їх відносини будуть вирішені у рамках цивільного права.



## ПРАВО КОЛЕКТИВНОЇ ВЛАСНОСТІ ЧИ ПРАВО ВЛАСНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

*Ю. Ушакова*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

На особливу увагу сьогодні заслуговує розгляд та дослідження проблеми права колективної власності. Сьогочасний період є переломним в історії українського суспільства, воно перетворюється на постіндустріальне. В такому суспільстві, як зазначає Я.М. Шевченко, інакше будуються суспільні відносини, іншою є орієнтація людини на суспільні явища, по-новому визначається і роль права власності. Це зумовлює поступове вдосконалення законодавства. Передбачається відмова від права колективної власності, яке закріплено в Законі України "Про власність" та утвердження права приватної власності, суб'єктами якої є фізичні та юридичні особи.

Мета та завдання цього дослідження полягають у визначенні можливості існування права колективної власності на підставі аналізу наукових праць з зазначеної проблеми.

Слід зазначити, що проблемі права колективної власності в літературі присвячено чимало уваги. У різні періоди часу вагомий внесок у вивчення цієї проблеми внесли такі відомі вчені як Ю.С. Шемшученко, Я.М. Шевченко, І.В. Спасибо-Фатєєва, В.І. Семчик, О.В. Дзера, О.А. Підпригора, П.А. Чеберяк та ін. Зокрема, проблеми права колективної власності обговорювались юристами-науковцями в процесі роботи "круглих столів" 30 листопада 1995 року, 23-24 квітня 1998 року, на науково-практичній конференції "Трансформування відносин власності – основа розвитку підприємництва в Україні" в грудні 1996 року. Ця проблема розглядалась і в монографіях "Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності", "Право власності в Україні" та ін.

Разом з тим, слід відзначити, що проблема права колективної власності залишається дискусійною. Є як противники права колективної власності, які доводять, що такий вид власності виявив свою неефективність, так і прихильники, що вбачають в праві колективної власності органічну форму власності нашої економіки.

Діюче "ще вчора" законодавство України про власність ґрунтувалось на Цивільному кодексі, який був введений в дію 1 січня 1964 року і Законі України "Про власність", який вступив в дію з 26 березня 1991 року.

Пункт 4 статті 2 Закону України "Про власність" був викладений у такій редакції: "Власність в Україні виступає в таких формах: приватна, колективна, державна. Всі форми власності є рівноправними."

Конституція України 1996 року визначає право приватної власності, право державної та комунальної власності. Право колективної власності Конституцією України не закріплено.

Від дефініції "право колективної власності" відмовились і автори нового Цивільного кодексу України. Новий Цивільний кодекс виділяє право власності Українського народу, право приватної власності, суб'єктами якої є фізичні та юридичні особи, право державної власності та право комунальної власності.

Слід зазначити, що на відміну від Закону України "Про власність" та Цивільного кодексу 1964 р., Конституція України та новий Цивільний кодекс виходили не з принципу розмежування форм власності, а з принципу поділу суб'єктів права власності.

Особливо гостро поняття колективної власності та його суб'єктивного складу критикували О.А. Пушкін, Я.М. Шевченко, О.В. Дзера, О.А. Підпригора, І.В. Спасибо-Фатєєва, О.М. Бандурка. Вони прямо висловлювались проти подальшого збереження в законодавстві категорії "колективна форма власності".

Свою позицію вони обґрунтовують наступним чином. Зокрема, Я.М. Шевченко вважає, що колектив сам по собі неспроможний виступати суб'єктом правовідносин власності. Він як суб'єкт є аморфним, без єдиної волі та єдиного інтересу, спрямованою на володіння, користування і розпорядження майном, що становлять правомочності права власності. Колектив складається з сукупності людей як окремих одиниць, що беруть участь в управлінні колективним підприємством,

але це управління є лише виконанням управлінсько-організаційних функцій, а не пануванням над річчю, привласненням її, з якими пов'язане право власності.

У кожному разі, як зазначає професор, жодна з одиниць-членів колективу не володіє, не користується й не розпоряджається, наприклад, усім будинком, де розміщене підприємство, чи господарськими спорудами. Такі правомочності здійснює юридична особа створеного окремими людьми господарського товариства, колективного підприємства. Отже, тільки юридична особа і є суб'єктом права власності.

Професор О.В. Дзера вважає, що законодавча конструкція колективної власності дає підстави для її ототожнення із спільною власністю, оскільки, з одного боку, власником майна визнається юридична особа, а з іншого, – колектив орендарів, трудовий колектив, засновники, учасники чи інші особи, які утворили цю юридичну особу або є її членами. Фактично такою конструкцією, на його думку, утверджується концепція подвійного і навіть потрійного власника, що є неприпустимим.

Професор О.А. Підпригора також вважає, що колективна власність – це не що інше, як спільна власність певного числа суб'єктів.

За подальше збереження конструкції права колективної власності висловлювалися Г.В. Пронська, В.І. Семчик, Ц.В. Бичкова.

Так Г.В.Пронська вважає, що мова йде лише про зміну термінології. З юридичної точки зору, право власності юридичної особи нічим, крім назви, не відрізняється від права колективної власності. Термін "колективна власність" при всій його умовності, на її думку, краще відображає глибинний соціально-економічний зміст відповідних відносин. Адже фігура юридичної особи – це юридична абстракція, яка має певний людський субстрат, у даному разі – колектив осіб, щонайменше двоє, які засновують юридичну особу, створюють її майно, формують її органи і через них управляють нею.

Професор В.І. Семчик піддав критиці розробників проекту нового Цивільного кодексу України за заміну права колективної власності на право власності юридичних осіб. На його думку, термін "право колективної власності" саме і визнає право юридичної особи, заснованої, створеної групою, колективом фізичних осіб. Згідно зі статтею 6 Закону України "Про власність" кожний власник має право створити підприємство і визнається його власником. При такому розумінні трудовий колектив, який створив підприємство за власні кошти, ототожнюється з юридичною особою і цілком правомірно визнається суб'єктом права колективної власності.

Таким чином, проаналізувавши погляди науковців з зазначеної проблеми, можна зробити такі висновки:

1. На мою думку, виправданою є відмова від поділу на форми власності в новому Цивільному кодексі. Адже, по-перше, форми власності це суто економічна, а не правова категорія, а по-друге, це унеможливить виникнення парадоксів та спірних питань, які виникають на підставі ще діючого сьогодні Закону України "Про власність". А саме, стаття 3 цього Закону проголошує, що суб'єктами права власності в Україні є: народ України, громадяни, юридичні особи та держава. Стаття 20 цього ж Закону суб'єктами права колективної власності визнає трудові колективи державних підприємств. На це влучно звернув увагу П.А. Чеберяк. Він правильно, на мою думку, підкреслив, що трудовий колектив не є юридичною особою, а тому не може бути суб'єктом цивільних правовідносин і, отже, суб'єктом права власності.

2. Погоджуючись з поглядами професора Я.М. Шевченко, я вважаю правильною відмову в новому Цивільному кодексі від права колективної власності. Адже, колектив – це є сукупність осіб, як фізичних так і юридичних. Стаття 21 Закону України "Про власність" однією з підстав виділяє добровільне об'єднання майна фізичних та юридичних осіб для створення кооперативів, акціонерних товариств, інших господарських товариств і об'єднань. Таким чином, зі змісту зазначеної статті випливає, що при об'єднанні майна кількох осіб, що перебуває у приватній власності при створенні підприємства змінюється форма власності з приватної на колективну. Однак відповідно до статті 12 Закону України "Про господарські товариства", товариство є власником майна, переданого йому засновниками і учасниками у власність. Тому при створенні господарського товариства та при перетворенні державного підприємства у відкрите акціонерне товариство засновник передає майно у статутний фонд підприємства. Власником майна у цьому разі виступає юридична особа, а засновник є власником акцій чи частки даного товариства. Правомочності власника: володіння, користування і розпорядження здійснює не кожен окремо член колективу, не колектив як певна цілісність, а юридична особа.

3. Правильною на мою думку є позиція професора О.А. Підпригори, що колективна власність – це не що інше, як спільна власність певного числа суб'єктів. Адже виходячи з того, що колектив – це сукупність членів, кожен з яких вніс певне майно для створення, наприклад, кооперативу, тобто кожен член має певну долю в спільному майні колективу. Таким чином, колективна власність не що інше як спільна власність.

4. Важливими є зауваження професора О.В. Дзери. Справді, стаття 20 Закону України "Про власність" утворює концепцію подвійного власника, визнаючи суб'єктами права колективної власності і трудовий колектив, і колективне підприємство, як юридичну особу.

Отже, проаналізувавши різні точки зору науковців, розробників нового Цивільного кодексу щодо концепції права колективної власності слід зазначити, що новий Цивільний кодекс, який базується на конституційних положеннях обґрунтовано відступає від такої форми власності як колективна. Адже, право власності в колективному підприємстві, в господарському товаристві має юридична особа. Без отримання статусу юридичної особи ніякий колектив не може бути власником і не може здійснювати право власності.

## ДЕРЖАВНЕ ЗАМОВЛЕННЯ ЯК ЗАСІБ РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

*М. Колонтирська*

*Рівненський державний гуманітарний університет*

Головним регулятором ринкової економіки є ринок, який за допомогою економічних законів попиту і пропозиції визначає розвиток суспільного виробництва. Ринок впливає на інтереси підприємців, змушуючи їх покращувати виробництво та якість товару. Ринок сприяє розвитку конкуренції, що призводить до зменшення витрат на виробництво і відповідно ціни продукції. А тому, економічні інтереси є значно кращим засобом впливу на економіку, аніж директивні накази держави, які в умовах адміністративно-командної системи виступали головним способом впливу на економіку.

Проте, при будь-якій ринковій моделі постає питання про необхідність державного впливу на економіку. Особливо гостро це питання постало після перших років переходу до ринку, коли різко заперечувався плановий вплив на економіку, а практика виявила, що багато суспільно-значимих завдань неможливо вирішувати поза державно-правовим механізмом.

І тут необхідно відзначити, що необхідність державного впливу на економіку визнається в усіх розвинутих правових системах. Державне регулювання спрямовується насамперед на охорону публічних інтересів. Приватні інтереси захищаються в умовах ринку тоді, коли вони стикаються із публічними, а також за допомогою судової системи при вирішенні цивільно-правових спорів.

В Україні необхідність державного впливу визначається як мінімум наступними суспільними потребами: забезпеченням державних потреб у певній продукції, захистом оточуючого середовища, забезпеченням безпеки і оборони країни, формуванням державного бюджету, забезпеченням зайнятості населення, збереженням правопорядку у зовнішньоекономічній діяльності. Для виконання цих завдань держава використовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності. І одним із основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є державне замовлення.

Відповідно до ст.1 Закону України "Про поставки продукції для державних потреб" від 22 грудня 1995 року: державне замовлення – це засіб державного регулювання економіки шляхом формування на контрактній (договірній) основі складу та обсягів продукції, необхідної для державних потреб, розміщення державних контрактів на її поставку (закупівлю) серед підприємств, організацій та інших суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності.

Отже, основою формування державного замовлення є державні потреби. Державні потреби – це потреби України в продукції, необхідній для розв'язання соціально-економічних проблем, підтримки обороноздатності країни та її безпеки, створення і підтримки на належному рівні державних матеріальних резервів, реалізації державних і міждержавних цільових програм, забезпечення функціонування органів державної влади, що утримуються за рахунок Державного бюджету України.

Потреби у певній продукції визначаються конкретним державним замовником, виходячи із різноманітних програм економічного та соціального розвитку України. І уже на підставі державної потреби у певній продукції та в межах коштів, які можуть бути спрямовані на її забезпечення, Кабінет Міністрів України щорічно формує державне замовлення, як акт державного органу, що вказує на обсяги та структуру продукції і на підставі якого укладатимуться договори поставки продукції для державних потреб. А тому, можна зробити висновок про плановий характер державного замовлення.

І тут необхідно відзначити, що в літературі існує точка зору, яка заперечує можливість і необхідність планування в умовах ринку. Однак більшість економістів підкреслюють, що з ринковими відносинами не поєднується тільки директивно-централізоване планування, яке мало місце в СРСР.

Одним із найсуттєвіших принципів планування в умовах ринку є його демократизм, оскільки замість централізованого планування, яке здійснювалось за принципом "зверху-донизу", така система планування побудована на підставі консультувань та узгоджень з замовниками конкретної продукції. А з метою забезпечення комплексного економічного розвитку на території України, планування як форма державного впливу на економіку дозволяє чітко окреслити державні потреби і засоби, необхідні на їх вирішення.

При визначенні суті державного замовлення необхідно врахувати, що в сучасній економічній літературі державне замовлення іноді розглядається як форма прямого впливу на обсяги, структуру та напрямки розвитку ринку, і в такому випадку під замовленням розуміють "державне завдання фірмі на виконання визначеного виду продукції в регламентовані строки і у визначених розмірах". Однак, державне замовлення не слід розглядати як "завдання", оскільки завданням воно може бути лише по відношенню до державних підприємств. А в умовах ринку, державне замовлення повинно використовуватись як основа для добровільної угоди між державою-замовником і суб'єктами господарювання як виконавцями.

У нашому законодавстві обов'язковий характер державного замовлення, відповідно до п.8 ст.2 Закону України "Про поставки продукції для державних потреб" передбачено для виконавців, заснованих повністю чи частково на державній власності, а також для суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності – монополістів на відповідному ринку продукції. Запровадження такого обов'язку зумовлене тим, що основне призначення державних підприємств – забезпечення державних потреб, а підприємства-монополісти зобов'язані приймати до виконання державне замовлення в силу того, що тільки вони є виробниками продукції, яка необхідна для виконання державних програм.

Окрім того, суб'єкти, які брали участь у формуванні державного замовлення і були визначені як державні замовники є відповідальними за задоволення державних потреб у певній продукції і не вправі відмовитись від укладення договорів поставки продукції для державних потреб. А для інших суб'єктів господарської діяльності – виконання державного замовлення є цілком добровільним.

Добровільний характер державного замовлення проявляється в тому, що на його підставі вільно, на ринковій основі укладається договір поставки продукції для державних потреб. В цьому договорі визначаються усі умови взаємодії сторін. До виконавців жодні обов'язкові завдання не доводяться. Вибір виконавців здійснюється шляхом проведення конкурсу, що забезпечує прозорість та вибір найкращої пропозиції.

Таким чином, в період становлення ринкових відносин, наша держава повинна створити дієвий механізм державно-правового регулювання суспільних відносин, спрямований на забезпечення як суспільних так і приватних інтересів. Основу цього механізму повинно становити державне замовлення, яке є наслідком планування економічного та соціального розвитку України і має на меті стимулювання господарської діяльності. Державне замовлення має використовуватись як основа для добровільної угоди між державою-замовником і суб'єктами господарювання як виконавцями, що має на меті забезпечення державних та суспільних потреб.

**ДІЛОВА РЕПУТАЦІЯ ЯК ОБ'ЄКТ  
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ*****О. Ярешко****Гуманітарний університет ЗІДМУ*

З розвитком ринкових відносин суб'єкти господарювання, політичні діячі та широке коло громадськості взагалі, усе частіше звертаються до судових та інших державних органів за захистом гарантованого законодавством права на недоторканість ділової репутації. І хоча даний інститут відомий українському законодавству порівняно нетривалий час, проблеми в правозастосовчій практиці диктують необхідність регламентації та визначення як самого поняття "ділова репутація" так і "права на недоторканість ділової репутації".

Загальна декларація прав людини 1948 року, Конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 року, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 року – усі ці міжнародні документи, ратифіковані Україною, стоять на сторожі захисту репутації кожної людини.

З прийняттям у 1991 році Основ цивільного законодавства Союзу РСР і республік, у вітчизняну правову науку та практику вводиться новий термін та об'єкт захисту – ділова репутація. Відповідно, у 1993 році зазнає змін стаття 7 Цивільного кодексу Української РСР, яка викладається в новій редакції. Частина перша вказаної статті визначає, що громадянин або організація вправі вимагати по суду спростування відомостей, що не відповідають дійсності або викладені неправдиво, які порочать їх честь, гідність чи ділову репутацію або завдають шкоди їх інтересам, якщо той, хто поширив такі відомості, не доведе, що вони відповідають дійсності.

Поєднання в законодавстві різних за своїм змістом понять, таких як "честь", "гідність" та "ділова репутація", відсутність визначення поняття "ділова репутація" в Цивільному кодексі України, регламентація охорони ділової репутації лише в аспекті розповсюдження відомостей, що не відповідають дійсності – ці та інші чинники викликають теоретичні та практичні неузгодженості та проблеми.

В "Тлумачному словнику української мови" (за редакцією А. Івченко) під "репутацією" розуміється загальна думка, що склалася про когось або щось, а під "діловий" – 1) який зв'язаний зі службовою діяльністю, роботою; 2) який знає і розуміє справу; 3) який властивий зайнятій людині; 4) зайнятий практичною стороною справи, пов'язаною з матеріальною вигодою.

Виходячи з наведених тлумачень, можна зробити висновок, що ділова репутація – це благо, яке набувається особою в результаті здійснення нею професійної, суспільно – корисної діяльності чи роботи, яка може принести певну матеріальну вигоду (очікувану чи неочікувану). З об'єктивної точки зору, ділова репутація – це громадська оцінка вказаної діяльності та особи, що її здійснює.

В літературі наводяться точки зору, за яких під діловою репутацією розуміється оцінка лише господарської чи підприємницької діяльності суб'єкта. Вважаємо, що дане положення необґрунтовано звужує коло суб'єктів, які набувають ділову репутацію та які мають право звернутися до суду за захистом їх порушеного права на недоторканість ділової репутації. Ми підтримуємо позицію, що ділова репутація набувається внаслідок здійснення будь-якої суспільно – корисної діяльності, в тому числі службової, професійної, господарської, тощо, як фізичними так і юридичними особами. І дана діяльність не обов'язково повинна бути здійснювана з метою отримання прибутку чи іншої матеріальної вигоди.

У Порядку експертної оцінки нематеріальних активів, затвердженому наказом Фонду державного майна України та Державного комітету з питань науки і технологій від 27 липня 1995 року, встановлюється, що до нематеріальних активів підприємства відноситься гудвіл (ділова репутація) – комплекс заходів, спрямованих на збільшення прибутку підприємств без відповідного збільшення активних операцій, включаючи використання кращих управлінських здібностей, домінуючу позицію на ринку продукції (робіт, послуг), нові технології. Наведене визначення сформульовано з огляду на положення Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" від 28.12.1994 року. Та слід зазначити, що Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" не отожднює два поняття – "гудвіл" та "ділова репутація". За Законом України "Про оподаткування прибутку підприємств" гудвіл – це нематеріальний актив, вартість якого визначається як різниця між

балансовою вартістю активів підприємства та його звичайною вартістю як цілісного майнового комплексу, що виникає внаслідок використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів (робіт, послуг), нових технологій тощо.

Враховуючи те, що економісти вже визначились з регламентацією, відображенням гудвілу в бухгалтерській документації та його оцінкою, варто розглянути основні ознаки гудвілу з правової та економічної точки зору.

В Положенні (стандарті) бухгалтерського обліку 19, затвердженому наказом Міністерства фінансів України від 7 липня 1999 року зазначається, що гудвіл – це перевищення вартості придбання над часткою покупця у справедливій вартості придбаних ідентифікованих активів та зобов'язань на дату придбання. Однією з груп, за якими ведеться бухгалтерський облік нематеріальних активів, є гудвіл. Облік позитивного гудвілу ведеться на субрахунку 126 "Гудвіл" рахунка 12 "Нематеріальні активи". Облік негативного гудвілу ведеться на субрахунку 19 "Негативний гудвіл". Позитивний гудвіл має місце у випадку, якщо на дату придбання вартість придбання фактично перевищує справедливу, оцінку вартість чистих активів. Гудвіл – це ціна, яку сплачує покупець за успішне підприємство понад його оцінку вартість в очікуванні майбутніх економічних вигод. Проте, при придбанні підприємства може скластися і протилежна ситуація, коли при придбанні підприємства вартість чистих активів перевищує вартість фактично сплачену покупцем. Мова йде про збиткове підприємство, що має негативну ділову репутацію.

Ми підтримуємо точку зору, за якою гудвіл та ділова репутація є взаємопов'язаними, проте нетотожними поняттями, і гудвіл розглядається як загальне, а ділова репутація – як часткове по відношенню до нього.

Гудвіл – це капітал фірми, що формується за рахунок:

- ділової репутації підприємства;
- сприятливого місцезнаходження фірми, підприємства;
- торгових марок, фірмових знаків;
- авторських прав;
- виключних прав на використання корисних ресурсів;
- секретних методів та технологій виробництва, патентів та ліцензій, інше.

У свою чергу ділова репутація як складова гудвілу характеризується такими елементами як: особиста репутація керівників і працівників, що здійснюють контакти з суб'єктами зовнішнього середовища підприємства; висока кваліфікація і талант персоналу у фінансовій сфері, виробничій галузі, наукових дослідженнях і розробках, маркетингу, продажах, сервісному обслуговуванні; досягнення в галузі організації ринку підприємства; кваліфікація і прояв особистих якостей персоналу або власників у таких галузях, як організація роботи персоналу, менеджмент, стосунки з клієнтами, відмінності і переваги у використовуваних методах організації діяльності підприємства; наявність клієнтури, прихильність покупців до торгової марки, що зумовлено конкурентноспроможністю продукції, досягнутою завдяки дії великої кількості причин; подолані стартові труднощі, бар'єри входження в ринок.

Ділова репутація, як і гудвіл може бути як позитивною, так і негативною. Проте, активом підприємства, цінним надбанням особи, що здійснює суспільно-корисну діяльність та об'єктом цивільно-правової охорони та захисту є позитивна ділова репутація.

Корисним, на нашу думку, в аспекті регулювання та захисту ділової репутації, є порядок обліку та оцінки гудвілу. Розроблені та застосовувані методики щодо гудвілу є прийнятними для застосування щодо ділової репутації, адже ці поняття є хоч і не тотожними, але поєднаними.

Способами неправомірного використання ділової репутації, за Законом України "Про захист від недобросовісної конкуренції" від 07.06.1996 року є:

- неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки;
- неправомірне використання товару іншого виробника;
- копіювання зовнішнього вигляду виробу;
- порівняльна реклама.

На нашу думку, ці способи більше стосуються незаконного використання гудвілу, проте їх здійснення без сумніву потягне за собою негативні наслідки у вигляді порушення права на недоторканість ділової репутації та відшкодування моральної та майнової шкоди.

## DOBRA SŁAWA OSÓB PRAWNYCH

*K. Dębińska*

Kluczowe miejsce w literaturze prawniczej i orzecznictwie zajmuje ochrona czci. Samo pojęcie czci szerokie w swej treści może być rozumiane jako dobre imię, dobra sława, reputacja, honor bądź godność osobista. Cześć osoby prawnej jako jednostki organizacyjnej, z natury odmiennej od osoby fizycznej, nie może być utożsamiana z czią osoby fizycznej ponieważ pod identycznie brzmiącymi określeniami kryją się odmienne byty. Dlatego w praktyce dla osób prawnych rezerwuje się określenie dobrej sławy.

Dobra sława to pojęcie, które należy do kręgu dóbr osobistych osób prawnych i doznaje ochrony na podstawie art. 43 kodeksu cywilnego. Treść wskazanego artykułu stanowi, iż przepisy o ochronie dóbr osobistych osób fizycznych stosuje się odpowiednio do osób prawnych. W prawdzie przytoczony artykuł nie wymienia żadnego z dóbr osobistych, jakie mogą przysługiwać osobom prawnym zmuszając do dokonywania ich normalizacji przez praktykę i naukę prawa, to jednak w piśmiennictwie polskim nie podnoszono wątpliwości, co do tego że cześć jako dobro osobiste może przysługiwać także osobom prawnym.

W opracowaniach cywilistycznych przyjmuje się podział czci człowieka na cześć zewnętrzną (dobre imię) i cześć wewnętrzną (godność osobistą) Analogiczne rozróżnienie spotykamy na gruncie prawa karnego. Artykuł 212 kodeksu karnego przewiduje przestępstwo zniesławienia (pomówienia), które stanowi naruszenie czci zewnętrznej nie tylko poszczególnych osób fizycznych, ale także grup osób, instytucji, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej. Z kolei art.216 kodeksu karnego przewiduje przestępstwo zniewagi, które skierowane jest przeciwko czci wewnętrznej (godności osobistej), osób fizycznych. Takie rozwiązanie wydaje się być słusznym bowiem jedynie człowiek z racji swego człowieczeństwa korzysta z ochrony czci wewnętrznej (godności osobistej).

Dobra sława osoby prawnej w praktyce rozumiana jest jako ogół pozytywnych wyobrażeń i ocen na temat danej osoby, dlatego istotne znaczenie w tym wymiarze ma ochrona wypracowanego potencjału. W specyficznej sytuacji znajdują się osoby prawne, którym dobrej sławy brakuje, bowiem cieszą się złą reputacją. Ich położenie trudno pogorszyć przez wyrażanie jakichś ocen czy wypowiedzi, stąd wątpliwym jest przyznanie im ochrony prawnej. Problematyka tego zagadnienia dotyczy także przedmiotu ochrony dobrej sławy nowo powstałych osób prawnych, których konto w tym zakresie jest zerowe. Zdaniem Janusza Koczanowskiego ochrona dobrej sławy powinna polegać nie tylko na poszanowaniu rzeczywistej pozycji osoby prawnej w danej społeczności, ale także na konieczności zagwarantowania jej w przyszłości możliwości realizowania przypisanych funkcji.

Zasadniczy podział osób prawnych przebiega między tymi, które prowadzą działalność gospodarczą i wszystkimi innymi podmiotami tego typu. Stąd dobra sława ma ogromne znaczenie zarówno dla osób prawnych, które prowadzą działalność gospodarczą jak również dla podmiotów które takiej działalności nie prowadzą. Ochrona dobrej sławy osób prawnych powinna zatem służyć zapewnieniu prawidłowej realizacji ich funkcji. W wypadku osób prawnych zajmujących się działalnością gospodarczą są to przede wszystkim funkcje gospodarcze.

Wśród dawnych kupców funkcjonował pewien kodeks uczciwego postępowania, który budował prestiż tego zawodu. W obecnej dobie podejmowane są także różne próby upowszechnienia etyki zawodowej ludzi interesu. Pojęcia takie jak lojalność, uczciwość, wiarygodność pewność obrotu korespondują z dobrą sławą podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Nic bowiem nie działa bardziej dyscyplinująco niż własna, środowiskowa, korporacyjna ze swej natury dobra opinia.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż naruszenie dobrej sławy osoby prawnej może wystąpić w dwóch postaciach. Poprzez rozpowszechnianie informacji o faktach bądź poprzez wyrażanie ocen. Naruszenia dobrej sławy może zaistnieć także wyniku, kumulacji wskazanych sposobów, które polegać będą na rozpowszechnianiu informacji połączonej z oceną. Rozpowszechniane wiadomości o faktach może mieć postać określonych zdarzeń, zjawisk, stanów rzeczy, czynów, które poprzez weryfikację z obiektywną rzeczywistością będą miały charakter prawdziwości bądź fałszu. Inny wymiar mają natomiast oceny, których nie sposób kwalifikować w kategoriach prawdziwości bądź fałszu. Na tej płaszczyźnie można mówić o trafności bądź nietrafności ocen.

W orzecznictwie znajdują potwierdzenie przypadki, które stanowią połączenie informacji o faktach z wypowiedziami typu ocenego. W tym zakresie należy wymienić wyrok z dnia 14 listopada 1986 roku



(II CR 259/86, OSNCP 2/88, poz. 40) w sprawie naruszenia dobrej sławy uczelni muzycznej. Punktem wyjścia dla rozważań Sądu Najwyższego był pełen ostrej krytyki artykuł na temat poziomu i dydaktycznych metod nauczania. Artykuł ten wzbudził polemikę prasową pomiędzy dziekanem jednego z wydziałów, a dziennikarzem, który posłużył się w swym artykule dosadnymi ocenami i sformułowaniami typu "szkółka", "uczniacy", "bezbarwna studencka brać". Sąd Najwyższy w tezie podkreślił, że "dobra osobiste osób prawnych – to wartości niemajątkowe, dzięki którym osoba prawna może funkcjonować zgodnie ze swym zakresem działań (art.43 w związku z art.23 k.c.). Szkoła Wyższa może należycie wypełniać powierzone jej zadania dydaktyczno – wychowawcze polegające na kształceniu i wychowywaniu młodzieży, tylko wówczas, gdy dysponuje odpowiednio wysokim autorytetem wychowawczym i moralnym". Sąd Najwyższy uznał, że krytyka była nierzeczowa, poparta nierzetelnymi informacjami, stąd działanie dziennikarza wykazywało znamiona umyślnego naruszenia dobrej sławy uczelni.

Między dobrą sławą, a oznaczeniami indywidualizującymi osobę prawną (nazwa, firma, znak towarowy) istnieje ścisły związek. Często bywa tak, że naruszenie dobra osobistego w zakresie dobrej sławy jest połączone z naruszeniem dóbr osobistych obejmujących oznaczenia indywidualizujące. Dzieje się tak bowiem oznaczenia indywidualizujące osoby prawne, które zaistniały w danej społeczności wywołują określone wyobrażenia, oceny, oczekiwania jak i obawy.

Sąd apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z 19 grudnia 1995 roku (I Acr 10013/95, OSP 1997, nr4, s.59) wypowiedział pogląd że "renoma przedsiębiorstwa rozumiana jako ogół pozytywnych wyobrażeń i ocen konsumentów o wyrobach tego przedsiębiorstwa, może być traktowana jako dobro osobiste osób prawnych, do którego mają zastosowanie, poprzez art.43 k.c., dyspozycje art.23 i 24 k.c. Te bowiem wartości niemajątkowe, dzięki którym osoba prawna może funkcjonować w obrocie zgodnie ze swoim zakresem działania są jej dobrami osobistymi”.

Zmiany w sferze stosunków społeczno – gospodarczych jakie zaistniały w ostatnim dziesięcioleciu w Polsce zaowocowały między innymi szeregiem procesów sądowych o ochronę dóbr osobistych osób prawnych, związanych głównie z naruszeniem oznaczeń indywidualizujących i dobrej sławy. Z pewnością kolejne lata przyniosą dalszy wzrost praktycznego znaczenia problematyki dotyczącej dóbr osobistych osób prawnych, a to z tej racji, że osoby prawne są podmiotami bardzo różnorodnymi. Owa różnorodność wynika z bogactwa celów i funkcji, jakie poszczególne typy osób pranych realizują.

## КОМПЛЕКСНІ ВИРОБНИЧІ ЗОНИ У СКЛАДІ ВЕЗ В УКРАЇНІ

*О. Буткевич*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

З метою залучення інвестицій, активізації підприємницької діяльності для нарощування експорту товарів і послуг, поставок на внутрішній ринок високоякісної продукції та послуг, залучення і впровадження нових технологій, ринкових методів господарювання та для інших цілей, визначених чинним законодавством, в Україні створюються вільні економічні зони (далі – ВЕЗ).

Сьогодні в Україні функціонує 11 ВЕЗ: "Донецьк", "Азов", "Інтерпорт Ковель", "Порт Крим", "Порто-франко", "Рені", "Закарпаття", "Курорттополіс Трускавець", "Славутич", "Яворів", "Миколаїв". Кожна з зазначених ВЕЗ має свою специфіку діяльності. Така специфіка залежить від різних факторів: географічне положення, конфігурація та розмір території, на яку поширюється ВЕЗ; наявність виробничих та інших ресурсів, особливості природних умов; цілі, які ставляться перед ВЕЗ; вид господарської діяльності, дозволений державою у економічній зоні та ін.

Закон України від 13 жовтня 1992 р. "Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон" визначає, що на території України можуть створюватись спеціальні (вільні) економічні зони різних функціональних типів: вільні митні зони і порти, експортні, транзитні зони, митні склади, технологічні парки, технополіси, комплексні виробничі зони, туристсько-рекреаційні, страхові, банківські. Це не вичерпний перелік, в країні можуть створюватися і інші типи ВЕЗ. Крім того, законодавець вказує, що окремі зони можуть поєднувати в собі функції, властиві різним типам ВЕЗ.

В Постанові Кабінету Міністрів України від 14 березня 1994 р. "Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні" законодавець дає загальну характеристику ВЕЗ та їх класифікацію.

Постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 1999 р. "Про заходи щодо створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон і територій із спеціальним режимом інвестиційної діяльності" визначено основні вимоги, які необхідно враховувати під час формування кожного окремого типу ВЕЗ.

Уявляється, що окремого розгляду потребує такий тип ВЕЗ як комплексні виробничі зони, який виділяється залежно від господарської спрямованості та економіко-правових умов діяльності ВЕЗ.

Комплексні виробничі зони – частина території держави, на якій запроваджується спеціальний (пільговий податковий, валютно-фінансовий, митний тощо) режим економічної діяльності з метою стимулювання підприємництва, залучення інвестицій у пріоритетні галузі господарства, розширення зовнішньоекономічних зв'язків, запозичення нових технологій, забезпечення зайнятості населення. Вони можуть мати форму експортних виробничих зон, де розвивається насамперед експортне виробництво, орієнтоване на переробку власної сировини та переважно складальні операції, та імпортоорієнтованих зон, головною функцією яких – розвиток імпортозамінних виробництв.

Постановою Кабінету Міністрів України від 14 березня 1994 р. "Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні" крім визначення комплексних виробничих зон також передбачені критерії вибору розміщення такого типу ВЕЗ:

- базовий виробничий потенціал;
- забезпеченість об'єктами виробничої та соціальної інфраструктури;
- наявність відповідних природних і трудових ресурсів, необхідної кваліфікації або відносного надлишку трудових ресурсів (незайнятого у суспільному виробництві населення);
- зацікавленість іноземних інвесторів у фінансуванні того чи іншого виробництва.

У вказаній постанові Кабінету Міністрів України з урахуванням певних географічних умов визначено окремі регіони України, в яких доцільно створювати комплексні виробничі зони відповідної спеціалізації. Зокрема у Львівській, Закарпатській, Чернівецькій, Київській області можливе створення експортно-виробничих зон з орієнтацією на випуск продукції точного машинобудування, меблів, виробів легкої промисловості. У південних областях України доцільно організувати зони, спеціалізовані на випуску товарної руди, вугілля, продукції хімічної промисловості. Північні,

центральної області України можуть орієнтуватися на випуск хімічних волокон, окремих видів продукції машинобудування, будівельних матеріалів, в тому числі на обробку граніту.

Постанова Кабінету Міністрів України від 24 вересня 1999 р. "Про заходи щодо створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон і територій із спеціальним режимом інвестиційної діяльності" не згадує такого типу ВЕЗ як комплексні виробничі зони. Але зазначеним нормативно-правовим актом передбачаються торговельно-виробничі зони, які відсутні у переліку постанови Кабінету Міністрів України від 14 березня 1994 року, і встановлюються вимоги, які повинні враховуватися при створенні таких зон. Це, зокрема:

- сприятливе географічне розташування;
- наявність або близькість мереж комунікацій,
- достатній ресурсний потенціал (природні та трудові ресурси),
- наявність виробничої бази відповідної спеціалізації,
- забезпеченість об'єктами виробничої та соціальної інфраструктури.

Порівнявши та проаналізувавши критерії створення комплексних виробничих зон та торговельно-виробничих зон, приходимо до висновку, що зазначені критерії співпадають. Тобто комплексні виробничі зони і торговельно-виробничі зони мають спільні критерії, які повинні прийматись до уваги при створенні цих типів ВЕЗ в Україні. Спільність критеріїв свідчить про збіг змісту, отже виходить, що торговельно-виробничі зони – це лише нове найменування, яке дано Постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 1999 р. "Про заходи щодо створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон і територій із спеціальним режимом інвестиційної діяльності" комплексним виробничим зонам.

Деякі дослідники проблематики ВЕЗ, виділяючи такий тип ВЕЗ як торгово-виробничі зазначають, що це вільні економічні зони, які створюються з метою стимулювання підприємництва, залучення інвестицій у пріоритетні галузі господарства, розширення зовнішньоекономічних зв'язків і забезпечення зайнятості населення та існують у формі експортоорієнтованих або імпортоорієнтованих. Порівнявши це положення з визначенням комплексних виробничих зон Постановою Кабінету Міністрів України від 14 березня 1994 р. "Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні", приходимо до висновку, що мова йде про один і той же тип ВЕЗ.

Враховуючи все вищезазначене можна зробити висновок, що торговельно-виробничі та комплексні виробничі зони – це один тип ВЕЗ, який іменується порізно в постанові Кабінету Міністрів від 14 березня 1994 р. "Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні" та постанові Кабінету Міністрів України від 24 вересня 1999 р. "Про заходи щодо створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон і територій із спеціальним режимом інвестиційної діяльності". А тому, на нашу думку, критерії створення торговельно-виробничих зон в Україні, встановлені Постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 1999 р. "Про заходи щодо створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон і територій із спеціальним режимом інвестиційної діяльності" мають застосовуватись і до комплексних виробничих зон, визначення яким дає постанова Кабінету Міністрів України від 14 березня 1994 р. "Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні".

Вважаємо, що застосування в нормативно-правових актах різних термінів щодо визначення одного й того ж явища приводить до хибної думки, що комплексні виробничі зони та торговельно-виробничі зони це різні типи ВЕЗ. З метою усунення подвійної термінології необхідно, на нашу думку, внести зміни в чинне законодавство і залишити один термін для визначення даного типу ВЕЗ. Враховуючи, що стаття 3 Закону України від 13 жовтня 1992 р. "Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон" містить саме термін "комплексні виробничі зони" а не "торговельно-виробничі", пропонуємо внести зміни в зазначену вище постанову Кабінету Міністрів від 24 вересня 1999 р. "Про заходи щодо створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон і територій із спеціальним режимом інвестиційної діяльності", замінивши термін "торговельно-виробничі зони" терміном "комплексні виробничі зони".

Класифікація ВЕЗ та чітке визначення типів вільних економічних зон має велике значення як при вирішенні питання на якій території і якого типу створювати ВЕЗ, так і при функціонуванні створеної ВЕЗ. Тому, вважаємо, що усунення різної термінології в чинному законодавстві щодо визначення одного типу ВЕЗ буде сприяти ефективному функціонуванню вільних економічних зон в Україні та досягненню цілей, для яких ці зони були створені.

## НОВЕЛИ ІПОТЕЧНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

*А. Герц*

*Технологічний університет Поділля*

Світовий досвід показує, що одним з важливих елементів фінансово – господарського механізму країн з розвинутою ринковою економікою та її окремих регіонів є застава нерухомого майна (іпотека), за допомогою якої гарантується виконання фінансових та інших зобов'язань суб'єктів ринкових відносин. Ефективність іпотеки як гарантії виконання зобов'язань зумовлена тим, що її предметом є нерухомість, зокрема земельні ділянки і все, що розміщене на них і тісно пов'язане з ними, тобто об'єкти, переміщення яких без завдання шкоди для їх призначення неможливе.

5 червня 2003 року Верховна Рада ухвалила Закон "Про іпотеку", який набирає чинності з 1 січня 2004 року. Іпотеку в новому законі визначено як вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні й користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання задовольнити свої вимоги за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника в порядку, встановленому цим Законом. Іпотека може виникати на підставі договору, закону або рішення суду.

З 1 січня 2004 року набирають чинності:

- Закон України від 05.06.2003 р. №898 – ІУ "Про іпотеку" – встановлює основні правила іпотеки;
- Закон України від 19.06.2003 р. №979 – ІУ "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" – установлює правила іпотечного кредитування, випуску та обігу іпотечних сертифікатів;
- Закон України від 19.06.2003 р. №978 – ІУ "Про фінансово – кредитні механізми та управління майном при будівництві житла та операції з нерухомістю" – установлює обов'язковість іпотеки для забезпечення угоди між забудовником і стороною, що фінансує будівництво;
- Цивільний кодекс від 16.01.2003 р. №435 – ІУ "Цивільний кодекс України", зокрема ст.575 "Окремі види застави";
- Господарський кодекс від 16.01.2003 р. №436 – ІУ "Господарський кодекс України", зокрема ст.334 "правовий статус банків", ст.347 "Форми та види банківського кредиту".

Важливим принципом іпотеки є її неподільність – іпотека поширюється на все майно разом, з усіма його складовими. Тобто предметом іпотеки не може бути частина об'єкта нерухомості, скажімо, житлового будинку. Відповідно до цього принципу іпотека поширюється також на майно, приєднане власником або наймачем до головного об'єкта після передачі його в іпотеку, якщо інше не передбачено договором.

Предмет іпотеки залишається у володінні, користуванні та розпорядженні заставодавця. Ніхто не має права заборонити останньому вільно користуватися та розпоряджатися своєю заставленою власністю доти, доки він належним чином виконує основне зобов'язання. Право розпорядження може бути обмежене лише тоді, коли порушено права заставодержателя.

Одним із фундаментальних принципів є необхідність державної реєстрації іпотеки за місцем знаходження її предмета (слід розрізняти реєстрацію іпотеки як обмеження речових прав на об'єкт нерухомого майна і реєстрацію договору про іпотеку. Хоча законодавством деяких країн передбачено реєстрацію як іпотеки, так і договору про неї). Незареєстрована іпотека недійсна. Державна реєстрація носить публічний, відкритий характер. Ефективна система реєстрації прав на нерухоме майно – базова передумова функціонування механізму застави нерухомості. Розвинута система іпотеки повинна гарантувати безспірність юридично значимих дій, які мали місце щодо нерухомості. Якщо така система діє, зацікавлені особи можуть не боятися, що угоди, пов'язані з нерухомістю, виявляться недійсними.

Стаття 4 Закону України "Про іпотеку" встановлює вимогу до державної реєстрації обтяження нерухомого майна іпотекою. В разі недотримання цієї умови іпотечний договір не визнаватиметься

недійсним, однак настає інший негативний наслідок: вимога іпотекодержателя не набуває пріоритету відносно зареєстрованих прав чи вимог інших осіб на передане в іпотеку нерухоме майно.

Для кожного цілісного об'єкта нерухомого майна у спеціальній установі повинна вестися книга реєстрації прав на майно чи поземельна книга, де записується все, що стосується речових прав на нього. А вже речові права на нерухомість виникають не раніше, ніж з моменту запису в книгу (реєстр).

Іпотека є невід'ємною ланкою ринкової економіки. Наявність з

1 січня 2004 року системи положень про іпотеку сприятиме становленню в Україні іпотечного ринку, який як той, що самофінансується (без фінансового втручання держави), дозволить фінансувати виробництво, будівництво житла тощо. Очевидно, що іпотека сприятиме зростанню ділової активності, розвитку ринку фінансових та страхових послуг.

Водночас існує низка проблем, які пов'язані з розвитком іпотечного ринку. Насамперед це:

- недосконалість нормативної і правової бази і відсутність практики її застосування в конфліктних ситуаціях, які виникають у процесі функціонування системи іпотечного кредитування;
- недостатня активність кредитно – фінансових установ у висуванні і реалізації власних іпотечних проектів;
- використання під заставу ще незбудованого об'єкта. Цей підхід теж непродуманий, адже реальну ціну об'єкта можна встановити лише після його будівництва.

Отже, слід зауважити, що іпотека не тільки підвищує "якість" основного зобов'язання, а й мотивує іпотекодавців до ефективного виконання такого зобов'язання, оскільки інакше доведеться розстатися з нерухомим майном, що забезпечує основне зобов'язання.

## ОСОБЛИВОСТІ ВИРАЖЕННЯ ВОЛІ СТОРІН У ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВОРАХ

*Ж. Білоус*

*Національний технічний університет України "КПІ"*

Особливий суб'єктний склад господарського договору обумовлює потребу звернутися до специфіки формування волі та волевиявлення суб'єктів господарювання. Специфіка даного питання полягає в тому, що відповідність волі волевиявленню сторін відбувається на двох рівнях: зовнішньому та внутрішньому. На зовнішньому рівні для дійсності договору необхідно, щоб воля контрагентів співпадала з їх волевиявленням. Пороки волі можуть призвести до визнання договору недійсним. Волю суб'єкта господарювання виявляє його орган управління.

На внутрішньому рівні воля, яку виражає орган управління, не повинна суперечити дійсній волі суб'єкта господарювання. В протилежному випадку можливе виникнення конфлікту, зокрема корпоративного.

Воля контрагентів формується під впливом різних факторів (економічних, соціальних), виходячи з потреб та інтересів контрагентів, необхідності укладення певного договору в певний час і на певних умовах. За визначенням Г.Ф. Шершеневича: істотними умовами дійсності договору є: 1) узгоджена воля декількох осіб; 2) взаємне пізнання цієї волі; 3) можливість змісту волі. Під першою умовою автор розумів те, що воля контрагентів повинна відповідати одна одній, якщо не в усіх, то в суттєвих моментах, тобто таких, відсутність яких усуває саму можливість угоди. Під другою – взаємне пізнання волі полягає в засвоєнні однією особою змісту волі іншої. Під третьою – можливість змісту волі означає те, що зміст волі сторін повинен мати юридичну мету, тобто воля повинна бути спрямована на встановлення, зміну або припинення юридичних відносин. Для дійсності договору, спрямованого на встановлення зобов'язального відношення, вимагається, щоб умовлену дію можливо було здійснити. Неможливість, яка перешкоджає визнанню за угодою договору, на думку Г.Ф.Шершеневича, буває фізичною, юридичною та моральною.

Поряд із узгодженням та взаємним пізнанням волі сторін для дійсності договору необхідна відповідність волі сторін її волевиявленню, тобто відповідність того, що сторона бажала зробити, тому, що вона зробила. Таким чином в угоді розрізняють два елементи: суб'єктивний – волю та об'єктивний – волевиявлення. При цьому два елементи – воля та волевиявлення – являють собою єдність. Водночас, в силу різних причин, договір може бути укладений з пороками волі (коли воля небездоганна, або взагалі відсутня, або її вираження справжній волі не відповідає). Від правильності визначення чи фактично відповідало волевиявлення сторони її волі, яким чином була сформована воля сторін залежить дійсність договору і його подальше тлумачення, тому досить широко в наукових працях обговорювалося питання, чому необхідно надавати перевагу: волі чи волевиявленню сторін. Однак надати перевагу одному з цих елементів неможливо, оскільки волю та волевиявлення необхідно розглядати як єдине ціле, в нерозривному поєднанні. А будь-яке рішення законодавця на користь або волі, або волевиявлення по самій сутності своїй являє спосіб захисту відповідної сторони в договорі – або тієї, чия воля порочна, або її контрагента і тим самим обороту. Загальний принцип – про захист угоди (договору), укладеної з пороками волі сторони, в ряді випадків формалізований в законі.

В юридичній літературі виділяють три групи випадків, в яких волевиявлення сторони або сторін може не відповідати їх волі: 1) сторони свідомо укладають договір, який не відповідає їх справжнім намірам; 2) одна з сторін вступає в договір, який не відповідає її справжній волі, під впливом недобросовісного контрагента; 3) сторони або одна з них вступають в договір внаслідок омани.

За діючим законодавством договори можуть бути визнані недійсними при відсутності відповідності волі її волевиявленню у випадках: укладення договору внаслідок помилки, ст.229 ЦК України); внаслідок обману, насильства, погрози, зловмисної угоди представника однієї сторони з другою стороною або збігу тяжких обставин (ст.ст.230-233 ЦК України); укладення мнимой (фіктивної) або удаваної угоди (ст.ст.234, 235 ЦК України).

Водночас ГК України уникнув вирішення питання визнання недійсним господарського договору, укладеного з пороками волі. Можливо це пов'язане з тим, що введення в оману або погроза може стосуватися лише людини, а не такої абстрактної сторони договору як суб'єкт господарювання, якому не притаманні людські якості (наприклад, страх).

Проте не слід забувати, що волю від імені цих господарюючих суб'єктів в особі органів управління (директор, правління) виражають ті ж самі люди, які можуть і помилятися, і відносно яких можуть вчинятися певні неправомірні дії. Отже, на наш погляд, при наявності зазначених вище пороків волі сторін або однієї сторони необхідно включити в норми Господарського кодексу України можливість визнання такого договору недійсним або зробити посилання на те, що при наявності таких пороків волі необхідно застосовувати положення норм Цивільного кодексу України.

Практика зарубіжних країн пішла по шляху захисту добросовісних контрагентів, про що свідчить директива Європейського економічного співтовариства від 9 березня 1968 р., якою передбачається, що дії виконавчих органів торгових (господарських) товариств обов'язкові для третіх осіб. Якщо при цьому одноособовий або колегіальний виконавчий орган перевищує свої повноваження, то за законодавством держав – учасниць ЄЕС негативні наслідки наступають не для третіх осіб, а для членів цього органу або одноособового директора. Останні несуть повну майнову відповідальність за завдані товариству такими діями збитки.

Вбачається вірним і таким, що заслуговує на нормативне закріплення в українському законодавстві наступне положення: укладання договорів з перевищенням органом суб'єкта господарювання (директором, головою правління) своїх повноважень, покладених на нього установчими документами та законом, або укладання договорів без належних повноважень, не повинно тягти за собою негативних наслідків для добросовісної сторони. У випадку укладання договорів з перевищенням органом суб'єкта господарювання своїх повноважень або укладання договорів без належних повноважень, такий орган (директор, голова чи члени колегіального виконавчого органу) має нести відповідальність (насамперед майнову) перед самим суб'єктом господарювання за перевищення повноважень, у результаті чого суб'єкт господарювання зазнав збитків. Дана позиція знайшла підтримку і в юридичній літературі.

Актуальним залишається питання визнання недійсними договорів, укладених представниками суб'єктів господарювання без належних повноважень або з перевищенням наданих повноважень. Вищий господарський суд України при вирішенні подібних спорів стоїть на позиції того, що угода, укладена представником юридичної особи або керівником її відособленого підрозділу без належних повноважень на її укладення або з перевищенням цих повноважень, повинна бути визнана недійсною як така, що не відповідає вимогам закону. Оскільки сторона, з якою укладена угода, знала або повинна була знати про відсутність у представника другої сторони відповідних повноважень, то її засновані на цій угоді вимоги до другої сторони (від імені якої укладено угоду) задоволенню не підлягають. При цьому припущення про те, що сторона, з якою укладено угоду, знала або повинна була знати про відсутність у представника юридичної особи або керівника її відособленого підрозділу повноважень на укладення угоди, ґрунтується на її обов'язку перевіряти такі повноваження. Дана позиція викладена в п.9.1 роз'яснення "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними".

Відповідно до ст.241 ЦК України передбачається, що угода, укладена від імені другої особи особою, не уповноваженою на укладення угоди або з перевищенням повноважень, створює, змінює і припиняє цивільні права і обов'язки для особи, яку представляють, лише в разі дальшого схвалення угоди цією особою. Наступне схвалення угоди особою, яку представляють, робить угоду дійсною з моменту її укладення. Таким чином при відсутності подальшого схвалення угоди особою, яку представляють, залишається не захищеною добросовісна сторона договору. На наш погляд доречно було б в цій ситуації перейняти досвід зарубіжних країн, де це питання більш врегульовано. Наприклад, в §179 Цивільного зводу Німеччини встановлено, що особа, яка уклала договір у якості представника, якщо вона не пред'явить своїх повноважень на представництво, зобов'язана на вибір іншої сторони або виконати договір, або відшкодувати збитки в тому випадку, якщо особа, яку представляють відмовить в схваленні договору.

Водночас подібне положення було закріплене і в ЦК РФ, в якому згідно до ст.183 при відсутності повноважень діяти від імені іншої особи або при перевищенні таких повноважень угода вважається укладеною від імені та в інтересах особи, що її уклала, якщо тільки інша особа (яку

представляють) згодом прямо не схвалить дану угоду. Проте, як зазначив М.І. Брагинський, відповідний наслідок – договір визнається укладеним з представником – настає тільки при наявності згоди третьої сторони. Згода стати контрагентом представника не рівнозначна згоді стати контрагентом особи, яку представляють. Очевидно, при відсутності своєї згоди контрагент, який не відбувся, може разом з відмовою від вчинення договору з представником вимагати від останнього відшкодування збитків.

З огляду на вищевикладене пропонуємо закріпити норму в ЦК України наступного змісту: при відсутності повноважень діяти від імені іншої особи або при перевищенні таких повноважень і при відсутності подальшого схвалення її особою, яку представляють, угода за згодою контрагента вважається укладеною від імені та в інтересах особи, що її уклала, за відсутності такої згоди угода визнається недійсною і на вимогу контрагента представник зобов'язаний відшкодувати збитки.

В той же час поза увагою нормативного регулювання залишилися питання про наслідки подальшого несхвалення угоди особою, яку представляють, а також форми подальшого схвалення угоди. Проте в ЦК України в п.1. ст.241 закріплюється, що правочин вважається схваленим зокрема у разі, якщо особа, яку він представляє, вчинила дії, що свідчать про прийняття його до виконання. Судова практика також свідчить, що доказами такого схвалення можуть бути відповідне письмове звернення до другої сторони угоди чи до її представника (лист, телеграма, телетайпограма тощо) або вчинення дій, які свідчать про схвалення угоди (прийняття її виконання, здійснення платежу другій стороні і т.ін.). Зазначені докази будуть прийняті до уваги при умові, що ці дії відбулися або документи підписані уповноваженою особою. У такому випадку вимога про визнання угоди недійсною з мотивів відсутності належних повноважень представника на укладення угоди задоволенню не підлягає. При розгляді справ в господарському суді визнавалися доказами схвалення договору: платіжні документи, підписані керівництвом підприємства, а також те, що сторони розпочали виконання договору після його укладення.

Не знайшов свого достатнього врегулювання в діючому законодавстві України і інститут комерційного представництва, за яким представляти інтереси різних суб'єктів господарювання є професійною та основною діяльністю даного представника. І хоча Господарський і Цивільний кодекси України містять норми стосовно комерційного представництва, питання укладення договорів комерційним агентом без повноважень на його укладення або з перевищенням повноважень залишилися нерегульованими. Стаття 298 ГК України зазначає лише те, що така угода вважається схваленою за умови, якщо суб'єкт, якого представляє комерційний агент, не відхилить перед третьою особою дії комерційного агента. Наступне схвалення угоди суб'єктом, якого представляє агент, робить угоду дійсною з дня її укладення.

Викладене положення породжує ряд питань стосовно строків і форми відхилення дій агента. Отже, питання представництва, зокрема комерційного, потребують додаткової теоретичної розробки та нормативного удосконалення, що надасть змогу більш ефективно використовувати інститут представництва в господарських правовідносинах, зокрема при укладенні господарських договорів.

Особливості процесу формування волі та її виявлення в господарських договорах можуть проявлятися також і в обмеженні волі та волевиявленні сторін. Однак таке обмеження волі та її виявлення закріплюється на законодавчому рівні і має певне соціально-економічне підґрунтя. Так, становлення і розвиток ринкових відносин на Україні призвів до появи впливових, могутніх суб'єктів господарювання. Проблемою став захист прав слабкішої сторони в договорах приєднання. При укладенні таких договорів практично свою волю диктує економічно більш сильна сторона (як правило підприємство – монополіст на ринку певних товарів або послуг), а інша сторона не приймає участі у формуванні умов договору, а виражає свою волю тільки на приєднання до вже складеного договору (навіть на не вигідних для себе умовах). ЦК України в ст.634 визначає: договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому.

Майже таке ж визначення міститься в ст.179 ГК України, де договором приєднання є запропонований однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту. На наш погляд, більш вдало це питання врегульовано в ЦК України, оскільки визначається не тільки поняття договору приєднання, а також



можливості розірвання або зміни договору приєднання, водночас залишається можливість визнання таких договорів недійсними на загальних підставах визнання угод недійсними.

Обмеження волевиявлення сторін відбувається також і при укладенні так званих примірних та типових договорів. "Типові або зразкові договори є передусім уніфікованим засобом (взірцем), що забезпечує однакове оформлення конкретних договірних відносин. Крім того, типовий договір – це своєрідний нормативно-правовий акт, який заповнює правове регулювання певної сфери господарських відносин через недостатнє врегулювання їх актами вищої юридичної сили".

З урахуванням всього вищезазначеного, потрібно визначити, що процес формування волі та її волевиявлення суб'єктами господарювання при укладанні господарських договорів залежить не лише від власного бажання цих суб'єктів, а також і від волі держави, однак "не слід плутати процес (волю), спрямовану на встановлення правових норм – на зведення державної волі в закон, з процесом, регулюючим суспільні відносини у відповідності з цим законом. Останній процес є також виразом державної волі, але об'єктивується він не в правових нормах, а в конкретній поведінці суб'єктів у відповідності з цими нормами". Виходячи з цього, всі господарюючі суб'єкти, виступаючи у якості контрагентів, мають право самостійно формувати та виражати свою волю в договорах, і в той же час вони повинні узгоджувати свою волю з волею держави, яка виражається в нормах права.

## РЕЧОВІ ПРАВА НА ЧУЖЕ МАЙНО ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

*В. Мартин*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Новий ЦК України, суттєво розширює перелік інститутів речового права, яке раніше вичерпувалось лише правом власності.

У главах 30-34 нового ЦК України отримали законодавче визнання та регулювання право володіння, сервітути, право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право забудови земельної ділянки (суперфіцій) – інститути, які були добре відомі ще римському приватному праву як "iura in re aliena" (речові права на чуже майно).

Речове право на чуже майно – це встановлене у порядку та визначених законом межах безпосереднє панування особи над чужою річчю (майном).

Речові права на чуже майно носять абсолютний характер. Вони надають управленій особі певний обсяг права на річ, яка є власністю іншої особи та покладають обов'язок на усіх і кожного, у тому числі, і на власника майна, щодо якого вони встановлені, не чинити перешкод їх здійснення.

Права на чуже майно мають властивість слідувати за річчю, щодо якої вони встановлені. Право власності на майно, яке вони "обтяжують" може переходити від однієї особи до іншої, а обмежені речові права щодо нього залишаються непорушними і не залежать від волі осіб, у власності яких знаходиться чи буде знаходитись річ (майно).

Оскільки речові права на чуже майно протиставляються не лише власнику, але і усім третім особам, а їх особливі властивості відображаються на усьому цивільному обороті, то на відміну від зобов'язальних прав маємо *numerus clausus* таких прав. Цивільне право допускає встановлення лише таких видів прав на чуже майно, які передбачені законом.

Захист речових прав на чуже майно здійснюється за допомогою засобів, які передбачені для захисту права власності (позов про витребування майна з чужого незаконного володіння, негативний позов, позов про виключення майна з опису та позов про визнання права).

Правове значення інституту володіння, який закріплює Цивільний кодекс у главі 31, полягає у тому, що за загальним правилом законодавець надає правову охорону усякому володінню, як відноси́нам фактичним не залежно від підстав його виникнення. Як відзначають О. Пушкін та О. Скакун, даний інститут покликаний захищати майнові права тих осіб, які не є власниками і їх соціально – економічні позиції відносно слабкі.

Володіння це такий фактичний стан, коли володі́лець має певну річ чи майно(тримає його у себе), але самого права може і не мати. Тому володі́льцем вважається той, хто відносно речі поступає так, як поступає особа управнена і знаходиться в таких зовнішніх відносинах з іншими суб'єктами щодо певної речі (майна), в яких знаходиться нормально власник, орендар, довірчий управитель тощо.

У залежності від підстав виникнення володіння можна поділяти на володіння законне та володіння незаконне. Якщо особа набула володіння на підставі, передбаченій законом, воно вважатиметься володінням законним, а тому законне володіння – це володіння власника та володіння інших осіб – невласників, яке виникло на підставі договору з власником або особою, якій майно було передане власником, а також на інших підставах, які встановлені законом. Законне володіння називають ще титульним.

Володіння майном без достатніх на те законних підстав є володінням незаконним або безтитульним. Особа, яка фактично здійснює володіння, не будучи до цього управненою нормою закону, вважається незаконним володі́льцем.

Згідно п.1 статті 397 ЦК України "володі́льцем чужого майна є особа, яка фактично тримає його у себе". Дане законодавче положення не розкриває усіх різноманітних форм та проявів володіння. Речі, які виступають об'єктами володіння дуже різноманітні, дуже різноманітне їх економічне призначення і тому володіння ними може проявлятися по-різному. Одні речі особа, яка володіє ними,

носить при собі, інші речі володільець зберігає у своєму помешканні, нежитлових приміщеннях, на присадибній ділянці тощо, а володіння окремими видами майна проявляється при їх використанні.

ЦК встановлює презумпцію правомірності фактичного володіння. Особа, яка фактично володіє майном вважається правомірним володільцем, тобто таким, що володіє майном по праву, якщо інше не випливає із закону або не встановлено рішенням суду (п.3 ст.397 ЦК).

Дана законодавча конструкція надає можливість скористатися правом на захист володіння не лише законному володільцеві, але і особі, яка набула володіння на річ незаконно – володільцеві без титулу. Так, наприклад, особа, яка свого часу знайшла річ і не повернула її власнику може у судовому порядку вилучити її від особи, яка цю річ у неї викрала.

Закріплюючи презумпцію правомірності фактичного володіння та надаючи тим самим захист усякому фактичному володінню (у тому числі і незаконному), законодавець встановлює та забезпечує правопорядок – режим упорядкованості та організованості майнових відносин. Це дозволяє особі швидко отримати захист свого права володіння у випадку його порушення. Для цього управненому не треба доводити підстав свого володіння, а достатньо довести фактичність володіння до його порушення.

Поширеним інститутом речового права, яке надає можливість користуватися чужим майном є сервітути (servitudes) – речові права на чужу річ, які забезпечують повне або часткове користування річчю і нерозривно пов'язані з певною земельною ділянкою або з певною особою.

Надаючи подібно договору найму особі – невласнику право користування чужим майном сервітути істотно відрізняється від найму тим, що є правами речовими. Договір найму надає наймачеві право вимагати від наймодавця надання можливості користування зданим у найм майном, у той час як сервітут встановлює певний правовий зв'язок між особою і річчю, закріплює за управненою особою певний обсяг прав на чужу річ, які вона вправі здійснювати самостійно та незалежно від волі власника.

На відміну від договору найму, де предметом є вчинення наймодавцем дій (надання користування майном іншій особі), сервітут – це право на річ, а не на дії певної особи. Сервітут може зобов'язати власника (володільця) службової речі до того, щоб він щось не робив, або щоб він терпів вплив на його річ, але не може зобов'язувати до вчинення певної позитивної дії. Тому сервітут – це право, яке дає управненому певну владу над самою річчю і власник службової речі особисто не зобов'язаний до ніяких позитивних вчинків у користь сторони, яка володіє сервітутним правом.

Сервітут є правом в чужій речі, а тому не може бути встановлений щодо речі, яка належить особі на праві власності ("res sua nemini servit").

Як право на використання чужої речі кожен сервітут звужує об'єм правомочностей власника щодо належного йому на праві власності майна, "обмежує власність". Оскільки обмеження власності не є бажане, то встановлення та існування сервітутів обмежується законодавчо визначеними межами.

Встановлення сервітутів не може ґрунтуватися лише на нічим необґрунтованих побажаннях окремих осіб. Встановлення земельних сервітутів допускається лише тоді, коли вони приносять землеволодільцеві вигоду через його нерухому власність. Особисті сервітути встановлюються для задоволення потреб осіб, які не можуть бути задоволені іншим способом і на строк не більше життя управненої особи.

В результаті встановлення сервітуту частина повноважень щодо майна, належного власнику, переходить до набувача сервітутного права і обсяг прав власника на майно, обтяжене сервітутом звужується. Тому за загальним правилом встановити сервітут за договором може власник. Новий ЦК допускає можливість встановлювати сервітут шляхом укладення договору з володільцем земельної ділянки, але такі договори можуть укладати лише ті володільці, які наділені правом розпоряджатися майном. Наймач, наприклад, встановити сервітут не може, оскільки договором найму йому надано лише право користування зданим у найм майном.

Сервітут може бути встановлений договором, який укладаються між зацікавленою особою та власником речі (майна). Предметом такого договору є частина повноважень користування майном, які власник відступає користувачеві. У договорі про встановлення сервітуту зміст прав користувача повинен бути чітко визначений (вид користування, його кількісні та якісні характеристики і т.п.).

Сервітут "обмежує" власність, тобто звужує можливості власника щодо належного йому на праві власності майна, а тому коли є сумніви щодо об'єму повноважень, які надає сервітут управненому, цей обсяг слід вважати мінімальним.

Цивільний кодекс не називає договорів, якими можуть встановлюватися сервітути, а тому сервітут може бути встановлений будь-яким договором, який дозволяє відступити власнику своє права власності (договір купівлі-продажу, міни, дарування тощо).

Якщо власник не погоджується на встановлення сервітуту або сторони не можуть домовитись про умови встановлення сервітуту зацікавлена особа може вимагати встановлення сервітуту у судовому порядку. Вирішуючи справу про встановлення сервітуту, який "обтяжить майно власника та звужить об'єм його прав" суд повинен з'ясувати потреби позивача, які зумовлюють необхідність встановлення сервітуту та чи не можуть вони бути задоволені іншим способом. Коли позивачем буде доведено, що його потреби "не можуть бути задоволені іншим способом" суд вправі встановити сервітут на майно власника (володільця) поза його волю.

Сервітути, як права на чужу річ обмежують власника в інтересах іншої конкретної особи чи власника певної земельної ділянки. Земельний сервітут встановлюється з метою створення умов для використання конкретної "обділеної" з точки зору її господарського використання земельної ділянки, яку називають "пануючою" і є приналежністю даної (пануючої) земельної ділянки, яка не може бути відчужена окремо. Особисті сервітути призначені забезпечити певні права окремим категоріям осіб, які вони, як правило, не можуть набути у інший спосіб і тому особисті сервітути обмежують власника виключно в інтересах певної конкретної особи. Тому право користування чужою річчю на основі сервітуту є правом, яке характеризують такими ознаками як "невідчужуваність" та "непередаємість".

Дуже давній правовий інститут, який, як відзначав М. Зобків, дає "попри *superficies* вже в давнину можливість бідному чоловік безпечно та тривало попри багача жити" є *emphuteusis* – право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб.

Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), який отримав законодавче регулювання у главі 34 ЦК України, не тільки встановлює речове право на чуже майно, але породжує і договірне правовідношення, яке існує паралельно з речовим правом користувача.

Однією з підстав виникнення емфітевзису є договір, який укладається між власником та користувачем. Порядок укладення, форма та зміст таких договорів визначаються загальними правилами, які передбачені у Главах 16, 52 та 53 ЦК України та спеціальними нормами глави 33 ЦК.

Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) встановлюється на певний визначений строк, який визначається сторонами у договорі або без зазначення строку (на невизначений строк). Законодавець не встановлює ні мінімальних, ні максимальних строків, на які може встановлюватись право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських (емфітевзис). Але як свідчить історія розвитку даного інституту ці строки завжди були достатньо тривалі. У римському праві строк подібних договорів становив, як правило 100 і більше років.

За загальним правилом, користування земельною ділянкою на умовах емфітевзису є оплатним. Розмір оплати, її форма, умови, порядок та строки її виплати встановлюються договором, а якщо ці умови при укладенні договору не було встановлено, вони можуть бути визначені за правилами статті 632 та статті 762 ЦК України.

Право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) надає користувачеві можливість не тільки використовувати земельну ділянку, але і відчужити своє право іншим особам. Об'єктом відчуження у подібних випадках буде право користування, а не сама земельна ділянка. Якщо інше не встановлено законом користувач вправі відчужити своє право будь – яким передбаченим законодавством способом: продати, подарувати, обміняти тощо та вчиняти щодо нього інші правочини (заставити, заповісти). В наслідок цього право може перейти до інших осіб.

Права користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій), який отримав правове регулювання у главі 34 ЦК – один з інститутів речового права, який дозволяє власнику отримувати користь від належного йому майна в особливий спосіб – віддавши у користування з правом забудови іншим особам.

У результаті встановлення суперфіцію поряд з власником, повноваження якого щодо належного йому майна істотно звужується, з'являється користувач – суб'єкт, який володіє значною частиною прав на майно, які до цього належали власнику.

Суперфіцій носить майновий характер і як одне з майнових прав згідно п.2 статті 656 ЦК може бути об'єктом договору купівлі-продажу. Воно може бути відчужене на підставі інших відомих

цивільному праву договорів, які опосередковують передачу права власності на майно. Об'єктом таких договорів виступає право користування з правом забудови.

Як майнове право, яке не носить особистісного характеру право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) включається у спадкову масу та в порядку спадкування переходить до спадкоємців.

Власник земельної ділянки переданої у користування з правом забудови, має право на одержання від користувача оплати за користування, розмір якої визначається сторонами при укладенні договору; договором може бути передбачено право власника земельної ділянки на одержання частки від доходу землекористувача у натуральній чи грошовій формі. Договір, яким встановлюється право користування чужою земельною ділянкою для забудови, може передбачати, що частина повноважень щодо володіння та користування даною земельною ділянкою користувачеві не передається і залишається за власником. У цьому випадку власник земельної ділянки вправі володіти та користуватися нею в обсязі, встановленому договором спільно із землекористувачем.

Власник, який передав належну йому на праві власності земельну ділянку у користування з правом забудови, не втрачає права власності на неї, а тому може вільно здійснювати належні йому права, зокрема, вільно розпоряджатися даною земельною ділянкою. У випадку відчуження власником земельної ділянки, щодо якої було встановлено суперфіцій, право користувача слідує за земельною ділянкою і залишається непорушним; перехід права власності на земельну ділянку до іншої особи не впливає і на обсяг права власника будівлі (споруди) щодо користування земельною ділянкою.

## ПОРУКА ТА ГАРАНТІЯ ЯК СПОСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

*В. Слома*

*Юридичний інститут Тернопільської академії народного господарства*

Забезпечення виконання зобов'язань – це інститут, що історично склався ще з часів римського права. У римському праві було розроблено широку систему правових засобів забезпечення виконання зобов'язань, основними з яких є: завдаток, неустойка, застава та порука.

Відповідно до ст.178 ЦК УРСР до способів забезпечення виконання зобов'язань належать: неустойка, застава, порука, завдаток та гарантія. Кожен із способів забезпечення зобов'язань має свою специфіку, у зв'язку з чим він по-різному здійснює вплив на боржника і захищає інтереси кредитора.

Питання застосування порук та гарантій висвітлювались у працях радянських цивілістів (Панайотов І.Г., Читир В.Ф. та інш.), проте вони стосувались аналізу чинного на той час законодавства, яке має значні відмінності від нового Цивільного кодексу України.

Порука та гарантія належать до способів забезпечення виконання зобов'язань, спрямованих на захист інтересів кредитора при порушенні зобов'язання боржником. Безпосередньої мети стимулювати боржника до виконання зобов'язання тут немає. Проте інтереси кредитора у випадку невиконання боржником свого обов'язку забезпечені можливістю стягнення грошової суми з поручителя чи гаранта.

Порука – традиційний спосіб забезпечення виконання зобов'язань, який бере свій початок з римського права. На всіх етапах розвитку цивільного права порука була досить поширеною, що дозволяло забезпечити зобов'язання будь-яких боржників, в тому числі і тих, які не мали власного майна, яке могло б бути забезпеченням боргу. Тому вказаний спосіб забезпечення виконання зобов'язань в значній мірі сприяв розвитку майнового обігу.

Згідно із ст.191 ЦК УРСР за договором поруки поручитель зобов'язується перед кредитором іншої особи відповідати за виконання нею свого зобов'язання в повному обсязі або частині.

Підставою виникнення поруки виступає договір між кредитором за основним зобов'язанням та особою, яка надала згоду бути поручителем боржника за основним зобов'язанням.

Значного поширення в останні роки дістав такий спосіб забезпечення зобов'язань, як гарантія, хоча в цивільному праві не існувало визначення поняття "гарантія". Режим застосування забезпечувальних механізмів передбачав субсидіарне застосування правил, що регулюють поруку.

Слід зазначити, що відповідно до чинного законодавства зазначені способи забезпечення виконання зобов'язань мають багато спільного:

- як порука, так і гарантія сприяє реалізації компенсаційної функції цивільного права;
- у правовідносинах, що виникають із застосуванням поруки чи гарантії, однаковим є коло учасників цих відносин: кредитор, боржник і третя особа (при поруці – поручитель, а при гарантії – гарант);
- гарант, так само, як і поручитель, у разі невиконання зобов'язання боржником зобов'язаний відповідати перед кредитором;
- і порука, і гарантія можуть забезпечувати лише дійсну вимогу;
- договори гарантії і поруки під загрозою визнання їх недійсними мають укладатися в письмовій формі;

Проте не можна ототожнювати поруку та гарантію. Такий висновок впливає із системного аналізу чинного цивільного законодавства України, яке визнає гарантію самостійним способом забезпечення виконання зобов'язань.

У новому ЦК України гарантії надано нового змісту. Відповідно до ст.560 ЦК за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Порука та гарантія відрізняються одна від одної за сферою дії: порука застосовується у відносинах між будь-якими суб'єктами, а гарантія – лише у відносинах між юридичними особами.

Найчастіше використовувалась гарантія, надана одним підприємством на користь іншого. В такому випадку гарант подає гарантійний лист до банку за місцем перебування свого розрахункового рахунку, де він і зберігається до повного погашення позичальником позички і відсотків по ній. В банк позичальника подається копія гарантійного листа з відміткою банку гаранта про прийняття гарантії. Кредитоспроможність гаранта визначається банком позичальника.

На відміну від Цивільного кодексу УРСР новий Цивільний кодекс України звужив коло суб'єктів, які можуть виступати гарантами, обмеживши їх банками, іншими фінансовими установами, страховими організаціями, але розширив коло боржників, виконання обов'язків яких гарантує гарант. Відтепер таким боржником (принципалом) може бути не тільки юридична, але й фізична особа, у тому числі – підприємець.

Відмінності існують у характері відповідальності поручителя та гаранта. Відповідно до ст.192 ЦК УРСР в разі невиконання зобов'язання боржник і поручитель відповідають перед банком як солідарні боржники, якщо інше не встановлено договором поруки. Отже, якщо іншого не встановлено договором поруки, позичальник кредиту та поручитель несуть перед банком відповідальність за правилами, встановленими статтями 174 та 175 ЦК УРСР.

Що ж до гарантії, то чинне законодавство не передбачає солідарної відповідальності боржника і гаранта. Відповідно до ст.191 ЦК УРСР гарант зобов'язується перед банком, що надав кредит іншій особі, відповідати за виконання нею свого зобов'язання за кредитним договором.

Отже, гарант несе субсидіарну відповідальність, і тому банк має право у претензійно-позовному порядку вимагати від гаранта сплати основної заборгованості позичальника та сум процентної ставки за наданий кредит тільки у випадку відсутності у боржника грошових коштів, необхідних для належного виконання зобов'язання.

Якщо кредитор звертається до поручителя з вимогою виконання зобов'язання, то останній повинен до задоволення вимоги кредитора попередити про це боржника, а якщо проти поручителя вчинено позов – залучити боржника до участі у справі. Також поручитель має право висунути проти вимоги кредитора заперечення, які міг би подати боржник, якщо інше не впливає з договору поруки.

Так як і поручитель, гарант після одержання вимоги бенефіціара повинен повідомити про це принципала і передати йому копії вимоги з усіма документами, що стосуються вимоги.

Гарант повинен розглянути вимогу бенефіціара з доданими до неї документами в зазначений в гарантії строк, а в разі відсутності його – у розумний строк і виявити розумну дбайливість, щоб встановити, чи відповідає ця вимога та додані до неї документи умовам гарантії (ч.2 ст.564).

У новому ЦК України передбачена можливість гаранта відмовитись від задоволення вимоги бенефіціара, якщо вона та додані до неї документи не відповідають умовам гарантії або якщо вони подані гарантові після закінчення визначеного в гарантії строку. Про відмову гарант повинен негайно повідомити бенефіціара.

Таким чином, проаналізувавши положення про виконання гарантом та поручителем своїх зобов'язань, ми можемо зробити висновок, що між ними існують як спільні риси, так і відмінності.

Відповідно до ст.194 ЦК УРСР порука припиняється:

- припиненням забезпеченого нею зобов'язання;
- якщо кредитор протягом 3 місяців з дня настання строку зобов'язання не пред'явить позову до поручителя. Якщо строк виконання зобов'язання не зазначений або визначений моментом вимоги, то при відсутності іншої угоди відповідальність поручителя припиняється після закінчення одного року з дня укладення договору поруки.

У ст.559 нового ЦК України вказано, що порука припиняється: з припиненням забезпеченого нею зобов'язання, а також в разі зміни зобов'язання без згоди поручителя, внаслідок чого збільшується обсяг його відповідальності; якщо після настання строку виконання зобов'язання кредитор відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником або поручителем; у разі переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника; після закінчення строку, встановленого в договорі поруки. У разі, якщо такий строк не встановлено, порука припиняється, якщо кредитор протягом 6 місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя. Якщо строк виконання основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року від дня укладення договору поруки.

Оскільки на гарантію поширювались правила поруки, то і підстави припинення гарантії були аналогічними до поруки. У новому ЦК України передбачено, що зобов'язання гаранта перед кредитором припиняється у разі:

- сплати кредитором суми, на яку видано гарантію;
- закінчення строку дії гарантії;
- відмови кредитора від своїх прав за гарантією шляхом повернення її гарантові або шляхом подання гаранту письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією (Ст.568).

Як поручитель, так і гарант мають право на регресні вимоги до боржника.

Порука та гарантія підвищують для кредитора вірогідність задоволення його вимог у разі порушення боржником забезпеченого ним зобов'язання. Проте банкам необхідно враховувати те, що гарантія і порука можуть успішно використовуватися лише у випадку неухильного дотримання законодавства, уважного оформлення договорів поруки і гарантії, глибокого дослідження фінансового стану майбутнього поручителя (гаранта) з метою встановлення рівня його платоспроможності, тобто можливості одержати відшкодування за його рахунок.



## ПРОБЛЕМИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАХИСТОМ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

*В. Косак*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Сучасний період функціонування багатоукладної ринкової економіки характеризується появою господарських структур з різноманітною організаційно-правовою формою, управління якими здійснюється на корпоративних засадах. Одні з них виникли в процесі корпоратизації та приватизації державного майна, інші були створені відповідно до чинного законодавства. Це привело до необхідності розробки корпоративного законодавства, яке з врахуванням умов переходу до ринкової економіки, перебуває у процесі розвитку та вдосконалення і потребує ґрунтовного аналізу та вивчення. Залишається остаточно нез'ясованою правова природа корпоративних відносин.

У чинному законодавстві визначення корпоративних прав міститься в кількох нормативних актах (серед них Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств", "Інструкція про порядок видачі індивідуальних ліцензій на здійснення інвестицій за кордон", затверджена Постановою НБУ №122 від 16.03.99 р.)

Відповідно до зазначених нормативних актів *корпоративні права* визначені як право власності на частку (пай) в статутному фонді юридичної особи, включаючи право на управління та отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства. Крім того, п.1.8 ст.1 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" додає до вищезазначеного визначення застереження "незалежно від того, чи створена така юридична особа у формі господарського товариства, підприємства, заснованого на власності однієї юридичної або фізичної особи, або в інших організаційно-правових формах", тобто, прямо визначає корпоративними правами також права засновників (власників статутного фонду) юридичної особи, статутний фонд якої не поділено на частини (державні та приватні підприємства), а також юридичної особи, статутний фонд якої поділено на частини, але вони належать одному власнику (корпоратизовані підприємства).

Відповідно до ст.167 Господарського кодексу України *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.

Таким чином, згідно наведеного вище визначення корпоративних прав у межі даного узагальнення входять спори, що виникають в процесі управління корпоративними правами різних форм власності.

Багато проблем існує в правозастосувальній практиці. Це пояснюється частково об'єктивними причинами, адже корпоративне право як інститут функціонує в Україні трохи більше десяти років. Звідси важливим є аналіз корпоративного законодавства, виявлення суперечностей та упорядкування правозастосувальної практики.

В умовах ринкової економіки функціонує багато суб'єктів господарського обороту з різною формою власності. Серед них помітне місце займають структури, управління яких здійснюється на корпоративних засадах. Звідси в судовій практиці виникає багато спорів, пов'язаних з порушенням корпоративних прав інвесторів.

Таким чином справи, пов'язані з питаннями корпоративного управління, в залежності від *форми власності на корпоративні права* можна умовно поділити на дві групи: справи, пов'язані з особливостями управління державними корпоративними правами (державні підприємства та корпоратизовані підприємства), та справи, пов'язані з управлінням корпоративними правами інших форм власності.

В залежності від **категорій спорів, що розглядаються судом**, справи умовно можна поділити на дві великі групи:

- про визнання недійсними установчих документів та (або) внутрішніх нормативних актів повністю або частково;
- про визнання недійсними рішень органів господарських товариств (загальних зборів акціонерів, спостережної ради, правління), або рішень державних органів, уповноважених управляти державними корпоративними правами.

Зазначені дві категорії спорів є найбільш поширеними в судовій практиці. Всі інші категорії спорів, пов'язані з корпоративними правовідносинами, зустрічаються набагато рідше.

**Учасниками** по справах даної категорії частіше за все виступають юридична особа (емітент корпоративних прав) та власники цих корпоративних прав. По деяких категоріях справ стороною по справі може виступати ФДМУ як єдиний державний орган, уповноважений управляти державними корпоративними правами. У справах, де однією з позовних вимог є скасування державної реєстрації юридичної особи (як наслідок недійсності установчих документів), в якості відповідача притягається відповідний орган державної реєстрації.

Слід зазначити, що згідно чинного законодавства управління державним підприємством здійснюється виключно державним органом, до сфери відання якого віднесено дане підприємство, тобто, корпоративними правами від імені держави управляє відповідний орган державної влади.

Управління корпоративним підприємством відрізняється від вищевикладеного. Управління державними корпоративними правами є виключною функцією ФДМУ, який може здійснювати таке управління самостійно, а може передавати функції з управління іншим особам на договірній основі.

Стосовно особливостей **управління державними підприємствами**, то спори, з цим пов'язані, не є поширеною категорією господарських спорів.

Позовні вимоги по таких справах заявляються до державного органу, до сфери відання якого відноситься державне підприємство, щодо управління яким виник спір, а предметом спору є накази відповідного державного органу, пов'язані зі здійсненням управління державним підприємством (шляхом проведення його реорганізації, розпорядження майном іншим чином відповідно до матеріалів справ, що розглядалися судом).

Справи, що виникають з приводу **управління державними корпоративними правами** (корпоративовані підприємства), також не відносяться до поширених категорій спорів. Сюди відносяться справи, позовні вимоги по яких ґрунтуються на договорах на здійснення функцій управління державними корпоративними правами (Постанова КМУ від 04.11.98 р. №1741 "Про управління державними корпоративними правами"), а також спори про передачу корпоративних прав уповноваженому державному органу на виконання вимог нормативних актів.

## НОВІ ВИДИ ЦІННИХ ПАПЕРІВ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

*О. Яворська*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Новий Цивільний кодекс України розглядає цінні папери як один з видів об'єктів цивільних прав. Згідно із ст.195 ЦК в Україні в цивільному обороті можуть бути такі групи цінних паперів: 1) пайові цінні папери, які засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом і одержання частини прибутку (дивідендів) та частини майна при ліквідації емітента. Такими цінними паперами є акції. У світовій практиці є підписні права, права участі як цінні папери); 2) боргові цінні папери, які засвідчують відносини позики і передбачають зобов'язання емітента сплатити у визначений термін кошти відповідно до умов зобов'язання. Такими є облигації, казначейські зобов'язання, векселі; 3) похідні цінні папери, механізм випуску та обігу яких пов'язаний з правом на придбання чи продаж протягом строку, встановленого договором, цінних паперів, інших фінансових та (або) товарних ресурсів. Такими є опціони, варанти та ф'ючерси – фондові деривативи, випуск та обіг яких здійснюється згідно із Правилами випуску та обігу фондових деривативів від 24 червня 1997 р. Фондові деривативи згідно із законодавством України не є цінними паперами; 4) товаророзпорядчі цінні папери, які надають їхньому держателю право розпоряджатися майном, вказаним у цих документах. Чинне законодавство України не закріплює окремих видів товаророзпорядчих цінних паперів. У світовій практиці такими визнаються складські свідоцтва, варанти, коносаменти. Фактично Цивільний кодекс закріплює поняття, реквізити, права, що посвідчуються складськими документами (складськими квитанціями, простими та подвійними складськими свідоцтвами – ст.ст.961-966 ЦК), не називаючи їх цінними паперами.

У ст.195 ЦК передбачено, що законом можуть визначатися і інші групи цінних паперів.

2. З 1 січня 2004 р. введено в дію ряд нових законів, положеннями яких передбачені нові види цінних паперів. Згідно із Законом "Про іпотечне кредитування", операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" від 19 червня 2003 р. власник іпотечних актів (кредитодавець) має право випускати сертифікати – особливий вид цінного паперу, забезпечений іпотечними активами або іпотеками. Забезпеченням іпотечних сертифікатів є іпотечні активи – реформовані в консолідований іпотечний борг зобов'язання за договорами про іпотечний кредит. Тому строки обігу іпотечних сертифікатів не можуть перевищувати строків існування самих іпотечних активів.

Інформація про випуск сертифікатів та випуск сертифікатів підлягають реєстрації у Державній комісії з цінних паперів та фондового ринку. Оскільки емісія іпотечних сертифікатів пов'язана з вартістю і строками існування іпотечних активів, то умовами їх випуску є: 1) загальний розмір емісії сертифікатів не може перевищувати вартість іпотечних активів; 2) строк обігу сертифікатів не може перевищувати строк дії договорів про іпотечний кредит, реформованих в іпотечні активи та строку їх існування; 3) загальна номінальна вартість сертифікатів не може перевищувати 50-кратного розміру власного капіталу емітента; 4) обсяг випуску не менше суми, еквівалентної 100 тисячам євро за курсом НБУ на день прийняття рішення про випуск; 5) всі ризики виконання зобов'язань, які підлягають об'єднанню у консолідований іпотечний борг, мають бути застраховані.

Іпотечні сертифікати можуть випускатися в документарній та в бездокументарній формах. При емісії сертифікатів у бездокументарні емітент оформляє глобальний сертифікат. Залежно від способу фіксації власника сертифікати можуть існувати як іменні так і на пред'явника. Сертифікати на пред'явника можуть бути емітовані лише у документарній формі.

Іпотечні сертифікати підлягають вільному обігу, тобто юридичні та фізичні особи можуть вільно купувати та продавати сертифікати, здійснювати з ними будь-які правочини як на біржовому, так і на позабіржовому ринках цінних паперів. Обслуговування іпотечних сертифікатів здійснюється Національною депозитарною системою з тим, що реєстр власників іменних сертифікатів емітент здійснює самостійно без ліцензії, незалежно від кількості власників таких сертифікатів. Тоді як реєстр власників іменних акцій при кількості акціонерів більше 500 має вести незалежний реєстратор.

Встановлено два види сертифікатів залежно від обсягу прав, що ними посвідчуються: сертифікати із фіксованою дохідністю та сертифікати участі. Сертифікати з фіксованою дохідністю засвідчують такі права: право на отримання номінальної вартості в передбачені умовами випуску терміни; право на отримання процентів; переважне право перед іншими кредиторами емітента на задоволення вимог з вартості іпотечних активів у разі невиконання ним своїх зобов'язань. Сертифікати участі можуть випускатися лише як іменні цінні папери і надають їх власникам такі права: право на отримання частини у платежах за іпотечними активами відповідно до умов договору про придбання сертифікатів; право на задоволення вимог з вартості іпотечних активів у випадку невиконання емітентом взятих на себе зобов'язань.

Отже, іпотечні сертифікати є борговими цінними паперами, оскільки власник сертифіката з фіксованою участю має право на повернення йому номінальної вартості сертифіката. Сертифікати не дають права на участь в управлінні справами емітента і права на частку у майнових активах емітента.

3. Згідно із Законом "Про іпотеку" від 5 червня 2003 р. в обіг вводиться заставна – борговий цінний папір, який засвідчує право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню в грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання – право звернути стягнення на предмет іпотеки. Заставна – неемісійний цінний папір, тобто емісія не вимагає публічної фіксації. Заставна оформляється, якщо її випуск передбачений іпотечним договором. Заставна підлягає державній реєстрації разом з державною реєстрацією обтяження відповідного нерухомого майна іпотекою. Порядок реєстрації заставної має бути встановлений спеціальним законом. Заставна як цінний папір може передаватися з рук в руки шляхом індосаменту. Держатель заставної вправі вимагати від боржника виконання основного зобов'язання та звернення стягнення на предмет іпотеки у випадку його невиконання. У випадку виконання боржником основного зобов'язання заставна підлягає передачі боржнику.

4. З 1 січня 2004 р. в обіг вводяться сертифікати Фонду операцій з нерухомістю – цінний папір, що засвідчує право його власника на отримання доходу від інвестування в операції з нерухомістю (Закон "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" від 19 червня 2003 р.).

Фонд операцій з нерухомістю не є юридичною особою, створюється фінансовою установою, яка має розробити та затвердити Правила ФОН, інвестиційну декларацію, проспект емісії сертифікатів ФОН шляхом відкритого продажу або безпосередньої пропозиції сертифікатів ФОН заздалегідь визначеному колу осіб. Залучені через сертифікати кошти використовуються на умовах управління майном в інтересах власників сертифікатів. Управитель ФОН інвестує кошти, залучені від продажу сертифікатів, в операції з нерухомістю, отримує дохід від цих операцій та розподіляє отриманий дохід між власниками сертифікатів ФОН.

Власниками сертифікатів ФОН можуть бути будь-які фізичні та юридичні особи. Такі сертифікати обертаються вільно і можуть випускатися як в документарній так і в бездокументарній формах. За способом фіксації власника сертифікати можуть емітуватися як іменні так і на пред'явника. Сертифікати ФОН – емісійні цінні папери, їх випуск підлягає державній реєстрації в ДК ЦПФР.

Сертифікати ФОН – погашувані цінні папери, тобто фонд діє до моменту виконання зобов'язань перед власниками сертифікатів.

Таким чином, в умовах формування ринкової економіки значна роль відводиться ринку цінних паперів як складової частини фінансового ринку. Нове цивільне законодавство закріплює в якості інструментів ринку цінних паперів такі нові їх види: іпотечні цінні папери – іпотечні сертифікати та заставна, сертифікати фонду операцій з нерухомістю.

## ПРОФЕСІЙНІ УЧАСНИКИ РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ: ПОНЯТТЯ І ОЗНАКИ

*А. Попова*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Для формування повноцінного, ефективно діючого фондового ринку необхідне існування не тільки категорій осіб, які формують попит і пропозиції на фондові інструменти, але й інститутів, що здійснюють посередницькі функції. Категорія посередницьких організацій на ринку цінних паперів (далі – РЦП) має особливий статус, що пояснюється специфікою їх функцій. Мова йде про професійних учасників РЦП в Україні.

Проблемним залишається питання визначення поняття "професійний учасник РЦП", яке обмежується лише визначенням професійної діяльності на РЦП як підприємницької діяльності з перерозподілу фінансових ресурсів за допомогою цінних паперів та організаційного, інформаційного, технічного, консультаційного та іншого обслуговування випуску та обігу цінних паперів, що є, як правило, виключним або переважним видом діяльності.

Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 14 березня 2001 р. №60 було затверджено "Ліцензійні умови провадження професійної діяльності на ринку цінних паперів" (далі – Ліцензійні умови провадження професійної діяльності на ринку цінних паперів), в п.1.2. яких професійний учасник РЦП визначається як юридична особа, яка здійснює певний вид (види) професійної діяльності на РЦП на підставі отриманої ліцензії.

Таке визначення є досить категоричним, оскільки встановлює, що професійним учасником РЦП можуть бути лише юридичні особи.

Було б доречним передбачити можливість бути професійними учасниками РЦП і фізичних осіб, зареєстрованих як суб'єкти підприємницької діяльності. Як аргумент, можна навести Закон України від 12 липня 2001 р. "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", в якому зазначається, що "до ринків фінансових послуг належать професійні послуги на ринках... операцій з цінними паперами та інших видах ринків, що забезпечують обіг фінансових активів", а ринок фінансових послуг визначається як сфера діяльності учасників ринків фінансових послуг з метою надання та споживання певних фінансових послуг. Учасниками таких ринків визнаються юридичні особи та фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності.

Обмеження професійних учасників РЦП лише юридичними особами звужує коло потенційних учасників РЦП, які бажають здійснювати професійну діяльність на РЦП. Адже існують і такі види професійної діяльності, що за своєю складністю не вимагають створення юридичної особи. Так, діяльність з управління цінними паперами могла б здійснюватися і громадянами-підприємцями.

Також ч.2 ст.4 Закону України від 30 жовтня 1996 р. "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" встановлює, що професійна діяльність на РЦП, у тому числі посередницька діяльність по випуску та обігу цінних паперів, здійснюється юридичними і фізичними особами.

Проаналізувавши визначення професійного учасника ринку цінних паперів, можна виділити такі основні ознаки професійних учасників ринку цінних паперів:

- Здійснює певний вид (види) професійної діяльності.
- Є юридичною особою, яка створюється у певній організаційно-правовій формі.
- Наявність ліцензії або необхідність отримання відповідного дозволу (ліцензії) на здійснення професійної діяльності.

А тепер докладніше розглянемо кожну з перелічених вище ознак професійних учасників РЦП в Україні.

Певний вид професійної діяльності на РЦП в Україні здійснюється відповідним професійним учасником цього ринку.

В ст.4 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" визначаються види професійної діяльності на РЦП, зокрема:

- торгівля цінними паперами – це діяльність з укладання цивільно-правових угод з цінними паперами, що здійснюється торговцями цінними паперами;
- депозитарна діяльність – надання послуг щодо зберігання цінних паперів та/або обліку прав власності на цінні папери, а також обслуговування угод щодо них, що здійснюється депозитаріями та зберігачами;
- розрахунково-клірингова діяльність, тобто визначення взаємних зобов'язань щодо угод з цінними паперами і виконання розрахунків, що здійснюється депозитаріями цінних паперів;
- діяльність з управління цінними паперами – діяльність, що здійснюється від свого імені за винагороду протягом визначеного терміну на підставі відповідного договору щодо управління переданими у володіння цінними паперами, які належать на правах власності іншій особі, в інтересах цієї особи або визначених цією особою третіх осіб.

На перший погляд може здатися, що цей вид професійної діяльності на РЦП законодавством не врегульований, оскільки ні Закон України "Про цінні папери і фондову біржу", ні Ліцензійні умови провадження професійної діяльності з цінними паперами не містять положень про порядок ліцензування та умови здійснення такої діяльності. Але в п.2 ч.1 ст.4 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" передбачений такий вид фінансових послуг як довірче управління фінансовими активами. Згідно з цим же Законом до фінансових установ, що надають одну чи декілька фінансових послуг, належить довірче товариство. Якщо проаналізувати Декрет Кабінету Міністрів України від 17 березня 1993 р. №23 "Про довірчі товариства", то можна дійти висновку, що законодавець має на увазі саме довірче товариство як юридичну особу, яка здійснює довірче управління фінансовими активами. Тому доречно було б в Законі України "Про цінні папери і фондову біржу" замінити термін "управління цінними паперами" терміном "довірче управління фінансовими активами". За змістом ці терміни схожі: діяльність, що здійснюється в інтересах третіх осіб, з метою отримання прибутку, на підставі договору. Лише стає ширшим об'єкт довірчого управління: до фінансових активів належать кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів (п.4 ч.1 ст.1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг"). Але об'єкт управління можна визначити при укладенні договору, де передбачити лише цінні папери.

Діяльність з управління цінними паперами може здійснюватися банками (пп.1.1. п.1 Положення щодо організації діяльності комерційних банків на ринку цінних паперів, затвердженого рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 18 травня 1998 р. №104 (далі – ДКЦПФР).

- діяльність з управління активами – діяльність, що здійснюється за винагороду компанією з управління активами на підставі відповідного договору про управління активами, які належать інвесторам на праві власності;
- діяльність з ведення реєстру власників іменних цінних паперів – збір, фіксація, обробка, зберігання та надання даних, що складають систему реєстру власників іменних цінних паперів, щодо іменних цінних паперів, їх емітентів та власників здійснюються емітентом цінних паперів або реєстратором;
- діяльність по організації торгівлі на РЦП – надання послуг, що безпосередньо сприяють укладенню цивільно-правових угод щодо цінних паперів на біржовому та організаційно оформленому позабіржовому РЦП. Цей вид професійної діяльності здійснюється фондовими біржами та торговельно-інформаційними системами (організатор торгівлі на ринку цінних паперів).

Пропонуємо в ст.4 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" поряд з видом професійної діяльності зазначити відповідного професійного учасника, який здійснює цю діяльність, оскільки, читаючи Закон, дуже складно зрозуміти який саме професійний учасник здійснює той чи інший вид професійної діяльності. Запропоновані зміни покращать процес сприйняття положень цього Закону.

Наступною ознакою професійних учасників ринку цінних паперів є їх функціонування як юридичної особи у певній організаційно-правовій формі:

1) торговцями цінними паперами можуть бути банки і акціонерні товариства, статутний фонд яких сформовано за рахунок виключно іменних акцій, та інші господарські товариства, для яких операції з цінними паперами становлять виключний вид їх діяльності;

2) банки, які здійснюють діяльність по випуску та обігу цінних паперів, депозитарну діяльність зберігача цінних паперів, ведення реєстрів власників іменних цінних паперів, створюються у формі акціонерного товариства, товариства з обмеженою відповідальністю або кооперативного банку (п.1 ст.6 Закону України від 7 грудня 2000 р. "Про банки і банківську діяльність");

3) Національний депозитарій України створюється у формі відкритого акціонерного товариства для забезпечення єдиної системи депозитарного обліку;

4) депозитарій, який здійснює виключно депозитарну діяльність, створюється у формі відкритого акціонерного товариства;

5) зберігачами цінних паперів можуть бути банки і торговці цінними паперами;

6) реєстратором є юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, який одержав у встановленому порядку дозвіл на ведення реєстрів власників іменних цінних паперів. Необхідну організаційно-правову форму реєстратора Закон не визначає;

7) довірчі товариства, які здійснюють довірче управління фінансовими активами, створюються у формі товариства з додатковою відповідальністю;

8) компанія з управління активами інституту спільного інвестування (далі – ІСІ), яка здійснює професійну діяльність з управління активами, створюється у формі господарського товариства;

9) корпоративний інвестиційний фонд провадить виключно діяльність із спільного інвестування і створюється у формі відкритого акціонерного товариства;

10) фондова біржа, яка зосереджує попит і пропозицію цінних паперів, сприяє формуванню їх біржового курсу, створюється у формі акціонерного товариства;

11) торговельно-інформаційна система є юридичною особою, яка здійснює діяльність з організації торгівлі на позабіржовому ринку та володіє або управляє електронною торговельно-інформаційною мережею.

Ще однією ознакою професійних учасників РЦП є ліцензування їх діяльності, що проявляється в необхідності отримання відповідного дозволу (ліцензії).

Загальним нормативно-правовим актом, який регламентує порядок ліцензування та закріплює обов'язковість ліцензування такого виду господарської діяльності як професійна діяльність на РЦП, є Закон України від 1 червня 2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності"(п.57 ст.9).

Спеціальним нормативно-правовим актом, який встановлює вимоги, обов'язкові для виконання при провадженні професійної діяльності на РЦП та на момент отримання ліцензії є Ліцензійні умови провадження професійної діяльності на ринку цінних паперів, затверджені рішенням ДКЦПФР від 14 березня 2001 р. №60, п.1.5. яке закріплює право професійного учасника РЦП здійснювати професійну діяльність на ринку цінних паперів на всій території України після отримання відповідної ліцензії в органі ліцензування за умови вступу до щонайменше однієї саморегульованої організації.

Отже, враховуючи вищезазначене, пропонуємо внести зміни до п.1.2. Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на ринку цінних паперів, виклавши його в такій редакції: "Професійні учасники ринку цінних паперів – це юридичні та фізичні особи, зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності, які на підставі відповідної ліцензії здійснюють торгівлю цінними паперами, депозитарну діяльність, розрахунково-клірингову діяльність, діяльність з управління цінними паперами, діяльність з ведення реєстру власників іменних цінних паперів та діяльність по організації торгівлі на РЦП.

Таке визначення як і запропоновані вище пропозиція про закріплення в ст.4 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" поряд з видом професійної діяльності зазначати відповідного професійного учасника, який здійснює цю діяльність, основні ознаки професійних учасників РЦП набагато полегшить розуміння й застосування понятійного апарату в сфері здійснення професійної діяльності на РЦП в Україні.

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

*В. Васильєва*

*Юридичний інститут Прикарпатського університету імені Василя Стефаника*

Посередницька діяльність полягає в наданні фактичних та юридичних послуг іншим особам (виробникам та споживачам) в реалізації чи придбанні товарів, в наданні інших, пов'язаних з товарним обігом послуг або у здійсненні продажу і закупок товару за рахунок інших осіб. Її слід розглядати як встановлення економічних і правових відносин за посередництвом (в тому числі при участі) іншої особи.

Змістом діяльності посередників (осіб, що допомагають) є надання юридичних і/або фактичних послуг. У літературі висловлюється точка зору, що власне посередницька діяльність призводить до встановлення господарських зв'язків між суб'єктами економічної діяльності. При цьому посередник тільки зводить сторони, не вступаючи ні з однією в правові зв'язки. Акцент на таку діяльність посередника призвів до розуміння посередницької діяльності тільки як такої, коли виконавець надає замовнику послуги фактичного характеру. Це в свою чергу призвело до поділу посередників на юридичних посередників та фактичних в залежності від поділу послуг. Зокрема, К.М. Шмиттгофф відзначив, доручення, яке дається агенту може полягати як в забезпеченні укладення угод, так в безпосередньому їх вчиненні. Якщо детальніше розглянути перелік суто фактичних дій, які, на думку прихильників такої позиції, має вчинити посередник в забезпечення укладення угод – то це збір та обробка інформації, проведення рекламної кампанії. Насправді такі фактичні дії є предметом інших, ніж посередницьких договорів. В якості основної юридичної ознаки, що відрізняє посередницькі послуги від інших видів послуг, є необхідність участі посередника (послугодавача) у встановленні правовідносин між різними учасниками цивільного обороту. Посередник діє в інтересах іншої сторони (клієнта), сприяючи його вступу в правовідносини з третіми особами, зокрема шляхом пошуку контрагентів, узгодження основних умов договору, аналізу платоспроможності ринку. Проте такі послуги посередників завжди носять додатковий характер щодо основного посередницького зобов'язання – укладення угоди купівлі-продажу товару.

Вперше в українському законодавстві визначення посередницької операції було закріплено в ст.4 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" від 16.04.91 р., суть якої полягає в тому, що при здійсненні посередницьких операцій право власності на товар не переходить до посередника. До таких операцій відносять брокерські угоди, комерційне доручення, комісійні, агентські договори, договори доручення тощо.

Проголошення курсу на економічні реформи вимагає вдосконалення правового регулювання посередницьких операцій. До джерел українського права, що регулюють відносини посередництва, в першу чергу слід віднести цивільне законодавство, в межах якого існують як загальні, так і спеціальні норми. До загальних слід віднести норми, що регулюють підстави виникнення зобов'язань, відповідальність, умови щодо виконання тощо, а також загальні норми про надання послуг. Серед спеціальних слід бачити норми про доручення, комерційне представництво, комісію. Прийнятий новий Цивільний кодекс суттєво покращив ситуацію. В ньому закріплений інститут комерційного представництва, загальні положення про договори послуг, суттєво змінені правила, що регулюють договори доручення та комісії. Але посередницькі договори, такі як консигнація, агентування, біржове посередництво, залишилися поза межами законодавчого регулювання.

Окремі спроби окреслити ознаки посередницької діяльності зроблені переважно в тих нормативних актах, які торкаються оподаткування та обігу цінних паперів (в першу чергу приватизаційних). В Законі України "Про оподаткування доходів підприємств та організацій" (ст.4) зазначається, що доходом від посередницької діяльності є сума комісійних винагород (процентів) або ж додаткова виручка від реалізації продукції (товарів, послуг). Таке визначення є свідченням визнання того, що при посередницькій діяльності право власності на товар, що є матеріальним об'єктом надання послуг, не переходить до посередника і тому він не виступає власником грошових коштів, які надходять за товар, навіть якщо він і бере участь в розрахунках.

Стаття 7 Закону України "Про приватизаційні папери" вперше в українському законодавстві дає спробу визначення посередницької діяльності, зазначаючи, що посередницька діяльність з



приватизаційними паперами – це комерційна діяльність, яка проводиться шляхом обміну приватизаційних паперів на паї, акції і здійснюється посередником від свого імені, за дорученням, за рахунок і на ім'я власників приватизаційних паперів. Тут же в п.2 дається визначення представницької діяльності з приватизаційними паперами – це обмін приватизаційних паперів на паї, акції, що здійснюється представниками від імені, за рахунок і на ім'я власників приватизаційних паперів. Навіть наведені визначення є свідченням суперечливості та невизначеності досліджуваного інституту представництва та його форм.

В одній і тій же нормі законодавець посередництво визначає то як діяльність, власне, комерційну, то як операцію міни цінних паперів.

Врегулюючи страхову діяльність в Україні, законодавець знову повертається до визначення посередництва, але традиційно робить це тільки щодо визначення посередницької діяльності в певній сфері, а саме у сфері страхування. В ст.15 Закону України "Про страхування" зазначається: "Посередницька діяльність страхових та перестрахових брокерів може включати консультування, експертно-інформаційні послуги, роботу, пов'язану з підготовкою, укладенням та виконанням договорів страхування (перестраховання), в т.ч. щодо врегулювання збитків у частині одержання та перестраховання страхових платежів, страхових виплат та страхових відшкодувань за угодою відповідно із страховальником або перестраховальником, інші посередницькі послуги у страхуванні та перестрахованні за переліком, встановленим уповноваженим органом. Із цього законодавчого визначення можна зробити висновок – посередницька діяльність включає в себе послуги як юридичного, так і фактичного характеру.

Неважко помітити, що поняття посередник, посередницька діяльність в українському законодавстві зустрічається не так часто, тому для глибшого з'ясування їх змісту певний інтерес представляють нормативні акти міжнародного характеру. Заслужують на увагу такі нормативні акти, які безпосередньо спрямовані на регулювання цього інституту. Це Гаазька конвенція від 14 березня 1978 р. про право застосовуване до агенських угод; Женевська конвенція від 15 лютого 1983 року про представництво при міжнародній купівлі-продажу товарів; Директива ЄЕС від 18 грудня 1986 року про координацію законодавства держав-членів ЄЕС по питанню про незалежних торгових агентів.

Вказана Директива не виступає безпосереднім джерелом права для країн-членів співтовариства. Кожна країна виробляє свій механізм трансформації волі, що виражена в нормах Директиви. Наприклад, у Франції на виконання Директиви був прийнятий закон від 25 червня 1991 року, який імплементував її у внутрішнє законодавство і закріпив механізм застосування. В Німеччині названу директиву вводить в національне законодавство закон від 23 жовтня 1989 року, яким були внесені відповідні зміни до Німецького Торгового Уложення, в Італії на основі директиви був прийнятий декрет від 10 вересня 1990 року. Але цей міжнародний акт вважають суттєвим вкладом у справу уніфікації правових норм у сфері посередницької діяльності. Прийняття такого одноманітного регулювання покладає обов'язок на суб'єктів господарювання України, при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності в якості посередника, звертатися до положень Директиви і враховувати їх при розробці видів посередницьких угод.

Прихильники функціонування поряд з цивільним господарського кодексу також займають позицію, що посередництво – це агентські відносини у сфері господарювання. В господарському кодексі України вперше дається визначення галузей та видів господарської діяльності де особливе місце відводиться господарсько-торгівельній діяльності, як такій, що найбільш урізноманітна правовими формами. Зазначивши розмежування двох сфер господарської діяльності – сферу матеріального виробництва та обігу, законодавець сферу товарного обігу визначає як господарсько-торгівельну діяльність, що може здійснюватись у таких формах: матеріально-технічне постачання і збут; енергопостачання; заготівля; оптова торгівля; роздрібна торгівля і громадське постачання; продаж та передача в оренду засобів виробництва; комерційне посередництво у здійсненні торгівельної діяльності тощо (ст.263 Господарського кодексу України). Безперечно, що поклавши в основу кодифікації не стільки правові, а швидше економічні критерії, важко структуровано викласти весь нормативний матеріал. Свідченням цього є поділ норм, що регулюють спеціальні види посередницької діяльності, за критерієм здійснення економічної діяльності у тій чи іншій сфері, зокрема, у главах, присвячених біржовій діяльності, комерційному посередництву у сфері господарювання і главі, присвяченій посередництву у здійсненні операцій з цінними паперами. Хоча не важко здогадатися, що посередницька діяльність з певними об'єктами (цінні папери), або ж особливим суб'єктом (товарною біржею) – це ніщо інше як окремі види посередницької діяльності, які мають спільну правову природу. Їх правове регулювання повинно співвідноситися як загальне з

особливим. Підміна правових принципів регулювання економічними призводить до схоластики і протиріч.

Разом з цим у Господарському кодексі вперше в українському законодавстві небезпідставно всі відносини в сфері посередницької діяльності визначаються як агентські і пропонуються загальні норми їх регулювання (глава 31 ГК).

Відтак слід констатувати, що основним джерелом регулювання відносин посередництва залишається цивільне законодавство, в межах якого містяться як спеціальні, так і загальні норми. Серед спеціальних норм, що регулюють посередницькі відносини можна назвати норми, що регулюють договір доручення (ст.1000-1010 ЦК) та договір комісії (ст.1011-1028 ЦК), а також загальні норми, що торкаються представництва, довіреності (ст.237-250 ЦК) та загальні положення про зобов'язання. Ці положення підлягають застосуванню до всіх відомих на практиці посередницьких договорів. На сьогодні в Україні визнається джерелом права і звичай. Це закріплено в Законі України "Про Міжнародний комерційний арбітражний суд".

Розглянувши джерела правового регулювання посередницької діяльності, мимоволі приходиш до висновку, що фактично діючі загальні норми цивільного права не можуть задовільнити відносини, які виникають із посередницької діяльності як у сфері внутрішнього обороту, так і зовнішньоекономічної діяльності. Договірні "аналоги" можуть суттєво відрізнятися від врегульованих договорних конструкцій, і, відповідно, вимагають спеціального регулювання. В першу чергу це торкається зовнішньоекономічної діяльності, де гостро постає питання митних формальностей, валюти платежу, арбітражу тощо.

Вищевикладене свідчить про необхідність розробки в Україні спеціального нормативного акта, який би регулював надання послуг посередниками. При підготовці такого акта можна було б піти по шляху Угорщини, де спеціальні норми щодо посередницької (агентської діяльності) містяться в окремому акті як додаток до ЦК.

## ПРОБЛЕМИ АВТОРСЬКО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ АЛГОРИТМУ

*О. Ваянова*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Однією з проблем, які стоять перед практикою та обумовлених авторсько-правовою охороною, є відсутність охорони алгоритму. Загальноприйнятим є те, що алгоритм як ідея не є об'єктом авторсько-правової охорони і тому є об'єктом, який позбавлений правового захисту. Правила, згідно якого алгоритм позбавляється правової охорони, дотримуються й інші інститути цивільного права. Юридично абсурдним є надання правової охорони інтелектуальним ідеям. Це є першою причиною того, що алгоритму як ідеї не надається правова охорона. Це явище є загальновизнаним і знаходить підтвердження в світовій юридичній практиці. Загальносвітова практика дотримується точки зору про те, що патент не повинен використовуватись для монополізації явищ природи, духовних процесів і інтелектуальних ідей.

Нематеріальність алгоритму, а, відповідно, і неможливість встановлення об'єкту охорони, є другою причиною відсутності його правової охорони. Розповсюдження патентної або іншої правової охорони на ідеї є практично нездійсненним і не буде слугувати розвитку регульованих відносин.

Дійсно, поняття алгоритму у встановленому вже правовому захисті комп'ютерних програм фактично ототожнюється із поняттям ідеї. Однак, поняття алгоритму є багаторівневим і внаслідок цього воно не завжди може бути прирівняне до ідеї. Перед тим, як алгоритму надається форма, що дозволяє прочитати його за допомогою машини, він проходить низку етапів розробки. Алгоритм перестає бути нематеріальною ідеєю на рівні інтерфейсу. Сукупність ланцюгів приладу ЕОМ і алгоритм, що визначає порядок проходження сигналів цими ланцюгами, називається інтерфейсом (зв'язком, взаємодією). Поняття інтерфейсу, яке використовується в інформатиці, є ширшим, і під цим поняттям розуміються правила взаємодії об'єктів інформаційної мережі під впливом програмного управління.

Алгоритм передачі інформації ланцюгами інтерфейсу визначає, у якій послідовності мають формуватись сигнали на входах ланцюгів для передачі інформації між приладами, а також визначає оптимальний набір операцій для забезпечення необхідної продуктивності ЕОМ. Алгоритм тут є вже технічним поняттям і являє собою матеріалізовану ідею з такої передачі інформації між приладами ЕОМ.

Від вибору алгоритму будуть у багатьох випадках залежати, наприклад, операції на біржах під час купівлі-продажу акцій, де від долі секунд залежить здійснення операції, результати виробництва з використанням високоточних технологій, проведення хірургічних операцій і т. п. Оскільки від вибору алгоритму у кінцевому результаті залежатиме послідовність формування сигналу на входах ланцюгів для передачі інформації інтерфейсом і швидкість проходження цього сигналу (сигналів).

Різноманітні компанії ведуть пошуки оптимальних і досконалих алгоритмів для виконання різноманітних завдань. За твердженням щотижневика Комп'ютердік – Москва, "апаратні засоби шифрування СІОЕС компанії Cylink поповнили алгоритмом з трьома ключами. Алгоритм Triple – Des заснований на використовуваній тривалий час технології шифрування DES (Data Encrypton Standard), але замість одного у ньому використовуються три ключі з загальним числом розрядів 168. Для розшифровки повідомлень є також необхідними три різних ключі. Використання одного алгоритму дозволило компанії стати першим виробником високошвидкісних шифраторів (2 М біт/с) на основі технології даного класу.

Таким чином, алгоритм є важливим технічним об'єктом і може бути удостоєний правової уваги. Вважаємо, що надання можливості правового захисту алгоритму є доцільним шляхом надання патентно-правової охорони алгоритму і комп'ютерній програмі як об'єктам одного плану.

Алгоритм і комп'ютерна програма можуть бути порівняно виражені як зміст твору і його (цього ж твору) форма. Алгоритм при цьому може бути розглянутий на будь-якому рівні, як на рівні інтерфейсу, так і на рівні ідеї. Являючи собою залежне від комп'ютерної програми поняття, алгоритм буде представлений як її складова частина. Позитивним моментом такої охорони буде більш повний правовий захист інтелектуальної діяльності автора у порівнянні з авторсько-правовим захистом

комп'ютерних програм, яка не передбачає захисту алгоритму.

Крім того, піратство може бути не лише варварським, примітивним, але й технологічним, інтелектуальним. При масштабному обсязі операцій, які здійснюються на рівні міжнародних корпорацій, і за умов гострої конкурентної боротьби, незаконне копіювання, захищати від якого покликане авторське право, може стати абсолютно непотрібним елементом конкурентної боротьби. Більше того, можна брати участь в роботі різноманітних конференцій і зустрічей із захисту прав автора програмного забезпечення, і одночасно на законних підставах використовувати інтелектуальний потенціал конкурентів. Оскільки авторсько-правова охорона не повинна охороняти ідею, яку закладено до основ комп'ютерної програми, то використання цих ідей третіми особами, у тому числі конкурентами, є можливим. За наявності необхідних технічних та економічних засобів надання інтелектуальним ідеям конкурентів форми, яку в змозі прочитати машина, існує реальна і законна можливість отримання прибутків на основі чужих розробок. Все мистецтво полягатиме лише у наданні іншої форми твору.

Варто відзначити також, що є доцільним здійснення постійного контролю з боку держави за угодами, предметом яких є інтелектуальні права технічного характеру. Така необхідність зумовлена великою чисельністю ознак охорони. Для комп'ютерних програм, якщо вони стануть об'єктом патентного права, доступним стане державний контроль за угодами, предметом яких вони виступатимуть. За умов авторсько-правової охорони здійснення державного контролю значно ускладнюється, а іноді може бути зовсім неможливим. Наявність такого контролю стає доступним лише за такої форми охорони, як патентно-правова.

Вважаємо, що комп'ютерні програми у сукупності з алгоритмом доцільно прирівняти не до літературних творів, а до способу (управління ЕОМ) і розповсюдити на них патентно-правову охорону. Під способом розуміється прийом або система прийомів (процесів) виконання взаємопов'язаних дій над матеріальним об'єктом. У цьому випадку алгоритм буде виражений як невід'ємна частина програми і разом із програмним забезпеченням отримає правову охорону, тобто згідно п.5 ч.2 ст.28 Закону України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі" продукт визнається таким, що був використаний із застосуванням запатентованого винаходу, якщо при цьому була використана кожна ознака, включена до незалежного пункту формули винаходу, або ознака, еквівалентна йому. Патентна охорона розповсюджується на сутність, основоположну ідею програми, втілену у алгоритмі.

Для захисту алгоритму і комп'ютерної програми, як об'єктів одного порядку, нормами патентного законодавства необхідно вирішити проблеми, вказані нижче:

- охорона алгоритму не повинна використовуватись для монополізації інтелектуальних ідей;
- алгоритм як ідея не повинен зводитись до матеріальних об'єктів, внаслідок чого виявиться неможливим визначення об'єкту охорони.

Для вирішення цих проблем правова охорона алгоритму і комп'ютерній програмі може надаватись на рівні винаходів і буде гарантуватись новим, невідомим у галузі техніки творам, що мають винахідницький рівень і можуть застосовуватись у промисловості. До творів, які не відповідають таким вимогам, патентно-правова охорона не застосовується.

До алгоритму може бути закладена не лише математична формула з визначення розміру прибутку, а й аналіз часу пред'явлення цінного паперу, можливість нарахування прибутку, визначення дисконту, встановлення доходу за періодами часу, виявлення ЕОМ помилки введення даних оператором, корекція помилки. У цьому випадку з'являється новий ступінь новизни і творчості у діяльності програміста. Використання незахищеного алгоритму може призвести до правомірного використання інтелектуальної праці іншого автора. Надавши певному алгоритму форми, яка сприйматиметься і читатиметься машиною, і буде відрізнитись від первинного варіанту, автор похідного твору використовуватиме інтелектуальну працю іншої особи. Хоча інтелектуальний продукт праці автора виражається, по-перше, в алгоритмі і, по-друге, безпосередньо в самій комп'ютерній програмі.

Захист алгоритму і комп'ютерної програми, як об'єктів одного порядку, патентним законодавством є одним з шляхів вирішення проблеми захисту інтелектуальної праці автора.

**ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ  
ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ЖИТЛА  
ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

*Ж. Чорна*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Однією із найбільш важливих правомочностей батьків в процесі управління майном дітей є вчинення ними різного роду правочинів, об'єктом яких виступає майно малолітніх та неповнолітніх. Виходячи з норм нового цивільного законодавства такі правочини можуть бути поділені на дві основні категорії. До першої відносяться правочини, які батьки мають право вчиняти самостійно. Сюди включають побутові правочини (правочини, для вчинення яких не потрібен дозвіл органів опіки та піклування). До другої відносяться правочини, які виходять за межі побутових (правочини, для вчинення яких необхідним є спеціальний дозвіл органів опіки та піклування: договори, які підлягають нотаріальному посвідченню, угоди про відмову від належних дитині прав, угоди про розподіл майна і т.п.) (ч.1 ст.71 ЦК України).

Як бачимо, законодавство встановлює доволі суворі правила, які регламентують дії законних представників при вчиненні ними правочинів з майном дітей. Фактично вони мають право вчиняти без дозволу органів опіки та піклування лише побутові правочини, визначення яких у законі не міститься. Це слугує підставою кваліфікувати поняття побутового правочину як оціночне, яке визначається у кожному конкретному випадку в залежності від обставин справи.

Правочини, які виходять за межі дрібних побутових (за винятком тих, на які покладена абсолютна заборона), можуть вчинятися батьками лише з дозволу органів опіки та піклування. Але, як справедливо зазначив Фаршатов І., наявність згоди органів опіки та піклування на вчинення правочину само по собі не є для суду достатнім підтвердженням законності правочину. Якщо в результаті такого правочину майнові права малолітньої або неповнолітньої особи були порушені, то, не дивлячись на дозвіл органів опіки та піклування на її укладення, такий правочин повинен визнаватися недійсним.

Для правочинів, які батьки укладають з приводу належного дитині майна, важливе значення має безпосередній об'єкт цих правочинів. У зв'язку з цим особлива увага повинна бути приділена правочинам, об'єктами яких є квартири і жилі будинки, які належать малолітнім та неповнолітнім. Це пояснюється як високою цінністю такого роду речей, так і їх специфічними якостями – здатністю задовольняти житлові потреби дитини. Тобто правочини, спрямовані на відчуження квартир і жилих будинків, які знаходяться у власності дітей, потребують підвищеної уваги з боку органів опіки та піклування.

На укладення договору купівлі-продажу квартири (будинку), дачі, садового будинку, гаража, земельної ділянки, іншої нерухомості, які належать на праві власності малолітнім та неповнолітнім, поширюються загальні правила, передбачені Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, якою передбачено, що "при нотаріальному посвідченні договорів про відчуження квартири, а також іншої нерухомості при подальшій реєстрації, нотаріус вимагає надання документів, які підтверджують право власності на вказане майно у осіб, які відчужують".

Крім цього нотаріус вимагає дозвіл органів опіки та піклування на право опікуна відчужувати, а піклувальника – давати згоду на вчинення від імені підопічного правочинів, якщо вони виходять за межі побутових. Разом з тим можна говорити і про те, що дитині (як і будь-якому іншому власнику) належить право на продаж належної їй квартири (жилого будинку). Але належна реалізація цього права пов'язана з наявністю різного роду обставин, які в своїй сукупності дають підстави для видання дозволу на продаж житла. До них, зокрема, можуть бути віднесені: дійсна необхідність продажу житла дитини; реальна можливість придбання нового житла; відсутність заборони на відчуження житла, а також підстав, які свідчать про недобросовісність батьків при вчиненні правочину; документи, які підтверджують дані обставини.

Так, проблеми досить часто виникають у ситуації, коли батьки разом з дітьми змінюють місце проживання. У такому випадку орган опіки та піклування, даючи згоду на відчуження житла, яке

належало батькам і дітям на праві спільної власності, з одного боку, не може перешкоджати громадянам України реалізовувати таке своє конституційне право як вільний вибір місця проживання (ст.33 Конституції України), з іншого—не можна допускати щоб майнове право малолітнього або неповнолітнього було порушене саме його батьками, навіть тоді, коли органи опіки та піклування вважають такі сім'ї благополучними і матеріально забезпеченими.

Всі ці обставини повинні бути точно встановлені органами опіки та піклування для прийняття рішення про видання дозволу на продаж квартири. Але, як показує практика, саме на цьому етапі і виникають найбільші складності. Це пояснюється тим, що можливості органів опіки та піклування прослідкувати подальшу долю дитини, з точки зору реалізації її житлових прав є недостатніми.

У низці випадків для забезпечення інтересів дитини органи опіки та піклування вимагають від батьків надання різних довідок, навіть заяви самого малолітнього, який досяг 10 років, про надання дозволу його батькам продати належну йому квартиру; вивчення сім'ї працівниками ЖЕО; надання із школи, в якій навчається дитина, характеристики сім'ї і т.д. В інших випадках органи опіки та піклування дають дозвіл на продаж квартири, обумовлюючи при цьому обов'язок відшкодування батьками вартості належного дитині житла у випадку несприятливого чи вимагають письмові гарантії з боку інших родичів, які мають житло на праві власності, що малолітній чи неповнолітній буде забезпечений житловою площею. Деколи органи опіки та піклування вимагають спочатку придбання батьками нової квартири, а потім уже продаж старої. В теоретичному плані це дійсно уявляється найбільш оптимальним. Але його здійснення в переважній більшості випадків є неможливим у зв'язку із відсутністю у батьків засобів для придбання нового житла до продажу старого. Звертаючись до практики, на наш погляд, є не логічним вимагати від дітей, які не досягли 14-річного віку, заяви про згоду на відчуження об'єкта нерухомості, співвласниками якого вони виступають. Адже особа у такому віці не здатна повністю усвідомлювати правові наслідки надання нею згоди на відчуження належного їй на праві власності житла. Крім того, ст.31 нового ЦК України говорить, що малолітні особи мають право самостійно вчиняти дрібні побутові правочини а також здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом. Всі інші правочини вчиняють від їх імені їхні законні представники з дозволу органів опіки та піклування. Що ж до неповнолітніх, то на вчинення неповнолітньою особою правочину щодо транспортних засобів або нерухомого майна повинна бути нотаріально посвідчена згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника. Тобто цілком логічним є те, що органи опіки та піклування будуть запитувати дозволу на продаж житла, належного неповнолітньому, у самого неповнолітнього.

Часто батьки, вирішуючи питання про придбання житла за новим місцем проживання при вчиненні відповідних правочинів, не включають малолітніх чи неповнолітніх у коло співвласників, у той час, коли правочин укладається за гроші, отримані за житло, яке належало на праві спільної власності як батькам, так і їх дітям за місцем колишнього проживання. Крім того, опитування таких батьків у більшості випадків показало, що вони не включають своїх дітей у число співвласників, оскільки не вважають це за необхідне, або, щоб у майбутньому не звертатися до органів опіки та піклування, якщо буде необхідність вчинити ще один правочин з цим нерухомим майном. У тому випадку, коли батьки, відчужуючи житло, співвласниками якого є і малолітні чи неповнолітні, не звертаються до органів опіки та піклування за дозволом на укладення договору купівлі-продажу, наприклад приватизованої квартири, то такі договори визнаються у судовому порядку недійсними.

Завершуючи розгляд даного питання, хотілось би зазначити, що в період розвитку і формування ринкових відносин необхідним є створення дієвого правового механізму захисту прав малолітніх та неповнолітніх при відчуженні житла, співвласниками якого нарівні з дорослими є підлітки; необхідно більше уваги приділяти роз'ясненню житлових прав та обов'язків особам, які не досягли 18 років та їх батькам; посилювати контроль з боку органів, які покликані захищати майнові права та інтереси вказаної категорії осіб.

**ПОНОВЛЕННЯ ОКРЕМИХ МАЙНОВИХ ПРАВ  
НЕЗАКОННО ЗАСУДЖЕНИХ І РЕАБІЛІТОВАНИХ  
(НА МАТЕРІАЛАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)**

*Г. Яновицька*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Відповідно до норм чинного законодавства, громадяни внаслідок незаконних дій органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду, а також у зв'язку з політичними репресіями, поновлюються у втрачених ними трудових, службових, пенсійних, житлових, інших особистих і майнових правах. Їм також повертаються державні нагороди, учені ступені, надаються пільги, у тому числі право проживання в населених пунктах і місцевостях, в яких вони постійно проживали до репресій.

Однак, труднощі, які виникають на практиці у процесі поновлення зазначених прав, є наслідком недостатнього законодавчого регулювання даних правовідносин.

У ряді випадків, законодавець встановлює певні обмеження щодо повернення окремих видів майна, що належало потерпілому. Так, Земельний кодекс у своїх статтях встановив імперативну норму, щодо поновлення права власності на земельну ділянку. Зокрема у п.4 ст.78 сказано, що особам (їх спадкоємцям), які мали у власності земельні ділянки до 15 травня 1992 року, земельні ділянки не повертаються.

На нашу думку, дану норму Закону слід розглядати в кількох аспектах.

Зазначимо, що Конституція України та раніше прийнятий Закон України "Про власність" у своїх нормах містять заборону щодо примусового відчуження об'єктів права приватної власності. Так, у ст.41 Основного Закону йдеться про те, що даний механізм може бути застосований лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Однак, у разі прийняття Україною законодавчого акта, який припиняє права власності, держава відшкодовує власникові заподіяні збитки. Збитки відшкодовуються в повному обсязі відповідно до реальної вартості майна на момент припинення права власності, включаючи й недержані доходи.

На підставі вище зазначеного, вважаємо, що ст.78 Земельного кодексу слід застосовувати у випадку повернення майна, яке безоплатно вилучалось у громадянина.

Можливо, тут йде мова про майно, яке було у радянський період націоналізоване.

За чинним законодавством, громадянин не має права на повернення націоналізованого майна. Прикладом може бути ч.3 ст.5 Закону від 17 квітня 1991 року. Ця норма застерігає, що не підлягають поверненню (компенсації) будівлі та інше майно, що було націоналізовано на підставі відповідних нормативних актів.

Слід зауважити, що націоналізація в період існування Радянської держави проводилась на підставі нормативних актів, які явно порушували права громадян. Даний процес проходив під різними найменуваннями (націоналізація, конфіскація, оголошення власністю республіки, секвестр або реквізиція), однак суть її залишалась незмінною. Майже у всіх випадках вона мала безоплатний характер, тобто колишнім власника не виплачувалась компенсація за вилучене у них майно. Вважаємо, що ці норми явно порушували права громадянина, і тому не зрозумілою є позиція законодавця щодо введення заборони на повернення націоналізованого у цей період майна.

У цьому випадку слід було б надати особі право на компенсацію вартості такого об'єкту, якщо буде доведено факт його вилучення та право власності на нього.

Зауважимо, що аналізована норма Земельного кодексу не поширюється на повернення присадибної ділянки. Відповідно до ст.121 цього кодексу, присадибна ділянка це – ділянка, яка надається для будівництва і обслуговування жилого будинку, господарських будівель і споруд. Цивільний кодекс України також містить аналогічну за своєю суттю норму про садибу як об'єкт права власності. Так, ст.381 зазначає, що "садибою є земельна ділянка разом з розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями".

Таким шляхом іде і практика. Рішенням комісії з питань поновлення прав реабілітованих Львівської обласної Ради від 05.09.1995 р. г-ці П. повернуто будинок в м. Львові-Брюховичах. А відповідно до рішення №202 від 19.06.1997 року Брюховицької сільради їй виданий державний акт на право приватної власності на земельну ділянку площею 0,15 га.

При поновленні житлових прав реабілітованих тож часто виникає спір щодо повернення будівель, які пов'язані з будинком господарським призначенням. Такі об'єкти, як ми вже зазначали, відповідно до ст.381 ЦК України є садибою. І ч.2 говорить, що "у разі відчуження житлового будинку вважається, що відчужується вся садиба, якщо інше не встановлено договором чи законом".

Тому правильне з'ясування всіх обставин, які мають значення для даної категорії справ, є наслідком винесення законного і обгрунтованого рішення судом.

Так, Мостиським районним судом була розглянута скарга гр. С. про визнання недійсним рішення виконкому Твіржанської сільської Ради. За матеріалами справи відповідач своїм рішенням надав дозвіл на переобладнання під житло господарської будівлі (сарай) гр. Ш., а Самбірський МБТІ видав йому свідоцтво про право власності. Даний об'єкт знаходився на земельній ділянці, яка разом із будинком була повернена реабілітованому гр. С. Рішенням Мостиського районного суду скаргу задоволено.

Апеляційним судом Львівської області рішення Мостиського районного суду скасовано і справу направлено на новий розгляд, у зв'язку з тим, що покази представника сільської Ради про те, що спірний будинок не складає одне ціле з будинком скаржників і інші факти є на думку судової колегії недостатніми. Також суд не зажадав від гр. Ш. свідоцтва про право власності на спірний будинок та при обгрунтованості позовних вимог позивачів не визнав його недійсним.

Вважаємо правильним, що за таких обставин рішення суду підлягає скасуванню, як постановлене з порушенням вимог ст.ст.15,30,62,202 ЦПК України, спірні обставини справи з достатньою повнотою не з'ясовані.

Аналізуючи дану категорію справ, можна зробити висновок, що більшість проблем, які виникають у процесі поновлення майнових прав незаконно засуджених громадян, пов'язана з неоднозначним тлумаченням окремих положень відповідного законодавства. У деяких випадках їх розв'язання вимагає доповнення чи уточнення, що слугитиме винесенню законного рішення.



## ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ

*М. Логвінова*

*Прикарпатський університету імені Василя Стефаника*

10 січня 2002 року був прийнятий новий Сімейний кодекс України (*далі – СК України*), який вніс багато новел в правове регулювання позбавлення батьківських прав в Україні. У зв'язку з цим виникає необхідність проведення ґрунтовного теоретичного аналізу нових положень СК України, якими врегульоване настання правових наслідків у разі позбавлення батьків (усиновлювачів) батьківських прав.

Теоретичною основою для проведення правової характеристики наслідків позбавлення батьківських прав стали розробки таких знаних науковців, як Г. Белякова, О. Казанцева, Л. Короткова, О. Косенко, В. Леженіна, Г. Матвєєва, В. Мироненка, З. Ромовської та інших. Адже більшість правових ідей, науково обґрунтованих висновків вказаних вчених були покладені в основу прийнятого СК України.

Незважаючи на той факт, що новим СК України чітко передбачені правові наслідки позбавлення батьківських прав, питання залишається актуальним як з наукової, так і з практичної точки зору. Актуальним воно залишається, насамперед, з огляду на інтереси дітей, батьки яких позбавлені батьківських прав. СК України встановлює конкретні правові наслідки позбавлення батьківських прав для батьків, але залишає відкритим питання щодо правових наслідків позбавлення батьківських прав дітей, батьки яких зазнали впливу цієї сімейно-правової санкції.

Так, згідно з ст.166 СК України особа, позбавлена батьківських прав: 1) втрачає особисті немайнові права щодо дитини та звільняється від обов'язків щодо її виховання. Наприклад, ст.219 СК України передбачає, що усиновлення дитини провадиться без згоди батьків, якщо вони позбавлені батьківських прав щодо дитини, яка усиновлюється; 2) перестає бути законним представником дитини; 3) втрачає права на пільги та державну допомогу, що надаються сім'ям з дітьми; 4) не може бути усиновлювачем, опікуном та піклувальником; 5) не може одержувати в майбутньому тих майнових прав, пов'язаних із батьківством, які вона могла б мати у разі своєї непрацездатності (право на утримання від дитини, право на пенсію та відшкодування шкоди у разі втрати годувальника, право на спадкування). Зокрема, згідно з ст.204 СК України дочка, син можуть бути звільнені судом від обов'язку утримувати матір, батька та обов'язку брати участь у додаткових витратах, якщо буде встановлено, що мати, батько ухилялися від виконання своїх батьківських обов'язків. Ч.3 ст.1255 ЦК України передбачає, що не мають права на спадкування за законом батьки після дитини, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав та їхні права не були поновлені на час відкриття спадщини. Однак батьки, позбавлені батьківських прав, не втрачають ні право на спадкування, ні права на відшкодування шкоди, якщо є утриманцями своїх дітей, оскільки в даному випадку їх право засновано не на факті кровного споріднення з дітьми, а на факті перебування на утриманні дітей, щодо яких вони були позбавлені батьківських прав; 6) втрачає інші права, засновані на спорідненості з дитиною.

Отже, батьки, позбавлені батьківських прав, втрачають всі права, засновані на факті спорідненості з дитиною, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав. У принципі таке твердження вірне, але, як зауважує О.Казанцева, воно не повністю відображає наслідки цього акту. Неточним, на її погляд, є і твердження, що "позбавлення батьківських прав тягне за собою припинення правовідносин між батьками та дитиною". З.Ромовська також наголошує на тому, що правовий зв'язок батька з дитиною повністю не поривається. Застосування санкції ст.164 СК України не може бути підставою для позбавлення батьківства (розірвання біологічного зв'язку батька з дитиною). Позбавлення батьківських прав тільки змінює характер батьківського правовідношення, але не припиняє його. А зміна характеру батьківського правовідношення як засіб захисту прав та інтересів дітей полягає в заміні способів здійснення особистих і майнових прав та обов'язків, а також в позбавленні прав та обов'язків особистого немайнового характеру чи обмеження їх обсягу.

На підтримку тверджень О. Казанцевої та З. Ромовської можна послатися на ст.168 СК України. Зокрема, ст.168 закріплює право матері, батька, позбавлених батьківських прав, на звернення до суду з заявою про надання їм права на побачення з дитиною. При цьому слід наголосити, що мова йде тільки про побачення з дитиною, але аж ніяк про її виховання, право на яке батьки втратили.

Суд може дозволити разові, періодичні побачення з дитиною, якщо це не завдасть шкоди її життю, здоров'ю та моральному вихованню, за умови присутності іншої особи. При цьому сімейне законодавство не конкретизує, в присутності якої особи повинні проводитися такі побачення: чи такою особою може бути представник органу опіки та піклування, чи другий з батьків, не позбавлений батьківських прав, чи піклувальник дитини. На наш погляд, на побаченнях батьків, позбавлених батьківських прав, з дитиною, найбільш оптимальним варіантом буде присутність представника органу опіки та піклування. Адже згідно з ч.13 ст.24 Закону України від 26 квітня 2001 року "Про охорону дитинства" контроль за умовами виховання і проживання дітей, позбавлених батьківського піклування, в сім'ях піклувальників, усиновлювачів, у дитячих будинках сімейного типу, в прийомних сім'ях покладається на органи опіки та піклування.

Ще одним аргументом на підтвердження того факту, що позбавлення батьківських прав не припиняє батьківського правовідношення, є те, що у Книзі реєстрації народжень органу реєстрації актів цивільного стану незмінним залишається запис, за яким позбавлена батьківських прав особа була зареєстрована в якості батька (матері) дитини. Тобто батьки в будь-якому випадку залишаються, нехай тільки біологічними, проте батьками. Крім того, законодавець надає батькам, позбавленим батьківських прав, можливість поновлення в майбутньому їх прав.

Ч.2 ст.166 СК України передбачає, що особа, позбавлена батьківських прав, не звільняється від обов'язку щодо утримання дитини. Одночасно з позбавленням батьківських прав суд може на вимогу позивача або за власною ініціативою вирішити питання про стягнення аліментів на дитину (ч.2 ст.166 СК України).

Дана позиція законодавця обґрунтовується С. Братусем наступним чином. Позбавлення батьківських прав є санкцією за порушення батьками своїх обов'язків. Примус батьків, позбавлених таких прав, до виконання батьківських обов'язків, пов'язаних з вихованням дітей, неможливий, оскільки ці обов'язки носять особистий характер. Для здійснення таких обов'язків треба мати права – юридично забезпечену можливість певної свободи дій у здійсненні виховних заходів. "Але оскільки таке право є засобом здійснення обов'язку, а обов'язок не виконується, санкція за порушення обов'язку полягає в позбавленні особистих батьківських прав із збереженням за батьками майнового обов'язку по утриманню дітей".

Г. Матвеев, в свою чергу, зауважує, що відповідальність батьків за правопорушення не можна змішувати з обов'язком батьків утримувати (аліментувати) своїх дітей: "вчинення сімейного делікту (викликана ним санкція) викликає громадський осуд винного правопорушника, а обов'язок утримувати дітей є "природним реквізитом" батьківського обов'язку". При цьому вчений наголошує, що за порушення даного обов'язку сімейно-правова санкція не встановлена, якщо не брати до уваги те, що батьки можуть бути позбавлені права на отримання аліментів від дітей, коли мати, батько ухилялися від виконання своїх батьківських обов'язків (ст.202, 204 СК України). Відповідна санкція передбачена кримінальним законом за злісне ухилення від сплати аліментів на утримання дітей (ст.164 КК України). В цьому випадку, як вже наголошувалося, "кримінально-правова санкція ніби переступає сімейно-правову і опиняється вже за межами сімейно-правової відповідальності".

Аліменти з батьків, позбавлених батьківських прав, стягуються на користь особи, якій передається на виховання дитина. При цьому якщо дитина до вирішення питання про позбавлення батьківських прав вже перебувала в дитячій установі, аліменти, які стягуються з батьків, перераховуються на рахунок цих установ, де вираховуються окремо по кожній дитині.

При позбавленні батьківських прав обидвох батьків або одного з них, коли передача дитини іншому з батьків неможлива, аліменти підлягають стягненню не органу опіки та піклування, якому в таких випадках передається дитина (ч.5 ст.167 СК України), а за рішенням суду перераховуються на особистий рахунок дитини у відділенні Державного ощадного банку України (ч.3 ст.193 СК України).

На осіб, позбавлених батьківських прав, поширюється також обов'язок брати участь в додаткових витратах на дитину, що викликані особливими обставинами (розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо) (ст.185 СК України).

Згідно з ч.4 ст.17 Закону України "Про охорону дитинства" суд у разі позбавлення батьків батьківських прав одночасно накладає заборону на відчуження майна та житла дітей, про що повідомляє нотаріальну контору за місцем знаходження майна та житла.

В ч.1 ст.167 СК України зазначено, якщо дитина проживала з тим із батьків, хто позбавлений батьківських прав, суд вирішує питання про можливість їхнього подальшого проживання в одному житловому приміщенні. Суд може постановити рішення про виселення того з батьків, хто позбавлений

батьківських прав, з житлового приміщення, у якому він проживає з дитиною, якщо буде встановлено, що він має інше житло, у яке може поселитися, або постановити рішення про примусовий поділ житла чи його примусовий обмін (ч.2 ст.167 СК України).

Згідно з ч.1 ст.114 ЖК України громадян, позбавлених батьківських прав, якщо вони проживають спільно з дітьми, відносно яких позбавлені батьківських прав, **може бути виселено з наданням іншого житлового приміщення** (виділено мною – Л.М.). У проекті ЖК України від 30 листопада 2000 року сказано, що **без надання іншого житла може бути виселено** із житла за рішенням суду осіб, позбавлених батьківських прав, якщо їх спільне проживання з дітьми, стосовно яких вони позбавлені батьківських прав, визнано неможливим (ч.2 ст.56). При цьому слід наголосити, що виселення не є додатковою санкцією по відношенню до батьків, позбавлених батьківських прав.

Оскільки для виселення позбавленої батьківських прав особи не вимагається жодних попередніх умов, питання про виселення, на думку деяких науковців, повинно вирішуватися одночасно з вимогою про позбавлення батьківських прав. Згідно з п.18 постанови Пленуму ВСУ №2 "Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу Української РСР" від 12 квітня 1985 року зі змінами, внесеними постановами Пленуму від 10 березня 1989 року №2, від 25 грудня 1992 року №13, від 25 травня 1998 року №15, позов про виселення особи, позбавленої батьківських прав, сумісне проживання якої з своїми дітьми неможливе, суд вправі розглянути як в окремому провадженні, так і в провадженні про позбавлення її батьківських прав щодо цих дітей.

Для задоволення вимог про виселення в кожному конкретному випадку необхідно встановити неможливість спільного проживання батька і дитини. Безперечно, що важко уявити спільне проживання дитини з батьком, який жорстоко поводить з дитиною або є хронічним алкоголіком (наркоманом). Спільне проживання дитини і батька в таких випадках виключається. Та все ж таки на практиці допускається спільне проживання батька з дитиною, щодо якої він позбавлений батьківських прав, з врахуванням конкретних обставин справи (наприклад, батько позбавлений батьківських прав внаслідок ухилення від виконання своїх обов'язків по вихованню дитини, але жодних неправомірних дій щодо дитини не вчиняв, а планування житла дозволяє ізолювати його від дитини).

Щодо захисту житлових прав неповнолітньої дитини, позбавленої батьківського піклування внаслідок позбавлення батьків батьківських прав, то слід наголосити, що дитина, яка була передана родичам, мачусі, вітчиму, органі опіки та піклування, зберігає право на проживання у житловому приміщенні, в якому вона проживала, і може у будь-який час повернутися до нього (ч.6 ст.167 СК України). В п.3 ч.3 ст.71 ЖК України вказано: дитина, поміщена в дитячий заклад, до родичів, опікуна чи піклувальника, зберігає право на жиле приміщення протягом усього часу її перебування в цьому закладі, у родичів, опікуна чи піклувальника, якщо в будинку, квартирі (їх частині) залишилися проживати інші члени сім'ї. У випадку, якщо з будинку, квартири (їх частини) вибула дитина і членів її сім'ї не залишилося, це житло може бути надано за договором оренди іншому громадянину до закінчення строку перебування дитини у дитячому закладі або до досягнення нею повноліття і повернення з дитячої установи, від родичів, опікуна чи піклувальника.

Отже, як бачимо, за дитиною залишається право користування житловим приміщенням. У випадку, коли в такому житловому приміщенні залишився проживати батько (у випадку приміщення дитини у відповідний заклад), він не має права розпоряджатися приміщенням без попередньої згоди на це органів опіки та піклування. Так, він не має право вселяти будь-кого в зайняте приміщення (за винятком неповнолітніх дітей, стосовно яких він не позбавлений батьківських прав), здавати приміщення в піднайом, здійснювати обмін приміщення тощо. Такі дії за відсутності дозволу органів опіки та піклування визнаються недійсними.

Вище мова йшла про правові наслідки позбавлення батьківських прав для батьків. Та слід звернути увагу й на правові наслідки позбавлення батьківських прав для дитини. Так, в результаті аналізу норм чинного законодавства, можна зробити висновок, що за дитиною зберігається право спадкування за законом у випадку смерті її батька чи матері, позбавлених батьківських прав. Зберігається право на отримання обов'язкової частки і в тих випадках, коли позбавлена батьківських прав особа залишила заповіт з порушенням прав дитини на обов'язкову частку. Зберігається також більшість майнових прав дитини (право на житло, майно). При цьому в даному контексті слід наголосити на необхідності чіткої регламентації (так як це встановлено в ст.166 СК України) правових наслідків, які настають для дитини, батьки якої позбавлені батьківських прав.

Позбавлення батьківських прав як захід сімейно-правової відповідальності відбувається без встановлення строку. Тобто позбавлення батьківських прав є безстроковою сімейно-правовою

санкцією. Не дивлячись на те, що батьківські права тривають лише до досягнення дітьми повноліття, дія даної санкції не припиняється. Це означає, що негативні наслідки протиправної поведінки батьків триватимуть до тих пір, поки батьки не будуть поновлені судом в батьківських правах. При їх непоновленні до повноліття дитини, негативні правові наслідки тривають пожиттєво.

Тому на наш погляд, ч.1 ст.169 СК України доцільно доповнити встановленням строку, після закінчення якого батьки мають право звертатися в суд з позовом про поновлення батьківських прав. Так, ч.1 ст.169 СК України звучала б наступним чином: "Мати, батько, позбавлені батьківських прав, після спливу одного року з дня прийняття рішення суду про позбавлення батьківських прав мають право на звернення до суду з позовом про поновлення батьківських прав".

Отже, позбавлення усиновлювача батьківських прав розглядається і як міра захисту для усиновленого (з метою попередження порушення прав дитини), і як міра відповідальності для усиновлювача (позбавлення права бути усиновлювачем, опікуном, піклувальником).

Таким чином, в результаті проведеного аналізу, передбачених ст.166 СК України правових наслідків позбавлення батьківських прав, вважаємо за доцільне:

- передбачити в СК України норму, яка б чітко встановлювала конкретні правові наслідки, які настають для дитини, батьки якої позбавлені батьківських прав;
- частину першу статті 169 СК України викласти в новій редакції наступного змісту: "Мати, батько, позбавлені батьківських прав, після спливу одного року з дня прийняття рішення суду про позбавлення батьківських прав мають право на звернення до суду з позовом про поновлення батьківських прав";
- частину шосту статті 169 СК України викласти в новій редакції наступного змісту: "Поновлення батьківських прав можливе тільки за згодою дитини, яка досягла чотирнадцяти років", у зв'язку з цим частину шосту вважати частиною сьомою;
- доповнити СК України статтею 209<sup>1</sup> такого змісту: *"Стаття 209<sup>1</sup>. Усиновлення дитини, батьки якої позбавлені батьківських прав"*
- Усиновлення дитини у випадку позбавлення її батьків (одного з них) батьківських прав провадиться після спливу одного року з дня прийняття рішення суду про позбавлення батьків (одного з них) батьківських прав";
- врегулювати в СК України питання про право суду при позбавленні усиновлювача батьківських прав вирішувати питання щодо спільного проживання дитини з таким усиновлювачем. Таким чином, в частині другій статті 242 після слів "настають наслідки" слова "встановлені статтею 166 цього Кодексу" слід замінити словами наступного змісту: "встановлені статтями 166, крім пункту четвертого частини першої, 167 цього Кодексу", далі по тексту;
- доповнити СК України нормою, яка б уточнювала правові наслідки позбавлення батьківських прав усиновлювачів.

## WYSTAWIENIE WEKSLA PRZEZ SPÓŁKĘ PRAWA HANDLOWEGO

*R. Ostrowski*

*Katolicki Uniwersytet Lubelski*

Problematyka prawa wekslowego wobec rosnącego znaczenia weksli w obrocie, zwłaszcza profesjonalnym, cieszy się niesłabnącym zainteresowaniem zarówno doktryny, jak i judykatury. Dorobek naukowy oraz orzecznicy dotyczący prawa wekslowego stale uzupełniany jest nowymi opracowaniami naukowymi oraz nowymi (traktującymi o nowych przypadkach funkcjonowania weksla w obrocie) orzeczeniami Sądu Najwyższego, czy sądów apelacyjnych. Nadal jednak praktyka stosowania tego instrumentu prawnego pokazuje nowe formy wykorzystania prawa wekslowego oraz wymaga cały czas uaktualnionej interpretacji.

Opracowanie niniejsze kładzie nacisk na problematykę wystawienia weksla przez spółkę prawa handlowego (osobową i kapitałową) ze szczególnym uwzględnieniem zagadnienia podpisu składanego na blankiecie wekslowym.

Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936r. Prawo wekslowe przewiduje dwa rodzaje weksli: weksel trasowany i weksel własny. Przepisy prawne w art. 1 oraz art. 101 prawa wekslowego zawierają konieczne elementy formalne, jakie ma spełniać weksel, aby wywoływał skutki prawne jemu tylko właściwe. Weksel trasowany zawiera: nazwę "weksel" w samym tekście dokumentu, w języku w jakim go wystawiono, bezwarunkowe polecenie zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej, nazwisko osoby, która ma zapłacić (trasata), oznaczenie terminu płatności, oznaczenia miejsca płatności, nazwisko osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana, oznaczenie daty i miejsca wystawienia wekslu oraz podpis wystawcy wekslu. Weksel własny zawiera identyczne elementy z wyjątkiem rzecz jasna nazwiska trasata, bowiem ten przy tym rodzaju weksla nie występuje. Rygoryzm prawa wekslowego przejawia się m.in. w tym, iż nie będzie uważany za weksel trasowany (czy też zwykły) dokument, który nie zawiera wyżej wskazanych elementów, z wyjątkiem: terminu płatności, miejsca płatności oraz miejsca wystawienia. W braku bowiem tych elementów ustawa wprowadza uregulowania, które w takim przypadku będą miały zastosowanie i weksel będzie ważny. Zwrócić należy również uwagę, iż dokument wekslowy musi być opatrzony znakami opłaty skarbowej.

Zatem brak jakiegokolwiek wskazanego w ustawie elementu, dla braku którego przepisy nie zawierają sanujących uregulowań powoduje, iż dany dokument nie może być uznany za weksel i nie rodzi skutków prawno-wekslowych (nie jest ważny). Do takich koniecznych elementów zaliczany jest m.in. podpis wystawcy weksla.

Prawo polskie w żadnym akcie prawnym nie zawiera legalnej definicji podpisu, wobec czego forma podpisu była różnie rozumiana. W doktrynie, zwłaszcza przedwojennej, przyjmowano, iż podpis oznacza szereg znaków graficznych, które według prawideł pewnego systemu pisania tworzą obraz brzmienia danego nazwiska, a które zamieszczono na dokumencie za pomocą techniki oddającej indywidualne właściwości piszącego. Słusznie jednak podniesiono, iż pogląd ten nie jest adekwatny do nowoczesnego obrotu gospodarczego. Z tych też powodów problematykę podpisu podjął Sąd Najwyższy, który w swojej uchwale stwierdził, iż podpis wystawcy weksla musi obejmować co najmniej nazwisko; prawo wekslowe nie wymaga dla ważności weksla, aby podpis był czytelny, podpis nieczytelny powinien jednak być złożony w formie zwykle używanej przez wystawę. Zatem funkcji podpisu nie spełniają pieczętki, stemple, parafy, czy nieczytelne podpisy nie dające możliwości precyzyjnego wskazania osoby, która je złożyła, bądź nie będące zwykle przez taką osobę używane (dokument opatrzony takimi znakami może bowiem być uważany co najwyżej za projekt danego pisma, nie zaś za złożenie oświadczenia woli zmierzającego do wywołania skutków prawnych, zwłaszcza tak rygorystycznych). Tak też będzie rozumiany podpis w toku dalszych rozważań.

Nawiązując do głównego wątku artykułu, wskazać należy, iż problematyka wystawiania weksli przez spółki prawa handlowego skupia się w kwestii zdolności spółek handlowych do zaciągania zobowiązań wekslowych oraz reprezentacji danej jednostki organizacyjnej.

Na wstępie podkreślić należy, iż w prawie polskim wyróżnia się trzy podmioty prawa cywilnego: osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, którym przepisy ustawy przyznają zdolność prawną. Zgodnie z Kodeksem cywilnym do tych jednostek posiadających

podmiotowość prawną stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące osób prawnych. Ta swoista rewolucja w prawie cywilnym zapoczątkowana została przez uregulowania Kodeksu spółek handlowych (dalej KSH), który przyznał podmiotowość prawną spółkom osobowym oraz spółkom kapitałowym w organizacji. Podmiotowość ta została określona jako możliwość nabywania we własnym imieniu prawa, w tym własności nieruchomości i innych praw rzeczowych, zaciągania zobowiązań, jak również możliwość pozywania i bycia pozywaną. Nie ma zatem już żadnej wątpliwości, iż zdolność zaciągania jakichkolwiek zobowiązań, w tym zobowiązań wekslowych posiadają obok spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, którym przysługuje osobowość prawną, także spółki osobowe, czy spółki kapitałowe w organizacji.

Problematyka wystawienia weksla przez daną spółkę, jak wspomniano, związana jest z kwestią reprezentacji. Reprezentacja polega na dokonywaniu czynności prawnych w imieniu spółki w zakresie wszelkich czynności sądowych i pozasądowych. Wobec osób prawnych powszechnie przyjmowana jest teoria organu, której istota polega na tym, iż działanie organu danej osoby prawnej (czyli de facto osób wchodzących w jego skład) traktowane jest jako działanie właśnie tej osoby prawnej. W odniesieniu zaś do spółek osobowych i spółek kapitałowych w organizacji stwierdzić należy, iż co do zasady nie działają w ich strukturze organy (aczkolwiek są tutaj wyjątki). W takim wypadku oświadczenia woli składane są przez osoby mające prawo do reprezentacji i traktowane są jako oświadczenia woli danej jednostki organizacyjnej, danego podmiotu prawa.

Z tych też względów celowe jest przedstawienie zagadnienia reprezentacji w spółkach prawa handlowego, aby pokazać, kto ma prawa podpisania się na blankiecie wekslowym "jako dana spółka".

Spółka jawna jest spółką osobową, która prowadzi przedsiębiorstwo pod własną firmą, a nie jest inną spółką handlową. Spółka jawna powstaje z momentem zawarcia umowy spółki, przy czym ta umowa powinna być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności. Prawo reprezentacji spółki jawnej ma każdy wspólnik, przy czym umowa spółki może przewidywać, że wspólnik jest pozbawiony prawa reprezentowania spółki albo jest uprawniony tylko łącznie z innym wspólnikiem lub prokurentem. Zatem, gdy umowa spółki nie zawiera oddzielnych uregulowań, prawo złożenia oświadczenia woli na wekslu (podpisu) ma każdy wspólnik, zaś w innym przypadku dla skutecznego zaciągnięcia przez spółkę zobowiązania wekslowego potrzeba zazwyczaj dwóch podpisów (o układzie tych podpisów i stronie technicznej zagadnienia zobacz niżej).

Kolejną spółką osobową jest spółka partnerska. Może być ona utworzona przez wspólników (partnerów) jedynie w celu wykonywania wolnego zawodu w spółce prowadzącej przedsiębiorstwo pod własną firmą. Umowa spółki partnerskiej powinna być zawarta w formie aktu notarialnego, zaś zgodnie z przepisem art. 94 KSH spółka partnerska jako podmiot prawa powstaje z chwilą wpisu do rejestru. Od momentu dokonania wpisu może więc skutecznie zaciągać zobowiązania, w tym zobowiązania wekslowe. Reprezentować tę spółkę osobową może każdy partner samodzielnie, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Wspólnik może być pozbawiony prawa reprezentacji spółki tylko z ważnych powodów, przy czym pozbawienie to staje się skuteczne z chwilą wpisu do rejestru. W spółce partnerskiej ustawodawca wprowadził swoiste novum, tj. możliwość funkcjonowania w ramach spółki osobowej zarządu – organu właściwego do prowadzenia spraw spółki i reprezentacji. W takim przypadku stosuje się przepisy dotyczące zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Z tych też powodów, gdy w spółce nie ma zarządu, weksel może podpisać każdy wspólnik posiadający prawo reprezentacji spółki, gdy zaś jest powołany zarząd, do podpisania weksla konieczne jest co do zasady złożenie podpisu przez dwóch członków zarządu lub członka zarządu i prokurenta.

Spółka komandytowa jest spółką osobową mającą na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, w której wobec wierzycieli za zobowiązania spółki co najmniej jeden wspólnik odpowiada bez ograniczenia (komplementariusz), a odpowiedzialność co najmniej jednego wspólnika (komandytariusza) jest ograniczona. Umowa tej spółki powinna być zawarta w formie aktu notarialnego, zaś powstaje ona z chwilą wpisu do rejestru. Spółkę reprezentują komplementariusze, których z mocy umowy spółki albo prawomocnego orzeczenia sądu nie pozbawiono prawa reprezentowania spółki. Komandytariusz zaś może reprezentować spółkę jedynie jako pełnomocnik. Dla skutecznego zaciągnięcia przez spółkę zobowiązania wekslowego konieczne jest złożenie podpisu przez komplementariusza posiadającego prawo reprezentacji spółki oraz w pewnych warunkach przez komandytariusza.

KSH do polskiego systemu prawa spółek wprowadził obok spółki partnerskiej nowy typ spółki osobowej, tj. spółkę komandytowo-akcyjną. Spółką komandytowo-akcyjną jest spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, w której wobec wierzycieli za zobowiązania spółki co najmniej jeden wspólnik odpowiada bez ograniczenia (komplementariusz), a co najmniej jeden wspólnik jest akcjonariuszem. W kwestii formy umowy, powstania spółki i reprezentacji rządzą tutaj identyczne zasady jak w spółce komandytowej. Zatem również tutaj dla skutecznego zaciągnięcia przez spółkę zobowiązania

wekslowego konieczne jest złożenie podpisu przez komplementariusza posiadającego prawo reprezentacji spółki oraz w pewnych warunkach przez akcjonariusza.

Przystępując do omawiania spółek kapitałowych wskazać należy, iż ze względu na ramy niniejszego opracowania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna będą omawiane łącznie. Poza rozważaniami głównymi pozostanie również problem wystawiania weksla przez spółkę kapitałową w organizacji oraz w likwidacji oraz przez jednoosobową spółkę kapitałową.

Spółki kapitałowe po wpisie do rejestru uzyskują osobowość prawną i działają przez odpowiednie organy. Organem uprawnionym do prowadzenia spraw spółki i reprezentacji jest zarząd. Może on być jedno- albo wieloosobowy. W przypadku jednoosobowego zarządu weksel podpisuje jedynie jeden zarządca, zaś jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki (statut). Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem; tak też będą podpisywane weksle spółki.

Zaznaczyć również należy, iż od strony technicznej weksel wystawiony przez spółkę musi zawierać firmę spółki i podpisy osób uprawnionych do jej reprezentacji. W praktyce spotyka się często, iż firma spółki odcisnięta jest na wekslu za pomocą stempla czy pieczętki. W takim przypadku dla wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości podpisy osób reprezentujących spółkę powinny być złożone na stemplu, ale w sposób umożliwiający odczytanie treści stempla, uwidaczniając powiązanie osób podpisujących się i firmy spółki. Ma to szczególne znaczenie ze względu na występującą w prawie wekslowym zasadę samodzielności podpisów osób na dokumencie wekslowym. Nie ma również przeszkód, aby przy podpisach danych osób i firmie spółki znalazły się słowa wskazujące na sposób reprezentacji czy na pełnione funkcje, np. członka zarządu. Wracając do początkowych rozważań dotyczących podpisu stwierdzić wypada, iż każdy podpis na wekslu musi zawierać co najmniej nazwisko, może być jednak nieczytelny, jeżeli pozwala na identyfikację podpisującego i jest stale przezeń używany.

Poruszona problematyka jest niezwykle bogata i wieloaspektowa. Nie ogranicza się ona na pewno do standardowych przykładów wystawienia weksla przez spółkę handlową. Ma zastosowania także przy innych działaniach wekslowych, z którymi związany jest podpis osób uprawnionych do reprezentacji, jak chociażby poręczenie wekslowe (awal). Nie można również zapominać o instytucji prokury, która również ma swoje znaczenie przy działaniach wekslowych.

Konieczność podjęcia takiego zagadnienia uwarunkowana jest przede wszystkim specyfiką reprezentacji spółek handlowych, jak również ciągle rosnącym znaczeniem weksli w obrocie profesjonalnym.

## КОНКУРС У ПРИВАТИЗАЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ

*М. Присяжнюк*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Впровадження в Україні багатоукладної, соціально орієнтованої ринкової економіки нерозривно пов'язано із ефективним проведенням приватизації державного майна та майна Автономної Республіки Крим.

Конституція України у статті 3 передбачає, що "права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави". Аналіз наведених конституційних положень дає підставу для висновку, що державна власність повинна бути передана в руки народу способом, який вважали б чесним і законним.

Стаття 2 Закону України "Про приватизацію державного майна" визначає застосування переважно конкурентних способів, як одного із принципів здійснення приватизації невеликих державних підприємств, законсервованих об'єктів та об'єктів незавершеного будівництва, підприємств торгівлі, громадського харчування, побутового обслуговування населення, готельного господарства, туристичного комплексу і продажу акцій відкритих акціонерних товариств, створених на базі середніх та великих підприємств.

Згідно із ч.1 ст.15 Закону України "Про приватизацію державного майна" до конкурентних способів приватизації належить: продаж державного майна на аукціонах, за конкурсом, на фондових біржах, а також продаж іншими загальнодоступними способами, заснованими на конкуренції покупців.

Особливе місце у процесах роздержавлення майна займає конкурс. У юридичній літературі є декілька точок зору щодо місця конкурсу у приватизаційних процесах. Зокрема, Беяневич О.А. вказує, що "аукціони, конкурси відповідно до ч.1 ст.15 Закону України "Про приватизацію державного майна", ст.3 Закону України "Про приватизацію майна невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" належать до основних способів приватизації". Розглядаючи запропоновану позицію можна зробити висновок, що автор дещо ототожнює приватизаційний конкурс із способом приватизації. Це твердження, на мою думку, є спірним. Так, відповідно із змістом ст.1 Закону України "Про приватизацію державного майна" під приватизацією слід розуміти відчуження майна, що перебуває у державній власності на користь фізичних та юридичних осіб, а способом приватизації, відповідно, є юридичний механізм, за допомогою якого і здійснюється це відчуження. З проведенням ж приватизаційного конкурсу форма власності об'єкта приватизації не змінюється і як наслідок у переможця конкурсу автоматично не виникає право власності на цей об'єкт. Таким чином, приватизаційний конкурс і спосіб приватизації є нетотожними за змістом інститутами.

Іншої точки зору дотримується Демченко Н.С., вказуючи, що "відповідно до ст.14 Закон України "Про приватизацію майна невеликих державних підприємств (малу приватизацію)", п.3 Положення про порядок проведення конкурсів з продажу пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації, конкурсом є такий спосіб продажу об'єкта приватизації, який полягає у передачі права власності тому покупцю, який запропонував найкращі умови подальшої експлуатації об'єкта або за рівних умов – найвищу ціну". Такий підхід заслуговує на увагу, але також має вразливі місця. По-перше, автор протиставляє без достатніх підстав приватизаційний конкурс договору купівлі-продажу об'єкта приватизації, по-друге, метою проведення приватизаційного конкурсу є отримання кращої з поміж інших пропозицій від потенційних покупців (у іншому випадку не було б необхідності у його проведенні), а метою ж продажу, в першу чергу, є фактичне отримання належної компенсації за об'єкт приватизації від його покупця. Крім того, чи можна говорити про відчуження державного майна, коли ще невідомий його покупець.

Згідно ще однієї позиції "аукціони і конкурси і слугують тією формою, яка регулює перехід права власності". Не важко помітити, що така позиція теж є спірною. Зокрема у запропонованому визначенні автор, на мою думку, дещо підміняє поняття приватизаційного конкурсу поняттям договору. Відповідно до норм чинного приватизаційного законодавства правовою формою, яка



опосередковує перехід права власності на державне майно і майно Автономної Республіки Крим за умов його приватизації, є договір купівлі – продажу об'єкта приватизації.

Зважаючи на різноманіття думок щодо місця конкурсу у приватизаційних процесах, необхідно звернутись до чинного приватизаційного законодавства. Так, стаття 15 Закону України "Про приватизацію державного майна" вживає словосполучення "продаж за конкурсом", "продаж на конкурсній основі", передбачаючи при цьому відповідні способи роздержавлення. Продовжуючи ідею, започатковану Законом України "Про приватизацію державного майна" стаття 3 Закону України "Про приватизацію майна невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" містить положення, згідно якого одним із шляхів здійснення приватизації є "продаж за конкурсом".

Зважаючи на позицію законодавця, є підстава зробити висновок, що під способом приватизації слід розуміти "продаж за конкурсом" як цілісне правове явище. Саме в поєднанні "продажу" і "конкурсу" найбільш повно знаходить відображення мета і завдання приватизації та задовольняються передбачені законодавством вимоги щодо загальнодоступності і конкуренції покупців. "Продаж за конкурсом" є тим необхідним юридичним складом, на підставі якого і здійснюється відчуження державного майна і майна Автономної Республіки Крим. Настання юридичних наслідків приватизації, тобто зміна форми власності об'єкта приватизації на користь фізичних і юридичних осіб можливе не лише при наявності всіх необхідних юридичних фактів відповідного юридичного складу, але й за умови розташування їх у чіткій послідовності. Зокрема спочатку проводиться приватизаційний конкурс і лише у разі успішного його проведення укладається договір купівлі – продажу з його переможцем.

Необхідно зробити висновок, що конкурс у приватизаційних процесах є як необхідним елементом складного юридичного складу – способу приватизації "продажу за конкурсом", так і обов'язковою передумовою укладення договору купівлі-продажу об'єкта приватизації. Саме тому ефективність проведення приватизаційних процесів напряму залежить від вдосконалення правового регулювання конкурсних відносин.

## ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРІВ ПОВ'ЯЗАНИХ З КРЕДИТНО-РОЗРАХУНКОВИМИ ВІДНОСИНАМИ

*Н. Процьків*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Особливістю розірвання договору банківського рахунку є те, що клієнт банку і сам банк, в якому відкритий рахунок клієнту, користуються зовсім різною свободою розірвання. Згідно п.3.1.11. Інструкції про відкриття банками рахунків у національній та іноземній валюті (ст.1136 Нового ЦК) договір банківського рахунку може бути розірваний на вимогу клієнта в будь-який час. При цьому не потрібно пояснювати причини розірвання. Подібна норма існувала і раніше в нашому законодавстві. Так відповідно п.5.4. Інструкції Держбанку СРСР для розірвання договору банківського рахунку потрібна лише заява його власника.

Банк, навпаки, може вимагати розірвання договору банківського рахунку лише у випадках, прямо передбачених законодавством. Як би банк мав таку ж свободу розірвання договору, як і клієнт, це могло б призвести до невинуватих негативних наслідків для клієнта. Тому, що через банківський рахунок проходить значна частина розрахунків клієнта. Розірвання договору банківського рахунку за ініціативою банку може паралізувати діяльність клієнта і призвести до значних збитків. Тому закон дозволяє банку вимагати розірвання договору банківського рахунку в таких випадках:

- коли сума грошових коштів, які зберігаються на рахунку клієнта, виявиться меншою від мінімального розміру, передбаченого банківськими правилами або договором. Але перш ніж вимагати розірвання договору, банк зобов'язаний направити клієнту попередження про необхідність збільшення суми грошових коштів до встановленого мінімуму. Якщо протягом місяця з дня отримання даного попередження сума грошових коштів на рахунку не буде поновлена, банк має право вимагати розірвання договору. Якщо в договорі банківського рахунку не передбачено, що банк не має права вимагати розірвання договору, навіть в тому випадку, коли ця сума, з точки зору банку досить невелика і обслуговування такого рахунку не вигідно для банку.

Посилатися на банківські правила банк не може, оскільки таких правил не існує. За умови, що той чи інший банк і встановив власні правила, які містять положення відносно мінімальної суми залишку на рахунку, це мало що змінить у відносинах між банком і клієнтом. Таке положення буде обов'язковим для клієнта тільки в тому випадку, коли воно було продубльовано в договорі банківського рахунку або договір містить посилання на відповідні правила, які клієнт зобов'язаний виконувати.

Не може також банк посилатися і на звичай ділового обороту, оскільки не існує банківських звичаїв. Навіть якщо у відносинах банку з іншими клієнтами сформувалася певна практика, банк не може посилатися на неї у відносинах з даним конкретним клієнтом;

- при відсутності операцій за цим рахунком протягом року, якщо інше не передбачено договором банківського рахунку. В даній ситуації можна вважати, що клієнт або припинив свою діяльність, або відкрив рахунок в іншому банку, або в силу інших причин не потребує банківського рахунку. При цьому під терміном "операція" необхідно розуміти тільки розрахункову операцію, яка передбачає списання або зарахування сум на рахунку, оскільки така операція засвідчує реальне користування рахунком, на відміну від операцій по наданню виписок із банківського рахунку, які показують стан рахунку клієнта на певну дату.

Виняток становлять рахунки бюджетних установ, які закриваються.

Як вказувалося вище договір банківського рахунку повинен бути розірваним за заявою клієнта в будь-який час. Але на практиці бувають випадки, коли банки відмовляються визнати розірвання договору банківського рахунку клієнтом. В такому випадку справа вирішується в судовому порядку. У даному випадку банки посилаються на неповернення клієнтом раніше отриманого кредиту. Крім того, в деяких договорах банківського рахунку зустрічається умова, яка не дозволяє клієнту розірвати такий договір, якщо ним не повернутий виданий банком кредит. Така практика є протиправною, оскільки законом не передбачено можливості обмеження прав клієнта на розірвання договору.

Таку умову можна вважати нікчемною, оскільки вона виходить за межі законодавства.

Не є перешкодою для розірвання договору банківського рахунку також наявність невиконаних платіжних документів, які пред'являються до рахунку клієнта. Виконавчі документи, не виконані у зв'язку з закриттям рахунку, повинні бути повернені банком особам, від яких вони надійшли.

У випадку розірвання договору банківського рахунку, на банк покладається обов'язок видати залишок грошових коштів на рахунок клієнта або за його вказівкою перерахувати на інший рахунок не пізніше 7 днів після отримання відповідної письмової заяви клієнта. Таким чином, для перерахування досить лише письмової заяви клієнта. А тому банк не має право вимагати від клієнта надання платіжного доручення про перерахування залишку грошових коштів.

Розірвання договору банківського рахунку припиняє зобов'язання сторін, в тому числі і зобов'язання банку обслуговувати свого клієнта. А тому банк зобов'язаний видати або перерахувати на інший рахунок, вказаний клієнтом, суми, списані по платіжним дорученням з рахунку клієнта, оскільки такі платіжні доручення виконуватися не повинні.

Розірвання договору банківського рахунку є підставою для закриття рахунку клієнта. Таким чином, розірвання договору і закриття рахунку нерозривно пов'язані, як і договір банківського рахунку укладається з метою надання клієнту відповідного рахунку.

Договір банківського рахунку припиняється з моменту отримання банком письмового повідомлення клієнта про розірвання договору. Але клієнт не позбавлений права вказати в заяві і більш пізніший строк.

Виникає проблема, коли клієнт направляє банку заяву з вимогою про перерахування всієї суми грошових коштів, які знаходяться на рахунку, не вимагаючи при цьому розірвати договір банківського рахунку. Банки іноді відмовляються виконувати такі вимоги своїх клієнтів, вважаючи, що клієнт тим самим розриває договір, але порушує передбачений законом порядок – не направляє банку письмову заяву про закриття рахунку. На нашу думку такі дії банку є неправомірними, оскільки клієнт самостійно розпоряджається своїми коштами і банк не може його в цьому обмежити.

На жаль, нерідко банки після розірвання договору банківського рахунку неправомірно утримують залишок грошових коштів на рахунку, а також суми по невиконаним платіжним дорученням. В даному випадку банк несе відповідальність у відповідності зі ст.214 ЦК (ст.561 ЦК). Таким чином, за неправильне користування грошовими коштами клієнта банк буде зобов'язаний сплатити йому проценти, які нараховуються на суму даних коштів.

При розгляді даних категорій справ необхідно врахувати, що предмет доказу за позовом про стягнення боргу у вигляді залишку грошових коштів на рахунку входить встановлення наступних фактів:

- розірвання договору банківського рахунку між сторонами в установленому порядку;
- наявність, зміст і дата вказівки позивача відносно видачі чи перерахування залишку коштів на рахунок;
- невиконання даної вказівки відповідачем.

Право вимагати повернення залишку коштів може бути передано клієнтом може бути переданого клієнтом іншій особі. Про що банк повинен бути повідомлений (в порядку уступки вимоги). На дійсність договору уступки даного права не впливає факт, що він укладений вже після розірвання договору банківського рахунку.

Ст.1130 Нового Цивільного кодексу допускає включення в договір банківського рахунку умови про те, що банк здійснює платежі з рахунку, незважаючи на відсутність коштів (кредитування рахунку). Банк в таких випадках вважається таким, що надав клієнтові кредит на відповідну суму з дня здійснення такого платежу клієнтові. Така ситуація є прикладом змішаного договору, оскільки в ньому містяться елементи як договору банківського рахунку, так і договору кредиту. Тому якщо банком отримана заява клієнта про розірвання договору банківського рахунку або закриття рахунку, в даному випадку обов'язок банку по кредитуванню припиняється, а клієнту необхідно повернути фактично отриману суму кредиту і сплатити відсотки за користування кредитом.

Певні особливості існують у випадку розірвання кредитних договорів. Це пов'язано з правовим становищем суб'єктів даних відносин. Так позичальник має право достроково вимагати розірвання договору шляхом дострокового виконання зобов'язань, якщо така можливість прямо передбачена договором. Але в даному випадку припиняється зобов'язання не шляхом розірвання, а шляхом виконання.

Більше повноважень щодо дострокового розірвання договору надано кредитором.

Хоча сторони рідко використовують дану можливість. Тому що банку більш вигідно вимагати відшкодування шкоди, ніж дострокового розірвання договору. Це пов'язано з економічним характером кредитних відносин.

Дострокове розірвання кредитного договору можливо в таких випадках:

- якщо договором передбачено повернення кредиту частинами (з розстроченням), а позичальник порушує строк, встановлений для повернення чергової частини кредиту (ст.115,1111 ЦК);
- при невиконанні позичальником передбачених договором обов'язків по забезпеченню повернення суми кредиту. Наприклад, позичальник не надав поруку третьої особи, яка повинна була засвідчувати забезпечення або погіршення його умов за обставин, за які кредитор не несе відповідальності. Наприклад, при заставі товарів в обороті ціна предмета застави знизилась через зниження якості товару, який виробляється третьою особою;
- при невиконанні позичальником умов кредитного договору про цільове використання кредиту (згідно п.27 Положення про кредитування).

У всіх випадках позичальник зобов'язаний повернути всю суму кредиту, а також сплатити відсотки за користування кредитом. Крім того, у випадку порушення строку виконання зобов'язань позичальник сплачує і неустойку згідно з Законом України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань", за умови, що відповідним договором встановлено конкретний розмір такої відповідальності у вигляді пені.

Складніше вирішується питання розірвання кредитного договору, якщо він був забезпечений порукою або заставою. Оскільки розірвання такого договору у зв'язку з його невиконанням не може бути єдиною підставою для припинення права застави і поруки.

У випадку невикористання коштів за призначенням крім наслідків, пов'язаних з розірванням договору позичальник сплачує штраф.

Законодавством не вирішене питання про можливість дострокового розірвання кредитного договору на вимогу позичальника у випадку затримання переводу коштів на рахунок позичальника, якщо кредит надається відповідно до відкритої кредитної лінії. На нашу думку, в даному випадку порушуються права позичальника і тому, він повинен мати право на розірвання договору (якщо це йому вигідно).

## ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ ЛІЗИНГУ ТА ЙОГО ПРАВОВА ПРИРОДА

*О. Трофімова*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

При будь-якій формі лізингових відносин правовою формою зв'язків учасників господарських відносин є договір. Визначення поняття договору лізингу та його правової природи займає сталу передову позицію в переліку найбільш спірних тем в науковій літературі, присвяченій цій проблематиці.

В Господарському кодексі України та Законі України від 16.12.1997 р. "Про лізинг" відсутнє визначення договору лізингу. Відповідно до ст.806 Цивільного кодексу України за договором лізингу одна сторона (лізингодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (лізингоодержувачеві) у користування майно, що належить лізингодавцю на праві власності і було набуто ним без попередньої домовленості із лізингоодержувачем (прямий лізинг) або майно, спеціально придбане лізингодавцем у продавця (постачальника) відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов (непрямий лізинг), на певний строк і за встановлену плату (лізингові платежі).

В теорії господарського права, законодавстві та літературі термін "господарський договір" використовується в таких значеннях: а) як угода (правочин), що породжує права та обов'язки учасників господарських відносин; б) як зобов'язання сторін (учасників господарських відносин), що ґрунтується на укладеній ними угоді; в) як правовий документ, в якому фіксується факт угоди та зміст зобов'язань сторін.

В таких значеннях слід розглядати і термін "договір лізингу".

1. В першому значенні господарський договір розглядається як дво- або багатостороння угода, тобто дії сторін, що спрямовані на досягнення певного правового результату. В цьому випадку, поняття господарського договору звужується до значення юридичного факту, який сам по собі не має матеріального змісту. Таке смислове значення не дозволяє виявити всі суттєві ознаки господарського договору, оскільки угода сторін не є договірним відношенням, а лише переслідує мету його встановлення.

Чинне законодавство не визначає ознак господарського договору. В господарсько-правовій науці та цивілістиці питання про ознаки господарського договору є дискусійним. Господарсько-правова доктрина в якості ознак господарського договору як угоди виділяє особливий суб'єктний склад господарського договору, обмеження договірної свободи у господарських відносинах та мету досягнення необхідних господарських і комерційних результатів. Особливий суб'єктний склад договору лізингу характеризується тим, що його стороною може бути тільки суб'єкт підприємницької діяльності (ст.3 Закону "Про лізинг"), та участю в ньому продавця лізингового майна (ст.6 Закону "Про лізинг"). Господарські договори – це майнові договори, що обслуговують безпосередньо виробництво та господарський (комерційний) обіг. Договір лізингу укладається з метою одержання прибутку (для лізингодавця) та одержання у користування основних фондів для використання у власній господарській діяльності (для лізингоодержувача).

Отже, є всі підстави віднести договір лізингу до господарських договорів.

Відповідно до ч.1 ст.6 Закону "Про лізинг" договір лізингу укладається у формі багатосторонньої угоди за участю лізингодавця, лізингоодержувача, продавця об'єкта лізингу або двосторонньої угоди між лізингодавцем та лізингоодержувачем. В юридичній літературі йде спір про те, чи є договір лізингу дво-, три- чи багатосторонньою угодою.

Професор К. Шмітгофф в одній з своїх робіт стверджує: "Звичайний договір про лізинг (lease) уявляє собою двосторонню угоду між орендодавцем та орендарем. Якщо ж власник не бажає приймати на себе фінансовий ризик, укладається угода про фінансовий лізинг. При укладенні такої угоди банк чи фінансова корпорація опиняються між власником і орендарем. Це 3-х стороння угода".

Е.В. Кабатова вважає, що в основу лізингу покладена тристороння угода, яка складається з двох договорів: купівлі-продажу та передачі обладнання у тимчасове користування. Аналогічну позицію, займає Т.А. Коннова, яка вважає, що "лізингові правоотношения оформляются двумя договорами и

включають в себе весь комплекс взаємозв'язей, що існують між його учасниками. Договір лізинга має двохсторонній характер, а лізинг як система відносин між трьома сторонами являється трохсторонньою угодою".

Е.Н. Чекмарьова вважає, що "економічна суть лізингової операції надає виникаючим трохстороннім відносинам новий якісний аспект, який не може бути учтен традиційними існуючими законодавчими нормами і правилами. Основами цих відносин є договір трохсторонньої угоди". Цю точку зору підтримують: Калістратова Р.Ф., Горемікін В.А., Решітнік І.А.

На думку Е.А. Павлодського, класичний лізинг пов'язує трьох осіб: виробника обладнання, його набувача – орендаря та орендодавця. При цьому автор не кваліфікує договір лізингу як трохсторонню угоду, підкреслюючи, що учасники лізингових правовідносин пов'язані між собою не одним, а двома окремими договорами.

Протилежну позицію обстоює А.А. Іванов, який вважає, що договір лізингу слід тлумачити як двохсторонню (а не багатосторонню угоду), нерозривно пов'язану з договором купівлі-продажу предмета лізингу. На думку А.А. Іванова, яку ми повністю підтримуємо, відносини між орендодавцем та орендарем, з одного боку, та орендодавцем та продавцем, з іншого, урегульовані так, як в класичних двохсторонніх (синалагматичних) договорах. Учасники цих договорів не мають жодного права або обов'язку, які б одночасно належали кожному з них, що якраз і характеризує багатосторонню угоду. Ця точка зору одержала підтримку з боку В.В. Вітрянського, який підкреслював, що лізингові відносини в цілому уявляють собою не єдину трохсторонню угоду, а складну структуру договірних зв'язків, що складається з договорів двох видів: договору купівлі-продажу предмета лізингу, що укладається між продавцем та лізингодавцем, а також власне договору лізингу, що укладається між лізингодавцем (як власником предмета лізингу) та лізингоодержувачем.

Цікавою є точка зору Шаталова С., який у своїй роботі пропонує об'єднати деяких учасників лізингових правовідносин, з одного боку, в купівлі-продажу (розглядаючи лізингодавця та лізингоодержувача як єдиного покупця), а з іншої – в оренді (розглядаючи продавця та лізингодавця як єдиного орендодавця). Аналізуючи цю точку зору, проф. Є. Суханов зазначав, що з класичних позицій це означає, що договори, якими оформлюється лізингова операція, характеризуються наявністю множинності осіб на стороні покупця та орендодавця. Однак, як відомо, при солідарній множинності боржників (рідше кредиторів) будь-який з них несе всі обов'язки (або має всі права) за відповідним зобов'язанням, чого в розглядуваній ситуації завідомо немає. Тут неможлива також пайова множинність, яка передбачає, що одному пайщику належать тільки одні права чи обов'язки, а іншому – зовсім інші. Таким чином, запропонований С. Шаталовим варіант "розщеплення статусу" сторони договору теж не вписується в класичні підходи і уявляє собою штучну небезспірну конструкцію.

Безумовно, основною причиною кваліфікації деякими авторами договору лізингу як трохсторонньої угоди, є присутність у цих правовідносинах продавця. С. Корольов у своїй роботі заперечуючи концепцію три- чи багатосторонності договору лізингу, зазначає, що в законодавстві слід прямо зазначити, що договір купівлі-продажу предмета лізингу – це договір на користь третьої особи. Такий підхід дозволяє пояснити як покладення на продавця зобов'язання по передачі предмета лізингу безпосередньо лізингоодержувачу, так і наділення останнього правами покупця за договором купівлі-продажу.

За загальним правилом, відповідно до статті 527 ЦК України, боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок особисто, однак ст.528 ЦК України передбачає, що виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не впливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. Договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі (ч.1 ст.636 ЦК України). Виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає з суті договору (ч.2 ст.636 ЦК України).

На перший погляд слабким місцем застосування конструкції "договору на користь третьої особи" до договору купівлі-продажу предмета лізингу є порушення принципу свободи договору, проголошеного в Законах "Про власність", "Про підприємництво", "Про підприємства в Україні", ст.3 ЦК України, зміст якого розкритий у ст.627 ЦК України та 179 ГК України. "Третя особа" – лізингоодержувач самостійно визначає вид обладнання та продавця, внаслідок чого лізингодавець-покупець, який укладає договір з продавцем, пов'язаний умовами, встановленими

лізингоодержувачем. Однак, ця обставина не протирічить вказаному принципу, оскільки сторони можуть вільно прийняти на себе зобов'язання щодо укладення іншого договору в майбутньому, а потім вимагати його примусового виконання.

А.А. Іванов стверджує, що орендодавець за договором лізингу покладає виконання частини своїх зобов'язань на продавця за договором купівлі-продажу, при цьому має місце особливий випадок передоручення виконання, при якому перед кредитором (орендарем) в силу прямої вказівки закону стає відповідальним тільки виконавець (продавець). В свою чергу, договір купівлі-продажу постає перед нами як договір на користь третьої особи. Положення про те, що лізингодавець покладає виконання частини своїх зобов'язань на третю особу – продавця (контрагента за договором купівлі-продажу) знайшло своїх прихильників в юридичній літературі в особі Вітрянського В.В, Мартем'янова В.С.

Отже, договір лізингу у першому значенні використання цього терміну слід визначити як двосторонню угоду, що спрямована на встановлення прав і обов'язків суб'єктів лізингових відносин. Вважаємо за необхідне викласти ч.1 ст.6 Закону "Про лізинг" в наступній редакції: "Договір лізингу – це двостороння угода за якою одна сторона (лізингодавець) зобов'язується передати на умовах лізингу на визначений договором строк належне йому на праві власності майно, що перебуває у складі його основних фондів або спеціально набуто з метою лізингу, іншій стороні (лізингоодержувачу), а лізингоодержувач зобов'язується прийняти це майно, сплачувати лізингові платежі та виконувати інші умови договору".

2. Другим значенням в якому слід розглядати поняття договору лізингу як господарського договору є його розуміння як зобов'язання учасників лізингових відносин, засноване на укладеному ними договорі лізингу, змістом якого є взаємні права та кореспондуючі зобов'язання сторін.

Відповідно до ст.173 ГК України господарським визнається зобов'язання, що виникає між суб'єктом господарювання та іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання з підстав, передбачених ГК України, в силу якого один суб'єкт (зобов'язана сторона, у тому числі боржник) зобов'язаний вчинити певну дію господарського чи управлінсько-господарського характеру на користь іншого суб'єкта (виконати роботу, передати майно, сплатити гроші, надати інформацію, тощо), або утриматись від певних дій, а інший суб'єкт (управлена сторона, у тому числі кредитор) має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку. Враховуючи те, що предметом договору лізингу є зобов'язання щодо передачі майна (предмета лізингу) в тимчасове платне користування на визначений строк та на визначених умовах, його слід віднести відповідно до ч.1 ст.175 ГК України до майново-господарських зобов'язань.

Таким чином, договір лізингу у другому значенні використання цього терміну, слід визначити як зобов'язання за яким лізингодавець зобов'язується надати в тимчасове платне користування на визначений строк та на визначених умовах, а лізингоодержувач прийняти предмет лізингу, що є власністю лізингодавця або набувається ним у власність за дорученням та погодженням з лізингоодержувачем у відповідного продавця майна.

3. Договір лізингу у третьому значенні використання цього терміну є правовим документом, в якому фіксується факт угоди та зміст зобов'язань сторін.

Відповідно до ч.4 ст.179 ГК України при укладенні господарських договорів сторони можуть визначити зміст договору на основі: вільного волевиявлення, примірного договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання, типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб'єктів.

Переважна більшість договорів лізингу укладається на основі вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству та договору приєднання на базі договірних форм, що розробляються лізинговими компаніями на підставі Примірного договору фінансового лізингу, затвердженого наказом Міністерства України у справах науки і технології від 3.03.1998 р. №59.

Таким чином, на мою думку, договір лізингу в третьому значенні використання цього терміну можна визначити як правовий документ, що фіксує факт укладення договору лізингу та визначає зміст прав та обов'язків його сторін.

Отже, ми розглянули основні підходи до розуміння поняття договору лізингу, як виду господарських договорів, визначили власну позицію з досліджуваної проблематики та запропонували зміни до Закону "Про лізинг", спрямовані на законодавче закріплення поняття договору лізингу з метою визначення правової природи договору лізингу та уніфікації підходів до її розуміння.

**ПИТАННЯ ВПРОВАДЖЕННЯ У ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО  
ПОЛОЖЕНЬ НОВОГО СІМЕЙНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ****Ю. Білоусов***Хмельницький інститут регіонального управління та права*

Прийняття Сімейного кодексу України (СК України) та нового Цивільного кодексу України складає важливі елементи третьої кодифікації законодавства України. Virізняльною ознакою цих актів є якісне переосмислення засад правового регулювання, змісту ряду правових інститутів, введення нових норм, а також удосконалення існуючих. На особливу увагу в рамках проведеної кодифікації приватного права претендують новели сімейного законодавства. Це, у свою чергу, вимагає визначення процесуального та процедурного механізму реалізацій цих положень, зокрема у цивільному процесуальному законодавстві. При чому, слід зауважити, що ряд положень новітнього сімейного законодавства інколи йдуть у розріз із загальними тенденціями розвитку цивільного процесуального законодавства та висновками теорії цивільного процесу. Virішення цих завдань є доволі актуальним, зважаючи на те, що вже на завершальному етапі є процес прийняття нового Цивільного процесуального кодексу України і не виключено, що на момент проведення конференції він вже прийнятий.

Звичайно, загальний порядок здійснення та захисту сімейних прав майже нічим не відрізняється від інших аналогічних прав у сфері приватних відносин. Однак, у ряді випадків вимагається окрема увага законодавця щодо захисту сімейних прав, а, відповідно, процесуального порядку розгляду та virішення цих справ у суді. Тому можна визначити певні напрямки удосконалення процесуального законодавства для приведення його у відповідність з новітніми положеннями сімейного законодавства. Не виключене також внесення змін до шлюбно-сімейного законодавства, яке містить цивільні процесуальні норми, котрі виходять або поза меж суперечать тенденціям його розвитку.

Сучасний зміст поняття цивільної процесуальної дієздатності безперечно не відповідає реаліям матеріального законодавства та потребує перегляду. Це зумовлено не тільки зміною вікової межі переходу від часткової до неповної цивільної дієздатності (з 15 до 14 років), наявністю інституту емансипації, а насамперед нормою про набуття дефендної дієздатності (здатності своїми діями вчинити дії щодо захисту порушеного, оспореного чи невизнаного права) у сімейних правовідносинах з 14 років. Так, право на звернення до суду з позовом про позбавлення батьківських прав має сама дитина, яка досягла чотирнадцяти років (ч.1 ст.165 СК України). Неповнолітні батьки, які досягли чотирнадцяти років, мають право на звернення до суду за захистом прав та інтересів своєї дитини (ч.2 ст.156 СК України).

Продовжує сімейне законодавство існування у цивільному процесуальному законодавстві імперативної (умовної) підвідомчості. Так, у разі відмови у позові про поновлення батьківських прав повторне звернення із позовом про поновлення батьківських прав можливе після спливу одного року з набрання чинності рішення суду про таку відмову (ч.6 ст.169 СК України), позов про розірвання шлюбу не може бути пред'явлений протягом вагітності дружини та протягом року після народження дитини, крім випадків, коли один із подружжя вчинив протиправну поведінку, яка містить ознаки злочину, щодо другого з подружжя або дитини (ч.2 ст.110 СК України).

Новим СК України справедливо здійснюється відступ від кристалізованого принципу змагальності та абсолютної диспозитивності, яка прослідковується у змінах цивільного процесуального законодавства протягом 1995-2001 років. Так, одночасно із позбавленням батьківських прав суд може за власною ініціативою virішити питання про стягнення аліментів на дитину (ч.2 ст.66 СК України).

Інститут представництва після прийняття СК України також повинен пройти трансформацію свого розуміння, особливо що стосується процесуального представництва. Адже окрім того, що батьки мають право звертатись до суду за захистом прав та інтересів дитини як їх законні представники без спеціальних на те повноважень, таким правом наділяються також щодо непрацездатних сина, дочки (ч.2,3 ст.154 СК України). Подібні норми містяться також у ч.1 ст.172,254, ч.2 ст.258, ч.2 ст.262 СК України. Однак у даному випадку у цивільному процесуальному законодавстві повинен бути визначений процесуальний статус таких представників. У даному випадку



доречно застосовувати правові норми, аналогічні главі 14 ЦПК України 1963 року, що передбачає наділення вказаних суб'єктів (окрім первісних законних представників) відповідним обсягом прав та обов'язків, які безпосередньо не впливають на розпорядження матеріально-правовими правами позивача у справі. Тобто відмова таких "представників" від позову не позбавляє безпосередньо заінтересованих осіб звернутися за захистом порушеного права самостійно або через свого законного представника (батьків, усиновителів, опікунів, піклувальників). Доречним є введення норми про обов'язок суду у справі, порушеній не первісними законними представниками, залучити законного представника, а у разі необхідності органи опіки та піклування.

Особливість чинного цивільного процесуального законодавства полягає у тому, що у ньому відсутнє поняття та визначення загальної правової природи окремого провадження як самостійного виду провадження у цивільному процесі. Це питання досліджується лише наукою цивільного процесу. Проект ЦПК України визначає окреме провадження як такий вид непозовного провадження цивільного судочинства, у якому розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності безспірного суб'єктивного права (ч.1 ст.248 проекту ЦПК).

Нинішній перелік справ окремого провадження (ст.254 ЦПК України) проект розширює, вводячи до них справи про оголошення неповнолітнього повністю дієздатним, про визнання речей безхазяйними та про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку (п.п.8-10 ст.248 проекту ЦПК). При цьому перспективний ЦПК визнає цей перелік невичерпним (ч.3 ст.248), зайвим підтвердженням чого є положення і новітнього сімейного законодавства. Так, СК України визначено ряд випадків, які за своїми ознаками підпадають під зміст окремого провадження. І, звичайно, основною рисою цих справ є їх безспірність, коли повноваженням суду у даному випадку є визначення відповідності дії законіві, інтересам учасників сімейних правовідносин, у тому числі малолітніх та неповнолітніх дітей.

Серед особливих справ, які повинні визначатися новітнім цивільним процесуальним законодавством як справи окремого провадження, слід визначити наступні норми:

За заявою особи, яка досягла чотирнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам (ч.2 ст.23 СК України).

Жінка та чоловік, шлюб між якими було розірвано, мають право подати заяву до суду про поновлення їхнього шлюбу за умови, що жоден із них не перебував після цього у повторному шлюбі (ч.1 ст.117 СК України). На підставі рішення суду про поновлення шлюбу та анулювання запису акту про розірвання шлюбу державний орган реєстрації актів цивільного стану видає Свідоцтво про шлюб, у якому день реєстрації шлюбу, за вибором подружжя може бути визначений днем першої реєстрації або днем набрання чинності рішенням суду про поновлення шлюбу (ч.2 ст.117 СК України).

Подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей. Суд постановляє рішення про розірвання шлюбу, якщо буде встановлено, що заява про розірвання шлюбу відповідає дійсній волі дружини та чоловіка і що після розірвання шлюбу не будуть порушені їхні особисті та майнові права, а також права їхніх дітей. Суд постановляє рішення про розірвання шлюбу після спливу одного місяця від дня подання заяви. Після закінчення цього строку дружина і чоловік мають право відкликати заяву про розірвання шлюбу (ст.109 СК України).

Отже, окреслені напрямки удосконалення цивільного процесуального законодавства повинні бути враховані під час доопрацювання проекту Цивільного процесуального кодексу України, однак як показує хід законопроектної та законодавчої діяльності Верховної Ради України, не виключається те, що зміст нового ЦПК не передбачатиме розкритих положень новітнього сімейного законодавства. Це, у свою чергу, вимагатиме змін та доповнень до вже прийнятого закону. Це не прикрашає Україну, котра проголошує себе правовою державою, не сприяє стабільності правозастосовчої діяльності.

**ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ СТАДІЇ ПІДГОТОВКИ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ  
ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ (В КОНТЕКСТІ ГАРАНТІЙ  
ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА)**

*Н. Бондаренко*

*Хмельницький інститут регіонального управління та права*

Одним із основних процесуальних засобів забезпечення своєчасного та повного захисту прав і охоронюваних законом інтересів громадян та юридичних осіб є підготовка цивільних справ до судового розгляду, як обов'язкова стадія цивільного процесу. Метою даної стадії є створення умов для правильного та своєчасного розгляду справи і саме від належного рівня її проведення залежить законність й обґрунтованість рішень та ухвал суду в кожній цивільній справі.

Правильне уявлення про межі тієї чи іншої процесуальної стадії дозволяє чітко визначати її місце в структурі цивільного процесу, визначити її початковий та кінцевий момент, обсяг процесуальних дій, які складають зміст стадії і мають чи можуть бути вчинені в ній для досягнення найближчої процесуальної мети стадії, виконання її завдань та реалізації учасниками процесу своїх процесуальних прав і законних інтересів на відповідному етапі вирішення цивільно-правового спору, тому питання визначення меж тієї чи іншої процесуальної стадії завжди залишається актуальними.

На сьогоднішній день межі підготовки цивільних справ до судового розгляду як самостійної процесуальної стадії чинним цивільним процесуальним законодавством чітко не детерміновані: неоднозначно визначається момент початку та закінчення даної стадії, а також обсяг процесуальних дій, що складають її зміст та суб'єктний склад учасників процесу, які беруть участь в підготовці справи до судового розгляду.

Відсутні також фундаментальні теоретичні дослідження з даної проблематики, але питання меж розкриваються лише частково в працях С. Шумейко, Г.О. Світличної, Г.А. Жиліна, О.О. Якименка, С.А. Ташназарова, В.К. Пучинського, П.В. Логінова, К.С. Юдельсона, В.Ф. Ковіна та інших науковців. Це обумовлює необхідність глибокого теоретичного дослідження питання меж процесуальних стадій взагалі та меж стадії підготовки цивільної справи зокрема.

Виходячи із етимології поняття "межі", яке означає обсяг чого-небудь; допустима норма чого-небудь дозволеного, границі поділу, розрізнення яких-небудь явищ, *поняття "межі стадії"* можна розуміти як таке, що *охоплює обсяг усіх тих можливостей, які учасники цивільного процесу мають право або повинні здійснити на тому чи іншому етапі вирішення цивільно-правового спору*. Тобто межі стадії охоплюють не тільки її межі (часові та просторові), але й їх зміст та суб'єктний склад.

В теорії юридичного процесу та цивільного процесуального права виділяють три основні види меж стадій: нормативні, гносеологічні та фактичні.

Якщо нормативні межі як правило однакові по всім категоріям справ, то гносеологічні – обумовлюються характерними особливостями кожної конкретної справи. Обидва вищевказаних види меж стадій мають спільний момент початку (визначений процесуальним законом момент, коли виникає необхідність встановлення тих чи інших обставин). Кінцевий момент в них також в більшості справ, як правило, співпадає. Але в окремих випадках гносеологічні межі можуть бути вужчі або ширші за нормативні. Наприклад, у випадку проведення експертизи в справі, чи необхідності витребування додаткових доказів, коли в зв'язку з складністю справи або з інших об'єктивних причин для вирішення завдань стадії в межах строків, встановлених цивільним процесуальним законодавством неможливо. В такому випадку очевидно є необхідність збільшення строків провадження підготовки у справі, в першу чергу в зв'язку з широким обсягом гносеологічних меж (тобто в зв'язку з розширенням кола питань, які потребують дослідження). Або навпаки, у випадку коли сторонами у справі подано всі необхідні докази і немає необхідності у витребуванні, забезпеченні доказів, у вчиненні інших процесуальних дій, в такому випадку мета стадії досягається до спливу строків, встановлених законом.

Фактичні межі є співвідношенням між межами (в першу чергу строками), встановленими процесуальним законодавством та об'єктивно необхідними для дослідження тих чи інших обставин, що мають значення для справи на етапі підготовки.

Межі будь-якої процесуальної стадії характеризуються моментом початку та моментом закінчення.

Щодо нормативних меж стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду, то момент початку даної стадії відповідно до ст.143 ЦПК України визначається днем прийняття суддею позовної заяви. Але зі змісту даної статті не зрозуміло, що є юридично значимим: момент отримання документа судом (суддею або канцелярією суду) чи момент порушення цивільної справи судом по даній заяві.

Більшість науковців схиляється до думки, що моментом початку стадії та початку перебігу строку підготовки є момент порушення цивільної справи (винесення ухвали про порушення цивільної справи). Виходячи з того що, тільки після порушення цивільної справи виникають цивільні процесуальні відносини, а заява особи, яка звертається до суду за захистом свої прав набуває статусу позовної, такий висновок є цілком закономірним. І він знаходить своє відображення в проекті ЦПК України. Тобто моментом початку (виникнення) даної стадії має бути визнаний момент порушення цивільної справи.

В зв'язку з цим, щоб уникнути непорозуміння було б доцільним внести відповідні зміни в ЦПК України і сформулювати дане положення наступним чином: *"Після прийняття позовної заяви та порушення цивільної справи суддя провадить підготовку справи до судового розгляду."*

Момент закінчення стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду як в науці, так і в законодавстві також визначається неоднозначно.

Відповідно до ст.147 ЦПК України після закінчення підготовки справи до судового розгляду суддя постановляє ухвалу, в якій зазначає, які підготовчі дії ним проведені, і встановлює час розгляду справи.

Із змісту даної статті випливає, що підготовка цивільних справ до судового розгляду закінчується в момент винесення ухвали про призначення (часу та місця проведення) судового засідання. Такої ж думки притримуються В.А. Кройтор, П.В. Логинова, В.В. Комаров та деякі інші науковці. Думаємо, що з даною позицією не можна погодитись з наступних підстав: по-перше, цивільний процес як комплексне явище, що складається з процесуальних стадій, характеризується їх послідовністю, тобто останні мають змінювати одна одну. Момент початку судового розгляду і момент винесення ухвали про закінчення підготовки цивільної справи до судового розгляду не збігаються в часі. Якщо вважати, що стадія підготовки цивільної справи до судового розгляду закінчується в момент винесення вищевказаної ухвали, тоді незрозумілим є правове значення дій суду по інформуванню осіб, які беруть участь у справі, про час і місце судового засідання, які вчиняються судом після винесення вищевказаної ухвали. Крім того, на практиці мають місце непоодинокі випадки, коли вже після призначення справи до судового розгляду суддя може виявити нові проблемні питання, без вирішення яких неможливі повний і всебічний розгляд справи і обґрунтоване вирішення її по суті.

Не можна погодитись і з твердженням Пучинського В.К. та інших науковців, які момент закінчення підготовки цивільних справ до судового розгляду виносять за межі даної стадії, стверджуючи, що підготовка може тривати і під час судового розгляду. Якщо прихильники першої точки зору звужують часові межі стадії підготовки цивільних справ до судового розгляду, то в даному випадку має місце необґрунтоване розширення змістовних меж стадії.

На нашу думку, моментом закінчення стадії підготовки справ до судового розгляду має бути визнано момент фактичного початку судового засідання. Щоб уникнути помилок в розумінні кінцевого моменту стадії підготовки, відповідну статтю ЦПК України слід викласти в наступній редакції: *"Після вчинення всіх необхідних дій по підготовці справи до судового розгляду суддя виносить ухвалу про готовність справи до розгляду та вживає заходів щодо визначення найбільш сприятливого часу та місця проведення судового засідання"*

Таким чином, підготовка цивільних справ до судового розгляду починається з моменту порушення цивільної справи і триває до початку її судового розгляду. Саме таке розуміння меж даної стадії дозволяє найбільш повно гарантувати учасникам цивільного судочинства реалізацію їх прав і охоронюваних законом інтересів в процесі підготовки справи до судового розгляду.

**ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПІДГОТОВКИ СПРАВ,  
ЩО ВИНИКАЮТЬ З СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН  
З УЧАСТЮ НЕПОВНОЛІТНІХ**

*Л. Кондратьєва*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Згідно статті 55 Конституції України правом на судовий захист наділені всі громадяни без вікових обмежень, що надає можливість неповнолітнім особисто або через законного представника звернутися до суду за захистом суб'єктивних прав та інтересів.

Дотримавшись певних умов, з настанням або відсутністю яких неповнолітні можуть скористатися правом на судовий захист, і, пред'явивши позовну заяву, наступає наступна стадія цивільного процесу, яка пов'язана з певними процесуальними особливостями саме через участь в ній неповнолітніх. Це підготовка справ до судового розгляду, яка є важливою самостійною стадією цивільного процесу, завданням якої є забезпечення правильного і своєчасного вирішення цивільних справ.

У літературі з цивільного процесу свого часу домінувала концепція цілковитого покладання на сторін обов'язків по підготовці справи. Але така позиція науковців, на наш погляд, має суттєві недоліки, якщо враховувати особу позивача, яка може бути неповнолітньою. Так, неповнолітній особисто або його законний представник в переважній більшості випадків, юридично необізнані і не можуть самостійно брати участь у підготовці справи до судового розгляду. Усі свої дії вони по можливості можуть здійснювати за допомогою ще одного кваліфікованого представника, тобто адвоката. Але оплатність участі останнього дозволила б інституту підготовки справ стати адвокатською монополією в цивільному процесі, що ускладнило б неповнолітнім доступ до правосуддя. Інші науковці обов'язки по підготовці справи до розгляду покладають на суд. Причому Е. Мурадян, наприклад, пропонує поділити функції по підготовці між суддею, який проводить підготовку, і суддею, що бере участь в судовому засіданні при розгляді справи. Окрім цього, перший суддя не вправі брати участь в судовому засіданні та постановлювати рішення у справі, крім випадків, коли на цьому наполягають сторони. С. Курильов ще в 50-х рр. вказував на можливість поділу функцій у підготовці справи і розгляду її по суті між окремими суддями як на спосіб забезпечення найбільш успішного досягнення завдань цієї стадії процесу.

У вітчизняній літературі з цивільного процесу пропонується "поширити на стадію підготовки до судового розгляду всіх процесуальних гарантій розгляду шляхом встановлення для підготовки попереднього (спеціального) судового засідання". Ця концепція передбачає, що організація підготовки справи до судового розгляду у формі попереднього судового засідання має ряд переваг у порівнянні з підготовкою справи у формі одноособових дій судді. Ця позиція підтримується нами, адже такий порядок сприятиме більш дієвому захисту прав та інтересів неповнолітніх, оскільки матеріали справи будуть детально досліджені та проаналізовані, враховуючи інтереси неповнолітніх.

На відміну від існуючих в літературі з цивільного процесу концепцій сучасне процесуальне законодавство чітко передбачає порядок підготовки цивільних справ до судового розгляду, який здійснює суддя одноособово. Так, статтею 143 ЦПК встановлюється порядок дій, які повинен здійснити суддя після прийняття позовної заяви. Причому такий порядок дій є загальним для всіх категорій справ незалежно від характеру спірних правовідносин та суб'єктного складу, що є, на наш погляд, не зовсім виправданим, адже справи за участю неповнолітніх мають свої певні специфічні властивості як матеріального так і процесуального характеру, на що в першу чергу повинен звертати увагу суддя при підготовці справи до розгляду.

Готуючи справу до розгляду, суддя повинен визначити характер спірних правовідносин і зміст правової вимоги неповнолітнього, матеріальний закон, який їх регулює; з'ясувати, які є докази на підтвердження зазначених фактів, і вжити заходів до своєчасної їх подачі; і найголовніше у справах за участю неповнолітніх – визначити коло осіб, що мають брати участь у процесі. Окрім того, по справах, в яких зачіпаються інтереси обмежено дієздатних або недієздатних громадян (якими можуть бути малолітні або неповнолітні) необхідно перевірити повноваження їх піклувальників або опікунів, що передбачено також нормою статті 111 ЦПК. Для забезпечення інтересів дітей слід також при

вирішенні питання про притягнення до участі в справі про розірвання шлюбу з особою, визнаною в установленому порядку безвісно відсутньою або неіездатною внаслідок душевної хвороби чи недоумства, представника органів опіки і піклування (п.12 ст.143 ЦПК).

Певними процесуальними особливостями наділені дії судді, направлені на визначення фактів, які входять до предмету доказування, і кола доказів, необхідних для постановлення обґрунтованого рішення. Як правило, більшість справ, які виникають з сімейних правовідносин, торкаються неповнолітніх незалежно від їх волі. В таких справах сторонам надається можливість узгодження взаємних прав та обов'язків, а у випадку, коли між сторонами виникають розбіжності, виходячи з конкретних обставин, правильне рішення повинен прийняти суд. Так, наприклад, підготовка справи про передачу неповнолітнього на виховання іншому з батьків ускладнюється тим, що чинним законодавством не передбачено, які саме факти можуть забезпечити одному з батьків переважне право на виховання неповнолітнього.

Нерідко виникають ускладнення і в процесі підготовки до розгляду справ про стягнення аліментів на утримання неповнолітнього. Так, стаття 192 СК України містить умови, завдяки яким суд має право змінити розмір аліментів, який встановлений законодавством. Часто підставою для такої зміни служить той факт, що у сторін погіршився матеріальний стан або змінилося сімейне становище, в результаті якого з'явилися неповнолітні діти, які можуть бути менш матеріально забезпечені, ніж неповнолітні діти, які мають право на одержання аліментів. Однак суддя на стадії підготовки даної категорії справ до розгляду не завжди враховує матеріальне становище сторін, що не тільки ускладнює процес, але інколи тягне за собою постановлення необґрунтованого рішення. Отже, встановленню предмета доказування допомагає не тільки опитування позивача, але й відповідача. Адже кожна з сторін проявляє суб'єктивне бачення обставин справи, і тому суддя повинен допомогти сторонам знайти найбільш сприятливе вирішення проблеми, що виникла в сімейних стосунках для встановлення юридичної істини по справі, оскільки необ'єктивне вирішення справи може привести до порушення прав неповнолітніх на матеріальне утримання від батьків, які проживають окремо.

Процесуальною особливістю справ, що виникають з сімейних правовідносин за участю неповнолітніх є також і те, що при підготовці до розгляду таких справ можуть бути застосовані будь-які засоби для встановлення фактів, які мають суттєве значення для правильного вирішення спору (статті 9,10,11,13 СК України). Так, з метою захисту прав та інтересів неповнолітніх можуть застосовуватися: домовленість сторін, якщо це не суперечить моральним засадам суспільства /ст.9 СК/; аналогія закону та аналогія права (ст.10 СК); місцеві звичаї (ст.11 СК); міжнародні договори України, які є частиною національного законодавства України (ст.13 СК). Перелічені засоби сприятимуть судді більш реальному та ефективному захисту прав та інтересів неповнолітніх, що порушуються в сім'ї.

Суттєвою гарантією захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів неповнолітніх на стадії підготовки справи до судового розгляду є інститут забезпечення доказів (статті 35-39 ЦПК), який посідає чільне місце саме у справах, що виникають з сімейних правовідносин з участю неповнолітніх. Сторони в таких справах часто можуть знаходитися на різних територіях, поза межею діяльності суду, який розглядає справу по суті, в зв'язку з чим виникає необхідність опитати в порядку судового доручення сторони, допитати свідків, провести експертизу або інші процесуальні дії (ст.33 ЦПК). Так, у справах, пов'язаних з вихованням неповнолітнього, може виникнути питання про здатність особи здійснювати таке виховання, якщо вона страждає нервовими розладами. З цією метою слід провести медико-психологічну експертизу. Такі дії судді на стадії підготовки справи сприятимуть встановленню дійсних обставин справи.

Визначивши предмет доказування та докази, необхідні для всебічного розгляду справи, суддя встановлює коло суб'єктів, участь яких в судовому засіданні є обов'язковою. Склад учасників процесу в свою чергу залежить від виду цивільного судочинства, до якого відноситься справа, від її конкретних обставин. Так, в більшості справ за участю неповнолітніх обов'язковою є участь тієї чи іншої особи, яка чітко встановлена законом. Це в першу чергу стосується справ про стягнення аліментів на утримання неповнолітніх, про позбавлення батьківських прав та встановлення батьківства.

На стадії підготовки до судового розгляду справи з участю неповнолітнього суддею вирішується також питання про участь у справі прокурора, органів державної влади та органів місцевого самоврядування (статті 121,122 ЦПК). Новим Сімейним кодексом України чітко передбачені випадки обов'язкової участі цих органів та осіб у розгляді справ, які торкаються прав та інтересів неповнолітніх (статті 19,42,165,170,240 СК). В інших випадках питання участі представників

цих органів у справі вирішується суддею виходячи з характеру вимог, складності спору, його суспільного значення. На нашу думку, такими повинні бути усі справи, які торкаються інтересів неповнолітніх, у зв'язку з чим частину 2 статті 121 ЦПК, на наш погляд, слід доповнити словами "а також у справах, які торкаються прав та інтересів неповнолітніх".

На жаль, залишилося поза увагою законодавця питання щодо призначення експертизи у справах, які порушуються неповнолітнім особисто, або представником в інтересах неповнолітнього, що виникають з сімейних правовідносин. Хоча статтею 57 ЦПК передбачено, що для з'ясування обставин, які мають значення для справи, суддя під час підготовки справи або суд під час розгляду справи може призначити експертизу. Призначення судово-психіатричної експертизи (ст.258 ЦПК) передбачено лише у справах про визнання громадян недієздатними. Враховуючи специфіку справ, що виникають з сімейних правовідносин, та участь в таких справах неповнолітніх, права та інтереси яких підлягають захисту, слід внести до проекту нового ЦПК України норми, яка б передбачала обов'язкове проведення ще й судово-психологічної експертизи у справах з участю неповнолітніх. Адже неповнолітній, який є стороною у справі, в силу причин психологічного характеру може не завжди правильно сприймати і уявляти собі зміст та мету дій, які відбуваються навколо нього; співвідносити з ними своє волевиявлення, повністю передбачати наслідки своїх дій.

Так, психологи вважають, що експертиза щодо неповнолітніх повинна включати в себе наступні моменти: визначення вікових та індивідуальних особливостей психологічного розвитку неповнолітнього, особливості змісту та структури сприйняття неповнолітнім конкретних подій; характеристику умов сприйняття ситуації. Психологічною експертизою досліджується в першу чергу якісна сторона мислення неповнолітніх, в тому числі і рівень досконалості основних процесів мислення, вміння встановити і передбачити наслідки своїх дій. Психолог-експерт надає цілісний за змістом висновок про можливість вірного сприйняття, фіксації в пам'яті і передачі у формі показань і свідчень певної інформації неповнолітнім по справі.

Отже, проведення судово-психологічної експертизи неповнолітнього допоможе судді встановити відповідність вимог неповнолітнього його віковому рівню та психологічному стану, що дозволить постановити законне та обгрунтоване рішення по справі.

За загальним правилом процесуального законодавства, підготовка справи до судового розгляду повинна бути проведена не більше як у семиденний строк, а у виключних випадках по складних справах цей строк може бути продовжений до двадцяти днів з дня прийняття заяви (ст.146 ЦПК). У зв'язку з виникненням необхідності проведення судово-психологічної експертизи, пропонуємо доповнити статтю 146 ЦПК нормою, яка б передбачала строк проведення підготовки справи за участю неповнолітніх до судового розгляду терміном до 15 днів. Після закінчення підготовки справи до судового розгляду суддя постановляє ухвалу, в якій зазначає, які підготовчі дії ним проведені, і встановлює час розгляду справи (ст.147 ЦПК).

Таким чином, підготовка справ, що виникають з сімейних правовідносин з участю неповнолітнього, до судового розгляду – є важливою самостійною стадією цивільного процесу, від проведення якої залежить справедливий та ефективний розгляд справи, який логічно приводить до винесення судом (суддею) законного та обгрунтованого рішення.

## ПРОГОЛОШЕННЯ УХВАЛ ТА РІШЕНЬ СУДУ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ

*О. Трач*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Суд апеляційної інстанції у відповідності до ст.ст.302,305,311-314 ЦПК України постановляє ухвали, ухвалює рішення. Слід зазначити, що до прийняття Закону України від 21 червня 2001 року "Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України" лише постанови суду першої інстанції реалізувались в процесуальній формі рішення.

У відповідності до ст.315 ЦПК України постановлені ухвали чи рішення суду апеляційної інстанції проголошуються відповідно до вимог ст.212 ЦПК України.

Проголосити, згідно тлумачного словнику, означає прочитати у голос для загального відома, оповістити, розголосити, зробити відомим.

В ст.315 ЦПК України законодавець чітко вказує на проголошення ухвал суду апеляційної інстанції. Закріплення даного положення має важливе значення, оскільки, що стосується ухвал суду першої інстанції, то норми ЦПК України не визначають такого правового інституту. Так, глава 28 "Ухвали суду першої інстанції" не містить вказівки на проголошення ухвал. Здійснюючи подальший розгляд даного питання та звернувши увагу на главу 40 ЦПК України, присвячену апеляційному провадженню, можна побачити, що і тут у ст.292 ЦПК України законодавцем не вказується на проголошення ухвал суду першої інстанції. Як видно, ЦПК України стосовно даного питання містить суперечності, що є недоліком і потребує вдосконалення, застосування єдиних підходів. Що стосується проголошення рішень як суду першої, так і суду апеляційної інстанції, то питань не виникає.

Законодавче закріплення інституту проголошення ухвал, рішень суду апеляційної інстанції свідчить про демократизм цивільного судочинства. Крім того, воно сприяє здійсненню судочинством запобіжної та виховної функцій.

Процесуальна діяльність суду апеляційної інстанції по проголошенню рішень, ухвал відбувається у словесній формі. Таким чином, при проголошенні рішень, ухвал здійснюється реалізація принципу усності судового розгляду.

Постановлені ухвали чи рішення суду апеляційної інстанції проголошуються у відповідності до вимог ст.212 ЦПК України прилюдно, що свідчить про гласність судового процесу. З рішенням, ухвалою суду апеляційної інстанції знайомляться не лише особи, які беруть участь у справі, а й усі присутні зали судового засідання. Важливо відзначити, що рішення проголошується прилюдно навіть в тому випадку, якщо розгляд справи відбувався в закритому судовому засіданні (ст.10 ЦПК України). Виняток з даного правила був введений у чинне цивільне процесуальне законодавство, зокрема ст.212 ЦПК України, Законом України від 12 липня 1996 року "Про внесення доповнень до Цивільного процесуального кодексу України у зв'язку з прийняттям Закону України "Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю України" (зміни щодо порядку усиновлення)". Відповідно до останнього, рішення про усиновлення дітей громадянами України оголошується лише особам, які беруть участь у розгляді справи.

Рішення, ухвала суду апеляційної інстанції проголошується в чіткій та зрозумілій формі, щоб усі присутні зали засідання суду могли чути його.

Прилюдне проголошення постановлених апеляційних судом ухвал та рішень дає можливість громадянам безпосередньо сприймати їх зміст, повно вникнути в нього. Це свідчить про реалізацію принципу безпосередності. Безпосереднє сприйняття рішень, ухвал суду апеляційної інстанції особами, які беруть участь у справі, усіма присутніми зали судового засідання слугує гарантом недопущення можливості їх перекручення, фальсифікації. Прилюдне проголошення дозволяє громадянам безпосередньо знайомитися з роботою суду апеляційної інстанції, що в свою чергу сприяє підвищенню якості перевірки законності та обґрунтованості рішень, ухвал суду першої інстанції.

Крім того, значення проголошення рішення, ухвали визначається й тим, що саме день проголошення рішення, ухвали суду апеляційної інстанції є початком перебігу строку касаційного оскарження, що визначається ст.321 ЦПК України.

Л.Є. Гузь зазначає, що особливість проголошення апеляційних рішень і ухвал полягає в тому, що їх оголошує головуючий, хоча матеріали вивчає і викладає суддя-доповідач.

У відповідності до ст.ст.315,212 ЦПК України головуючий роз'яснює зміст рішення, ухвали суду апеляційної інстанції, що має відповідати вимогам, встановленим цивільним процесуальним законодавством України.

Крім того, головуючий повинен роз'яснити право касаційного оскарження рішення, ухвали суду першої інстанції шляхом подачі касаційної скарги, касаційного подання у порядку визначеному ст.323 ЦПК України – тобто, через суд першої інстанції, в якому знаходиться справа та у визначений цивільним процесуальним законодавством строк – протягом одного місяця з дня проголошення ухвали або рішення суду апеляційної інстанції (ст.321 ЦПК України). Головуючий не лише має роз'яснити порядок та строк оскарження, а й зосередити увагу на наслідках недотримання порядку звернення із касаційною скаргою, касаційним поданням та пропуску строку касаційного оскарження.

Такі вимоги щодо проголошення рішень, ухвал передбачені ст.212 ЦПК України. Однак, слід зазначити, що вони не є вичерпними. Це пояснюється тим, що у відповідності до ст.314 ЦПК України вимоги щодо форми і змісту рішення апеляційної інстанції дають можливість для виготовлення зазначеного процесуального документа у більш короткому викладі з обмеженням виготовлення мотивувальної частини в повному (розширеному) вигляді. Разом з тим передбачено виготовлення обґрунтування висновків (мотивувальної частини рішення) суду у вигляді окремого процесуального документа. Так, у відповідності до ст.314 ЦПК України протягом десяти днів з дня проголошення рішення сторони, інші особи, що беруть участь у справі, можуть подати письмову заяву щодо обґрунтування висновків суду. В такому випадку суд апеляційної інстанції у десятиденний строк з дня заявлення вимоги обґрунтовує висновки суду в окремому процесуальному документі відповідно до вимог ст.314 ЦПК України. Тому дана норма повинна бути роз'яснена одразу ж після роз'яснення порядку та строку оскарження рішення, ухвали суду апеляційної інстанції.

Такого ж висновку можна дійти й звернувшись до ст.198 ЦПК, що регулює фіксування судового процесу. У відповідності до ч.3 ст.198 ЦПК України у протоколі судового засідання відображаються всі істотні моменти розгляду справи в тій послідовності, в якій вони мали місце в судовому засіданні чи при вчиненні окремих процесуальних дій. п.13 ч.4 даної статті встановлює, що у протоколі зазначається роз'яснення сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, права та порядку подачі заяви про виготовлення обґрунтування висновків суду. Дана норма містить й вказівку на роз'яснення права на ознайомлення з протоколом судового засідання та подачу на нього зауважень. Виходячи з вищевказаного, доцільно було б зазначити дані вимоги у статті, що визначає проголошення рішень, ухвал.

Після вчинення вищевказаних процесуальних дій судові засідання по розгляду апеляційної скарги, апеляційного подання прокурора закінчуються.

Відомості про оголошення рішення, ухвали суду апеляційної інстанції, роз'яснення сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, змісту рішення, ухвали, порядку і строку їх оскарження, права та порядку подачі заяви про виготовлення обґрунтування висновків суду, а також права на ознайомлення з протоколом судового засідання та подачу на нього зауважень у відповідності до ст.198 ЦПК України зазначаються у протоколі.



## СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

### ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН

*Н. Гетьманцева*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Українське суспільство як і будь-яке інше переживає період переходу від державної економіки і державної власності до іншого суспільного устрою з різними типами власності, періоду становлення ринкових відносин.

Саме ринкові відносини диктують необхідність подальшого переходу від державного регулювання до договірної. Державне і договірне регулювання знаходяться в одній площині, а тому звуження меж одного з них призводить до розширення іншого.

Разом з тим, договірне регулювання на практиці зазнало ряд проблем. Однією із них є реалізація права на працю шляхом укладення трудового договору, контракту.

Трудовий договір маючи публічно-правовий характер не в повній мірі відображає свій зміст, який би відповідав на сьогодні об'єктивним реаліям життя. На ринку праці з'явилися нові спеціальності: менеджер, торгівельний агент, охоронець, обов'язки яких не можуть визначатися як у трудовому договорі кваліфікаційним довідником посад відповідно до трудової функції, оскільки вони значно застаріли і не відповідають вимогам, що до них пред'являються.

Це в свою чергу породило нову форму реалізації права на працю – контракт. Поняття контракту як особливої форми трудового договору до частини 3 статті 21 КЗпП України було введено Законом України від 20 березня 1991 року. Зазначено, що строк дії контракту, права, обов'язки і відповідальність сторін (в тому числі матеріальна), умови матеріального забезпечення і організації праці працівника, умови розірвання договору, в тому числі достроково, можуть встановлюватися угодою сторін. Сфера застосування контракту визначається законами України.

З цього доповнення статті 21 КЗпП України випливає ряд висновків. По-перше, в трудовому законодавстві України вжито новий термін "контракт". Цей термін не несе в собі відмінного від трудового договору змісту, бо виходячи з етимологічного його значення контракт – це договір. По-друге, закон наголошує, що контракт становить особливу форму трудового договору. В філософському розумінні формою визнається зовнішня оболонка явища. Таку оболонку трудові договори можуть мати письмову або усну. Але й раніше у ряді випадків трудові угоди укладались у письмовій формі. Проте вони не становили особливої форми трудових договорів. Визначення контракту як особливої форми трудового договору проведено без урахування філософських категорій понять: форми, змісту, роду – виду. Вид та рід у логіці – основні поняття класифікації, якими розкриваються відмінності між категоріями, явищами, поняттями. Із двох категорій та, що вміщає у собі другу, є родом. Та ж, що входить, включена в рід, є видом. Мудро, тому поясню на прикладі. Стаття 36 КЗпП України має назву і передбачає підстави припинення трудового договору. В пункті 4 переліку, що наводиться в цій статті, перелічені підстави розірвання трудового договору. Оскільки стаття 36 КЗпП вміщує в собі й інші підстави, то перелік підстав припинення трудового договору є родом, родовим поняттям підстав припинення трудового договору.

Підстави, що вміщені в пункті 4 статті 36 КЗпП України, а саме: розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, а також на вимогу профспілкового чи іншого уповноваженого на представництво трудовим колективом органу є видом, видовим поняттям підстав припинення трудового договору.

Повернемося до поняття трудового договору. Відповідно до статті 21 КЗпП України поняття трудового договору включає в собі й поняття контракту, тому поняття трудового договору є родовим поняттям. Контракт включається до роду правових понять, тому є одним із видів трудового договору.

А оскільки контракт є видом трудового договору визначення, що контракт становить особливу форму трудового договору є помилковим. На те, що контракт – вид трудового договору, а не його особлива форма, звертали увагу й окремі науковці.

Контракт є строковим трудовим договором. Він укладається як на виконання роботи, що носить строковий характер, так і роботи, що носить постійний або в усякому випадку тривалий характер. Але будучи строковим трудовим договором, контракт не створює особливої форми трудового договору. Ні строк договору, ні його письмова форма не створюють контракту. Цей висновок можна підтвердити постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 1994 року №779, якою встановлено, що трудові договори з працівниками діяльність яких пов'язана з державною таємницею, укладаються у письмовій формі. Постанова не вимагає, щоб такі договори уклалися на певний строк, тому вони не названі і не є контрактами у розумінні статті 21 КЗпП України.

Виходячи з принципу добровільності оформлення трудових відносин сторони при укладенні трудового договору можуть досягнути угоди про різні види оформлення трудових відносин: як трудового договору, так і контракту, навіть у випадку, коли сфера застосування контракту на дану категорію працівників не поширюється. Тому ми підтримуємо думку, що контракт може застосовуватись на підприємствах з новими формами організації та оплати праці – на орендних, акціонерних, кооперативних і спільних підприємствах, тобто там, де суб'єкти володіють більшою самостійністю в питаннях організації та стимулювання праці.

Контрактна форма праці дозволила відійти від державної системи оплати праці і значно підвищити рівень заробітної плати. Чітко визначається коло обов'язків працівника, закріплюються обов'язки роботодавця, в тому числі по створенню соціальних умов; встановлюються додаткові пільги. В той же час, в контракти включаються умови, що збільшують обсяг відповідальності працівника за невиконання обов'язків по контракту; додаткові підстави звільнення. За допомогою контракту здійснюється заміна трудових договорів, що укладаються на невизначений строк на строковий контракт без надання будь-яких пільг.

Контракт, як правова форма найму праці, одержав неоднозначну оцінку в представників науки трудового права. Одні вважають, що широке впровадження контрактної системи найму погіршує становище працівника, оскільки "різко знижує рівень гарантій трудових прав працівника". Інші, навпаки, вважають, що "якщо зниження рівня гарантій в одній сфері праці в другій компенсується додатковими пільгами, тому не можна говорити про погіршення становища працівника".

В літературі активно дискутувалося питання про правову природу контракту. Більшість авторів стоять на позиції визнання контракту різновидністю трудового договору. На думку В.І. Никитинського контракт є "підлеглим поняттям, що входить до складу іншого, що має більш високий рівень, яким є трудовий договір. У той же час, інші вчені вважають контракт різновидністю строкового трудового договору.

На думку Головиної С. та Шахова В. специфіка контракту обумовлює його існування як самостійного виду угоди про працю поряд з трудовим договором. Таку ж точку зору висловлює також Е. Бондаренко: "контракт не особлива форма трудового договору, а різновидність договору про працю".

Відсутність в науці трудового права єдиної думки по даній проблемі є, на наш погляд, однією з причин, що не дозволяє законодавцю до цього часу сформулювати інститут контракту. До того ж, проблеми контрактної форми найму можуть бути вирішеними тільки в комплексі з іншими проблемами трудового права, що потребує докорінної реформації.

Об'єктивна необхідність встановлення соціального захисту працівника, який найнявся по контракту, обумовила формальне закріплення в КЗпП України терміну "контракт" як синоніму трудового договору. Тому в літературі відзначалося, що "такий механічний, спрощений підхід до використання правової термінології не стільки прояснив, скільки ще більше заплутав і без того непросту ситуацію".

Практика використання контрактної форми найму праці, що складається на сьогоднішній день, свідчить про те, що поняття "контракт" далеко не тотожне поняттю трудового договору. Її аналіз дозволяє виділити істотні ознаки контракту, що характеризують його як самостійне правове явище, відмінне від трудового договору.

Основною специфічною ознакою контрактної форми найму праці є, на нашу думку, переважання договірних засад. Саме можливість більш вільно, порівняно з трудовим договором, встановлення сторонами умов в контракті обумовлює його популярність. При укладенні контракту сторони намагаються до більш повної регламентації взаємних прав і обов'язків як щодо умов про трудову діяльність, так і щодо соціально-побутових умов.

Службові обов'язки працівника за трудовим договором визначаються кваліфікаційним довідником посад відповідно до трудової функції. Але ці довідники значно застаріли і не відповідають вимогам, що до них пред'являються. На ринку праці появились нові спеціальності, обов'язки яких у довіднику не регламентовані. Фактично розширилося коло обов'язків малих підприємств порівняно з типовими посадовими інструкціями.

Назріла потреба в захисті інтересів роботодавця в умовах ринкової конкуренції: заборона працювати за сумісництвом у конкуруючій фірмі, встановлення відповідальності за розголошення комерційної таємниці шляхом закріплення в контракті відповідних обов'язків працівника. Перерахування в контракті чітко сформульованих обов'язків відповідає інтересам і самого працівника, так і в інтересам роботодавця. Зазначення в контракті лише трудової функції працівника є недостатнім, оскільки в її межах роботодавець вправі доручити працівнику будь-яке завдання.

В контракті можуть бути закріплені і обов'язки роботодавця по створенню працівникам умов для виконання ними трудових обов'язків. При цьому, значення можуть надаватися умовам, які враховують особисті потреби працівника. Зокрема, в контракт можуть включатися умови про надання працівнику службового транспорту або можливість використовувати індивідуальні транспортні засоби за рахунок роботодавця; про забезпечення засобами зв'язку (радіотелефоном, стільниковим зв'язками тощо); необхідними технічними засобами (персональним комп'ютером, модемом тощо); про особисту охорону працівника; про оплату навчання по підвищенню кваліфікації або перекваліфікації.

Виконання працівником своїх трудових обов'язків в умовах становлення ринкової економіки тісно пов'язується з оплатою праці і наданням соціально-побутових пільг. В радянському трудовому праві соціально-побутові умови вважалися факультативними і не завжди включалися в трудовий договір. В контракті велика увага приділяється регламентації питань майнового характеру.

На першому етапі контракт дозволив відійти від тарифної системи оплати праці, що в більшості випадків означало підвищення заробітної плати. Оплата праці ув'язувалась з кінцевими результатами праці. Тому тарифна система оплати праці зберігає силу тільки в бюджетній сфері, де зберігалися обмеження в установленні розміру заробітної плати. Разом з тим, податкова політика в галузі заробітної плати змушує роботодавців закріплювати в контракті порівняно низький розмір оплати праці. Фактично суми, що виплачуються, значно перевищують встановлений рівень внаслідок різного роду комбінацій. Зокрема, в комерційних структурах широко використовується виплата частини заробітної плати за рахунок відсотків від вкладу в кредитних установах, що відкриваються роботодавцям на ім'я працівника; практикуються "чорні" каси, досить складна система страхових виплат шляхом "страхування" майна працівника тощо. Такого роду виплати в контракті не фіксуються, що в свою чергу не дозволяє працівнику вимагати виплати цих сум, що може застосовуватися як майнові санкції при неналежному виконанні контракту.

На ринку праці у вартість здібностей людини до праці включаються також інші майнові блага, що забезпечують працівнику певний життєвий рівень. Обов'язки роботодавця по соціально-побутовому забезпеченню працівника найбільш часті в наданні або оренді житлового приміщення за рахунок наймача, виплати позички, оплаті санаторно-курортних і туристичних путівок тощо. Роботодавець йде на встановлення подібних умов, як правило, тільки щодо найцінніших для нього спеціалістів. Однак відсутність правового механізму регулювання умов соціально-побутового характеру створює загрозу інтересам працівника.

Вимога відповідності договірному регулюванню трудовому законодавству породжує ряд проблем, оскільки керуватись Кодексом законів про працю України важко, "... може бути, навіть неможливо, тому що не пройдеш ні вправо, ні вліво, необхідно йти тільки прямо, а ця дорога веде в нікуди". Особливо це проявляється у питаннях відповідальності працівника при невиконанні умов контракту.

Зустрічаються в контрактах застосування конструкцій цивільно-правової відповідальності за трудові правопорушення: штрафи за дисциплінарні проступки, неустойка за дострокове розірвання контракту тощо. Очевидно, що саме цивільно-правові конструкції ефективні в умовах ринкової економіки, але вони суперечать чинному законодавству про працю.

Обмеження законодавця у питаннях звільнення працівників по трудовому законодавству обумовило закріплення в контрактах додаткових підстав звільнення. Саме тому контракт розглядається як більш гнучка форма найму порівняно з трудовим договором, розширюється свобода контрагентів у визначенні умов контракту, що є наслідком переважання в ньому договірних засад.

Посилення договірних засад в контракті обумовлюють його індивідуальний характер. Самостійність сторони, оптимально обмежена законом, при встановленні умов, дозволяє враховувати специфічні вимоги як працівника, так і роботодавця. На практиці одержали широке поширення типові форми контрактів для окремих категорій працівників, що рекомендуються як основа для розробки конкретних контрактів. Досить часто вони використовуються без доповнень, що значно знижує ступінь індивідуалізації контрактів, які укладаються.

Щодо окремих категорій працівників, у силу їх високого професіоналізму, посади, які вони займають, характер послуг, що ними надаються тощо, вживання типової форми є недоцільним. Мета контракту такого роду, що укладається, полягає саме в персоніфікації прав та обов'язків.

Переважання в контракті диспозитивних засад про умови і індивідуальний характер обумовлює специфічний зміст контракту порівняно з трудовим договором, оскільки до контракту включаються умови, не передбачені трудовим законодавством. Особливо це відноситься до умов, що забезпечують трудову діяльність, та умов соціально-побутового характеру.

Важливого значення у зв'язку з цим набуває фіксація в контракті досягнутих угод. Він укладається у письмовій формі складенням єдиного для сторін документа. Законодавством України, зокрема, зміст примірної форми контракту, що додається, по суті є викладенням диспозитивних норм КЗпП України та інших нормативних актів. На практиці ж зустрічаються викладення в контракті структури цивільно-правових договорів (предмет договору, права і обов'язки сторін, відповідальність, підстави розірвання, строк), що дозволяє відобразити в контракті той специфічний зміст, який визначається угодою між сторонами. В запропонованому законодавцем примірній формі не знайшлося місця для умов, що забезпечують трудову діяльність, і умов соціально-побутового характеру.

Специфічною рисою контракту є його строковий характер. Трудовий договір також має строковий характер. Безпідставне розширення сфери застосування строкових трудових договорів обмежує трудові права працівників, оскільки закінчення строку є підставою припинення трудового договору, а протягом строку дії договору працівник обмежений в праві розірвати трудовий договір за своєю ініціативою.

Поняття контракту, що сформулювалося на практиці, не тотожне поняттю трудового договору. До специфічних ознак контракту слід віднести перевагу договірного регулювання, індивідуальний характер, специфіку його змісту, строковість. На думку Л.А. Сироватської ці ознаки контракту не дають підстави для виділення його як різновидності трудового договору. Більшість же представників науки трудового права придержуються точки зору, що контракт є різновидністю строкового трудового договору.

Строковий характер контракту є лише однією з його ознак, але не єдиною. Переважаючими в контракті є договірне регулювання відноси. Тому при визначенні правової природи контракту необхідно врахувати всю сукупність істотних ознак.

Точка зору, що трудові відносини оформляються за допомогою трудового договору, є сталою в науці трудового права. Тому всі правові форми, що проявляються на практиці, такі як трудові угоди, контракт, досить часто зводяться до трудового договору. Вводиться навіть термін "контрактна форма трудового договору", що можна дослівно викласти українською мовою як договірна форма трудового договору.

Представники науки трудового права не намагаються відійти від концепції трудового договору як родового поняття. Навпаки, робиться намагання адаптувати інститут трудового договору до нових умов господарювання. Так, А.С. Пашков вважає, що "трудовий договір як родове поняття об'єднує різного виду угоди про працю". Як вид трудового договору він виділяє договір трудового найму, що регулює відносини з найманим працівником; договір про спільну трудову діяльність, що опосередковує відносини з працюючими власниками; трудовий контракт, який займає проміжне місце між ними. Такої ж точки зору дотримується Пустозерова В.М.

Однак, ні законодавство про працю, ні практика не вміщує підстав для висновку про існування поряд з трудовим договором і контрактом інших видів угод про працю. Можна говорити про те, що трудовий договір опосередковує різного роду відносини по застосуванню праці. Саме в цьому аспекті характеризує трудовий договір С.Б. Хохлов: "зміст поняття, яке в даний час визначається як трудовий договір, неоднозначно: в одному випадку це договір найму, в другому договір про членство в замкнутій корпорації, в третьому угода про вступ на державну службу". Тому запропоновану характеристику контракту слід розглядати тільки як можливий варіант його подальшого розвитку.

Викликає інтерес точка зору В. Шахова та Є. Кирста, які розглядають контракт як альтернативу трудового договору. Але, визначаючи контракт самостійним видом угоди про працю, вони не розкривають його правової природи. Таке ж зауваження можна зробити і до визначення контракту, запропонованого В.М. Лебедевим: "особливого роду письмова цільова угода про прийом на роботу з розвинутим блоком додаткових умов, необхідних для підприємця та інтересних (привабливих з матеріальної, організаційної або моральної точки зору) для працівника, який наймається". Незважаючи на це, позиція даних авторів є плідною, оскільки сприяє продовженню дослідження контракту як правового явища, що відрізняється від трудового договору.

Використання контракту як правової форми більш адекватним ринковим відносинам, що формуються, дало можливість С.Б. Хохлову зробити висновок, що контракт "в генетичному плані... становить собою договір найму праці". Термін "договір найму праці" (або "договір трудового найму") досить часто став вживатися в літературі, але єдиного поняття договору найму праці представники науки трудового права так і не розробили.

Переважає в контракті договірне регулювання відображає загальну для трудового права тенденцію переходу від адміністративних методів правового регулювання до цивілістичних. Контракт виступає як перехідна форма від публічного трудового договору до приватно-правового договору найма праці.

В Російській Федерації збереження контрактної форми найму не передбачається. У даний час навряд чи можна заборонити використання контракту на практиці. Персоніфікація прав і обов'язків в контракті необхідно використовувати не по відношенню якихось категорій працівників, а з окремим найбільш потрібним для підприємства працівниками, чия особиста здатність до праці є винятковою. Звуження сфери застосування контракту відповідає і світовій практиці укладення контрактів.

Таким чином, контракт відіграє виключно важливу роль в умовах становлення ринкової економіки як прообраз майбутніх ринкових правових форм реалізації здатностей людини до праці.

## РОЛЬ ТРУДОВОГО ПРАВА В АСПЕКТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

*С. Вишновецька*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Конституція України проголосила Україну суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою, в якій забезпечується вільний і всебічний розвиток особистості кожної людини. Такі можливості повинні бути створені у сфері праці, яка є основною сферою діяльності, де формується особистість. Як правильно підкреслював В. Дойблер, "наявність розвинутого трудового права є перевагою для будь-якої країни". Трудове законодавство визначає розвиток суспільства в цілому. Тут перетинаються економічна і соціальна складові державної політики. І від того, наскільки ефективно здійснюється нормативне регулювання відносин даної галузі права, багато в чому залежать і динаміка економічного розвитку країни, і добробут її громадян. Саме характер праці, відношення до неї є виразним показником розвитку суспільства. Особливого значення ця проблема набуває в аспекті захисту прав людини. Адже трудове право покликане захищати право на працю як одне з основних прав людини. Це право виражає постійно діючу потребу людини, необхідну для створення елементарних матеріальних передумов людського існування, а також забезпечення умов всебічного розвитку особистості.

Соціальне призначення права в суспільстві, його місце і роль у сфері соціального регулювання виявляються у його функціях. Проблема функцій трудового права вперше почала розглядатись як самостійна в 70-і роки.

Досліджуючи проблему функцій радянського трудового права, А.С. Пашков вказував, що свій нормативний вираз правові функції одержують у найважливіших законодавчих актах у вигляді постановки цілей і завдань правового регулювання. Суть концепції С.О. Іванова, яка з часом стала домінуючою в науці радянського трудового права, полягає в тому, що функції трудового права, так само як і цивільного, і сімейного, і земельного, повинні відповідати завданням, сформульованим у законі (в кодексах). Вони мають бути безпосередньо пов'язані з ними і орієнтуватись на них.

Але такий підхід до визначення функцій трудового права, як вірно зауважує П.Д. Пилипенко, був допустимим в період домінуючої у соціалістичній юриспруденції доктрини юридичного позитивізму, згідно з якою право ототожнювали із законом і трактували лише як правила поведінки, що встановлені або санкціоновані державою. А отже, ніякого права поза законом не могло бути. За таких умов завдання законодавства могли означати водночас і функції права. За сучасних підходів до поняття права, доречно підкреслює автор, виводити функції права через завдання законодавства теоретично неправомірно. Функції трудового права – це зовсім не те, що завдання і функції Кодексу законів про працю. Ототожнювати ці два самостійні явища – означає спотворювати саму природу функцій трудового права.

В науці традиційно виділяють регулятивну і охоронну функції права, які впливають із самої його природи, способів його впливу на поведінку людей і визначають необхідність його існування як соціального інституту суспільства. Суть регулятивної функції полягає в тому, що встановлюючи певні права і обов'язки сторін трудових відносин, трудове право створює тим самим свого роду межі, рамки їхньої поведінки, спрямовує їхні дії в чітко визначене правове русло. Що стосується класифікації функцій трудового права, то в науці не існувало єдиної думки. Одну з концепцій класифікації висунув С.А. Іванов, вважаючи, що трудове право має дві специфічні функції: виробничу і захисну. Схожу з ним позицію займали К.П. Горшенін, Л.Я. Гінцбург, Р.З. Лівшиць, Ю.П. Орловський. В.С. Андреев писав про соціальну, захисну, виховну і народногосподарську функції. А.С. Пашков виділяв економічну, соціальну, політичну, виховну функції трудового права.

В науці трудового права загально визнаним є те, що основне соціальне призначення трудового права полягає в охороні трудових прав працівників, у створенні сприятливих умов праці. В одному з документів Міжнародної організації праці, учасницею якої є й Україна, наголошується: "Захист трудящих є пріоритетною метою міжнародного трудового права".

Серед галузевих функцій трудового права особливого значення, з точки зору Г.І. Чанишевої, набуває соціальна функція, яка відображає інтереси працівників і не замикається лише на охороні

здоров'я й безпеці виробництва, а пов'язується з необхідністю більш повного визнання, дотримання і захисту прав людини у сфері праці. Для забезпечення соціального миру між роботодавцями і найманими працівниками, сталості економічного розвитку і соціальної захищеності працівників необхідне досягнення балансу між соціальною та виробничою функціями.

В науці радянського трудового права всебічно обґрунтував наявність у трудового права соціальної функції і розкрив її зміст А.С. Пашков. В.Г. Ротань зосередив увагу на співвідношенні соціальної функції з функцією охорони праці в широкому розумінні, яку називають інколи захисною і яка визнається абсолютною більшістю вчених, які так чи інакше зачіпали проблему ролі трудового права як засобу охорони праці. Проаналізувавши співвідношення соціальної функції радянського трудового права і функції охорони праці, В.Г. Ротань вказував, що одна сторона соціальної функції радянського трудового права – це регулювання соціального положення особистості. Друга її сторона – сприяння формуванню всебічно розвинутої особистості. Правда, зауважує автор, ця сторона не вписується в сучасне трактування функцій права і зокрема радянського трудового права. Так, практично всі вчені, які і визнають соціальну функцію права і ігнорують її, виділяють виховну функцію в якості самостійної.

Дійсно, трудове право характеризувалось як право охорони праці. В цьому вбачали його головну соціальну функцію. Проте сьогодні соціальна функція трудового права не може бути обмежена тільки охороною праці. Основним її проявом повинна стати турбота про найповніше закріплення і послідовний розвиток прав людини у сфері праці. З точки зору І.Я. Кисельова, одним із наслідків зміщення акцентів на права людини у сфері праці є посилення уваги до інтересів, потреб, сподівань кожного окремого працівника не як до абстрактної суспільної фігури, соціального типу, представника класу, професійної категорії, а як до повнокровної особистості, наділеної всім багатством соціально-психологічних характеристик (незалежністю, почуттям самоповаги і власної гідності, прагненням до справедливості, до нормального соціального спілкування, вільного від хамства, жорстокості, знущань з боку будь-якої особи на виробництві, незалежно від її соціальної ролі).

В науці трудового права проблематиці прав людини приділяється все більша увага. А.А. Фатуєв підкреслює, що найфундаментальнішою проблемою є правове положення особистості, і перш за все в колективі. Якими б ідеальними не були централізовані і локальні норми, унікальні потреби людини не можуть бути зведені до загальних, колективних чи групових. Реалізація індивідуума немислима без широких прав і свобод і в сфері праці. В договірному порядку сам працівник міг би визначати трудову функцію, місце, режим і обсяг роботи, тривалість робочого часу, розцінки по оплаті і умови праці. Тим самим широка диференціація норм про працю замикалась би на найважливішій і кінцевій ланці – людині. Проте спроби повністю позбавити особистість від групового, колективного, адміністративного егоїзму навряд чи можуть бути вдалим. Одночасно в інтересах як людини, так і суспільства правовий статус особистості також повинен мати свої обмеження.

Трудова цілеспрямована діяльність невіддільна від матеріальних благ. Цю обставину виділив С.С. Алексєєв, який вважає, що в трудовому праві "матеріальні блага по суті невіддільні від самої трудової діяльності працівників і не можуть розглядатись ізольовано від матеріального змісту трудових відносин".

Відомо, що в соціально-економічному житті суспільства оплата праці виконує двояку функцію: в якості особистого доходу служить основним джерелом життєзабезпечення працюючих і їх сімей і в якості сукупного платіжного попиту – одним з головних факторів підтримки і розвитку виробництва. Завдання законодавців полягає у визначенні такої стратегії у формуванні механізму регулювання заробітної плати, яка дозволила б реалізувати якісно інші стандарти життя населення, а також істотно вплинути на оживлення виробництва підвищенням попиту і пропозиції на ринку праці.

У зв'язку з цим основне завдання соціальної політики держави на новому етапі ринкових реформ полягає у підвищенні в короткі терміни доходів основної маси населення. При розробці систем оплати праці необхідно враховувати фактори підвищення інтелектуалізації праці, різноманітні умови виробничого середовища, характеристики інтенсивності і психофізіологічної напруженості праці та інші.

Практично всі норми трудового права в тій чи іншій мірі впливають на психологію поведінки людини в процесі праці. Формування мотивів праці відбувається як під дією зовнішніх, так і внутрішніх факторів. До зовнішніх факторів належать, зокрема, стан чинної системи законодавства про працю, стан фінансово-грошової системи країни, економічна політика, що проводиться в певному регіоні, конкретна господарська ситуація на підприємстві, організація заробітної плати і

забезпеченість соціальними благами, організація та умови праці на виробництві і т.п. – тобто всі стимули матеріального, соціального й морально-психологічного характеру, які існують незалежно від працівника об'єктивно і вступають у взаємодію з його внутрішніми спонукальними силами. Ці внутрішні фактори (сукупність потреб, інтересів, цінностей, вольових мотивів тощо, викликаних дією законодавства про працю та іншими зовнішніми чинниками) залежать від правосвідомості та рівня правової культури особистості, які виступають додатковими елементами механізму правового регулювання. Тому необхідно, особливо в сучасний період, коли зміна пріоритетів суспільного розвитку, зумовлена різноманітністю форм власності, передбачає оновлення законодавства, поступове формування нової правосвідомості у працівників, адаптованої до ринкових перетворень, щоб спонукальні сили в мотивації поведінки працівників набували все більшої значимості в змісті і механізмі дії норм трудового права.

На даний час актуальним залишається визначення ролі держави у регулюванні трудових відносин і відповідно кола і характеру питань, які повинні бути предметом централізованого регулювання. Основне призначення централізованого регулювання – забезпечити надання всім працюючим певного мінімального рівня соціальних гарантій у трудових відносинах, не обмежуючи при цьому свободи підприємств у здійсненні господарської діяльності, а також сприяти узгодженню інтересів всіх сторін трудових відносин.

О. Гевел, звертаючи увагу на те, що в юридичній літературі в останні роки набуває поширення ідея лібералізації правового регулювання трудових відносин, яку, зокрема, висловлював О.І.Процевський і під якою розумів поширення локально-договірного регулювання в рамках трудового права, вважає, що держава повинна втручатися у правове регулювання праці. У цьому виявляється публічний елемент. Він ґрунтується на конституційних засадах. Так, ст.17 Конституції України гарантує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Держава закріплює права громадян, у тому числі й трудові. Вона не повинна втручатися у використання прав і свобод, але зобов'язана забезпечити їх реалізацію і захист. Держава зацікавлена у збереженні трудового потенціалу, в стабільній ситуації. Вона втручається у зазначене регулювання з метою соціального захисту працюючих. Держава здійснює протекціоністську політику щодо найманих працівників, підтримуючи їх як слабшу сторону у відносинах з роботодавцями.

А. Нуртдінова, розглядаючи ліберальну модель вирішення проблем, виникаючих при регулюванні трудових відносин, яка зводиться до відмови від розвинутого законодавства про працю і надання сторонам трудових відносин самостійності при їх регулюванні, вважає неможливим її застосування в Росії. Автор відзначає, що причини частого порушення трудових прав працівників криються в недостатності правових заходів для реалізації вимог трудового законодавства.

При реформуванні сучасного трудового права з'являються тенденції до відмови від гарантій, прав і пільг, які є в чинному Кодексі, як і в законодавстві про працю взагалі, під тим приводом, що в країні склалась нова соціально-економічна ситуація і тому необхідно дати підприємствам більшу можливість розвернутись. У зв'язку з цим заслуговує схвалення позиція С.А. Іванова, який вважає, що крім того, що новий кодекс, безперечно, повинен враховувати нову ситуацію, ще більше він повинен враховувати необхідність захисту в цій новій ситуації інтересів, потреб і прав людини праці.

Один з найважливіших показників рівня добробуту народу – умови праці працівників. В.Д. Мордачов зазначав, що вільна праця і її результати показують, чим і як живе людина і тому вона являє собою цінність особливого роду. Дійсно вільна праця – необхідна умова для реалізації багатьох потреб людини, вона визначає положення людини в суспільстві, є основою її соціального статусу.

П. Рабінович підкреслює, що глибинним змістом потреб соціальної практики в Україні, "квінтесенцією" сучасних практичних запитів є забезпечення переходу до такого способу суспільного виробництва, до такої організації виробничих відносин (і в першу чергу відносин власності на засоби виробництва), які дозволили б стимулювати якісно вищий рівень продуктивності праці – настільки вищий, аби на цій основі кожна людина змогла би своєю працею створити гідні умови життя для себе і своєї сім'ї. Гуманізація, олюднення усіх сфер суспільного життя, передусім найголовніше сфери економічної, становить стратегічну мету їх радикального реформування. Адже негативним наслідком радянської влади є те, що в якості основних правових способів впливу на мотивацію поведінки працівників використовувались, перш за все, примусові з боку роботодавця і держави заходи, включаючи адміністративні і кримінальні покарання.

До речі, середньовічний Захід розглядав працю як "страждання", "стомлення", "зусилля". У французькій мові слово "праця" (travail) походить від пізньолатинського *tribulium*, що означає



знаряддя катування – треножник. У німецькій мові слово Arbeit також асоціюється з тяжкою працею, стражданням, покаранням.

З кінця XVIII століття разом з індустріалізацією і розвитком ринкової економіки на Заході формується "працююче суспільство", а з ним і сучасне поняття роботи як праці, яка зорієнтована на ринок і приносить дохід. Робота зайняла центральне місце в житті суспільства і індивідів. В інтенсивній праці перш за все необхідно шукати головну причину економічних досягнень західного світу. І.М. Супоницька констатує, що звичка інтенсивної праці виробилась в Америці не лише традицією вільної праці, а й її ринковим характером, що диктував сувору класифікацію праці за кількістю і якістю, раціональну організацію виробництва.

У другій половині XX століття змінюється відношення до праці. Робота тепер потрібна не стільки для виживання – ця мета вже досягнута, – скільки для самореалізації людини. В останні десятиріччя XX століття говорять навіть про "кінець ери роботи", "про початок постринкової ери".

Отже, якщо весь західний світ переживає період переходу до нового погляду на працю – від праці як християнської чесноти до праці творчої, яка приносить задоволення, про що, до речі, оголосили комуністи в СРСР, то Росія, як констатує І.М. Супоницька, все ще не перейшла перший рубіж – від праці як прокляття до праці як найважливішої цінності. Тому нагальною є потреба зміни відношення до праці, визнання особистої праці цінністю.

А.Г. Орлов, розглядаючи основні правові форми сприяння трудовій ініціативі, під нею розуміє таку поведінку працівника, коли він, проявляючи творче відношення до праці, добивається підвищення ефективності і якості роботи або, належно виконуючи свої обов'язки за трудовим договором, сприяє успішним результатам колективної праці через суспільні форми вдосконалення виробництва і управління підприємством чи організацією.

Розробляючи і вдосконалюючи трудове законодавство України, ми все частіше звертаємось до зарубіжного досвіду, до сформованих міжнародних норм. В першу чергу це конвенції і рекомендації Міжнародної організації праці. Тому необхідно активізувати зусилля по ратифікації Україною життєво важливих у сфері захисту прав людини конвенцій МОП.

Отже, трудове право, забезпечуючи впорядкування і регулювання ринку робочої сили, оптимальні умови її виробничого використання, гармонізацію соціальних відносин на основі ідеалів соціальної справедливості, покликане зіграти вирішальну роль у забезпеченні прав людини праці.

## ФОРМУВАННЯ КАТЕГОРІАЛЬНО-ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ТРУДОВОГО ПРАВА

*І. Васечко*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Починаючи з 90-х років в Україні відбуваються економічні зміни. Це пов'язано з переходом України від адміністративно-планової економіки до ринкової. Існування приватної власності як наслідок перебудови, процес приватизації державних підприємств, утворення багаточисельних господарюючих суб'єктів різних організаційно-правових форм – всі ці процеси не могли не відобразитись на праві і законодавстві взагалі і на трудовому зокрема. Нові явища вимагають або утворення нових категорій і понять трудового права, оновлення традиційних категорій і понять трудового права, або ж "відмирання" тих, явища, якими позначались, втратили свою актуальність або ж зникли.

Так, під впливом економічної умови, досить значних змін зазнали і зазнають такі категорії трудового права як "доктрина трудового права", "принципи трудового права", "джерела (форми) трудового права", "трудова правовідносина", а також поняття, які включаються у структурні понятійні ряди кожної з них.

Серед цих категорій особливо виділимо категорію "трудова правовідносина". Розвиток нових соціально-економічних умов не міг не відбитися на трудових правовідносинах, з'явилися нові суспільні зв'язки, а старі організаційно-правові форми наповнилися новим соціальним змістом. Як зазначають Г. Чанишева, Н. Болотіна при формуванні ринкових відносин трудові відносини стали різноманітнішими. З'явилися три відносно самостійні категорії працюючих: наймані працівники (залежна праця), працюючі власники (незалежна, самостійна праця) – члени кооперативів, колективних підприємств, господарських товариств, селянських (фермерських) господарств; працівники, подібні до найманих (залежна праця з виконанням особливих функцій) – державні службовці, судді, прокурорсько-слідчі працівники, атестовані співробітники органів внутрішніх справ, служби безпеки, військовослужбовці. Ця зміна привела до нового відношення до понять, які позначають коло цих осіб. Так, терміни "робітники" і "службовці", які багато років позначали одну з сторін соціалістичних трудових правовідносин, перестав задовольняти смислові вимоги правових норм. На їх місці з'явилося поняття "працівник". Однак утворення нових понять і термінів не завжди породжує єдність думок у науці трудового права щодо них. Так, одні вчені, зокрема О. Ярошенко, вважають за необхідно повернутися до термінів "робітники" і "службовці", оскільки, на думку цього автора, відмова від нього була передчасною. Таке визначення розкриває зміст праці і перших, і других. Інші вважають, що не зміст праці визначає сутність трудових відносин осіб, що наймаються на роботу, а форма залучення до праці, якою для працівників (робітників і службовців) є трудовий договір. На нашу думку, друга точка зору більш відповідає сучасному стану розвитку трудового права, оскільки трудове законодавство наголошує не на той факт, що є змістом праці, а на той, який визначає підставу виникнення трудових правовідносин. А термін "працівник" чітко визначає одну з сторін трудового договору. Слід, однак, зауважити, що, вживши, для позначення одного з основних суб'єктів трудового права термін "працівник", законодавець все ж таки не спромігся дати легальне визначення цього поняття у Кодексі законів про працю.

У ринкових умовах суттєво змінилося коло осіб, які використовують найману працю для забезпечення інтересів суспільного та особистого характеру. Раніше у КЗпП УРСР для позначення сторони, з якою працівник укладав трудовий договір, застосовувалися терміни "підприємство, установа, організація". Проголошене в Україні реформування відносин власності у 1991 році закріплене в ряді законів ("Про власність", "Про підприємства в Україні", "Про підприємництво"), на підставах яких Законом УРСР від 20 березня 1991 року "Про внесення змін і доповнень в Кодекс законів про працю Української РСР при переході до ринкової економіки" термінами (термінологічними зворотами) "власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган", "власник" в тексті Кодексу було замінено не тільки зазначені вище терміни, а й –

"адміністрація". Як і раніше, законодавець не дав легального визначення (тобто лаконічної словесної моделі поняття, що цим терміном позначається) новим термінам, структура яких, як зазначають багато науковців, була не тільки громіздкою, а й викликала багато запитань. Тому у правовій літературі його почали замінювати новим терміном "роботодавець", що згодом з'явився і в трудовому законодавстві, а потім почав застосовуватись в інших галузях права. Поняття "роботодавець" на сьогодні включає не тільки юридичних осіб, але і фізичних осіб, які використовують найману працю.

Таким чином, зміна понять, які включаються у структурні понятійні ряди тієї чи іншої категорії трудового права і використання відповідних нових термінів приводить до якісної зміни і самих категорій трудового права. І хоча, на перший погляд, терміни, що позначають відповідні категорії трудового права незмінні, їхній внутрішній зміст постійно змінюється на основі економічної умови.

З переходом до ринкової економіки змінився і зміст одного з основних понять трудового права – права на працю. Порівняємо ст.2 КЗпП УРСР у першому варіанті і в редакції Закону УРСР від 20 березня 1991 року.

КЗпП визначав право на працю як право на отримання гарантованої роботи, включаючи право на вибір професії, роду занять і роботи у відповідності з покликанням, здібностями, професійною підготовкою, освітою і з врахуванням суспільних потреб. Аналогічне визначення давала і ст.40 Конституції СРСР 1977 року. Таке трактування впливало з проголошеного при соціалізмі принципу всезагальності праці. У СРСР проводилась політика повної зайнятості населення, тому право на працю супроводжувалось обов'язком працювати.

У наш час законодавство України (і ст.43 Конституції України, і ст.2 КЗпП України) визначає право на працю як можливість кожного вільно розпоряджатись своїми здібностями до праці, вибирати рід діяльності і професію. На відміну від попередніх нині діючі закони не проголошують гарантії права на працю, а тільки встановлюють право на захист від безробіття (ч.2 ст.46 Конституції України).

В умовах ринкової економіки з її багаточисельними формами формується ринок праці, для якого характерна конкуренція. Держава, позбавившись ролі роботодавця-монополіста, вже об'єктивно не в змозі гарантувати надання роботи всім своїм громадянам. Тому при визначенні поняття "право на працю" законодавець виключив формулювання "отримання гарантованої роботи". Виключено з визначення і "право на вибір професії, роду занять і роботи у відповідності з покликанням, здібностями, професійною підготовкою, освітою", яке В.І. Нікітінський назвав ще однією фікцією минулої епохи. "Адже відповідне право зводиться унівець вже тим, що воно може бути реалізоване лише із врахуванням суспільних потреб".

Трудові правовідносини як невід'ємна частина економічних відносин відображають всі труднощі перехідного періоду від планової до ринкової економіки. Один з негативних наслідків такого переходу – скорочення виробництва і звільнення працівників з підприємств різних галузей промисловості. Виникають нові явища у сфері праці, і трудове право, природно, покликане їх врегулювати. Утворюються нові поняття трудового права такі як "звільнення працівників" ("масове звільнення"), "зайнятість", "безробітний", "громадські роботи", "підходяща робота". Інше негативне явище – порушення строків виплати заробітної плати – також отримало свою правову назву – "затримка виплати заробітної плати".

Ринкова економіка виключила з правового лексикона такі поняття економіки соціалізму як "нормування заробітної плати", "схеми посадових окладів", "плани по праці", "ліміти чисельності", "соціалістичне змагання" і т.д. Замість них у законодавстві з'явилися терміни "індексація оплати праці", "безтарифна система оплати праці".

Суспільно-політичні події початку 90-х років неминуче позначились на корінному реформуванні трудових відносин. Такі принципи соціалізму як всезагальність праці, яка передбачала рівний для всіх працездатних громадян обов'язок працювати, і їх рівне право на працю, в нових умовах перестали відповідати вимогам суспільства, а тому обов'язок працювати був законодавчо ліквідований і поступово, в кількох законах, починаючи з ЗУ "Про зайнятість населення" від 1 березня 1991 р., проголошений принцип заборони примусової праці. Правда, до цього часу у вітчизняному законодавстві дефініція терміну "примусова праця" відсутня. Його характеристика є тільки у Конвенції МОП №29 про примусову або обов'язкову працю.

Демократичні перетворення початку 90-х років викликали необхідність встановлення системи соціального партнерства як найважливішої умови політичної стабільності суспільства. Вперше на нормативному рівні ідея соціального партнерства проголошена в указі Президента України від 8 лютого 1993 року "Про національну раду соціального партнерства". До перебудови говорити про соціальне партнерство не доводилось, бо основні умови організації праці, включаючи її оплату, визначала держава у централізованому порядку. Вона ж була головним роботодавцем (в широкому розумінні цього слова). Але змінилась суспільно-політична ситуація в країні. У результаті перетворень в економіці з'явилися нові роботодавці, жорсткий пресинг держави в нормативному регулюванні трудових відносин ослаб, на кінець, профспілкові організації, звільняючись від невластивих їм за правовою природою державних і виробничих функцій, все більш активно стали втручатись у процес встановлення умов праці і заробітної плати.

В умовах підвищення значення договірних форм регулювання трудових відносин роль соціального партнерства значно зросла. Правова регламентація цього нового для вітчизняної дійсності явища супроводжувалась розробкою його понятійної основи: до вже існуючого терміну "колективний договір" добавилась "угода", "соціально-трудова відносина", "представники працівників", "представники роботодавців", "комісія по регулюванню соціально-трудова відносин". Змінився зміст поняття "колективний договір": тепер законодавець уточнює, що предметом регулювання цього правового акта є соціально-трудова відносина.

Вплив ідеології на категоріально-понятійний апарат трудового права простежується не так відкрито, як вплив попередніх умов, тим не менше існують у суспільстві погляди, ідеї, які так чи інакше відображаються і на трудовому праві. Зміни суспільної свідомості приносять у право елементи новизни або виключають явища, які суспільна свідомість відчужує. У свій час був проголошений відомий принцип "Хто не працює, той не їсть" (в ст.18 Конституції РСФСР 1918 р. – "Не працюючий хай не їсть"), який цілком виправдовував таке явище, як трудова повинність.

Цікавим є вплив ідеологічної умови на поняття "святкові дні". На протязі 70 років Радянської влади його зміст неодноразово коректувався в залежності від змін у світогляді суспільства. Спочатку в Постанові Робітничого і Селянського уряду від 29 жовтня 1917 року про восьмигодинний робочий день, тривалість і розподіл робочого часу до святкових днів, в які не працювали, належали 1 січня, 6 січня, 27 лютого, 25 березня, 1 травня, 15 серпня, 14 вересня, 25 і 26 грудня, п'ятниця і субота Страсної неділі, понеділок і вівторок Пасхальної неділі, день Вознесіння і другий день свята Об'явлення Святого Духа. Як бачимо, тут мав місце ще сильний ухил до релігійних традицій, і в перелік входять дні християнських свят. КЗпП РСФСР 1922 р. в руслі розпочатої в ті роки боротьби з релігією і започаткуванням атеїзму відхиляє релігійні свята, але включає ряд державних. У його ст.111 перераховуються 1 січня – Новий рік, 22 січня – День 9 січня 1905 року, 18 березня – День Паризької Комуни, 1 і 2 травня – День Інтернаціоналу, 7 і 8 листопада – Річниця Жовтневої революції. За рік до війни постановою Раднаркому СРСР від 27 червня 1940 року кількість свят була скорочено, залишилися тільки 22 січня, 1 і 2 травня, 7 і 8 листопада і 5 грудня. У 1947 році відновили новорічне свято (1 січня), в 1951 році відмінили святковий день 22 січня як невідповідний характеру подій, який був присвячений смерті Леніна і 9 січня 1905 року ("Кривава неділя").

На кінець, КЗпП 1971 року на довгий час визначив поняття "святкові дні", включивши в їх число крім традиційного 1 січня (Новий рік) також 8 березня (Міжнародний жіночий день), 1 і 2 травня (День міжнародної солідарності трудящих), 9 травня (День Перемоги), 7 жовтня (День Конституції СРСР). Але перебудова, розпад СРСР, отримання Україною незалежності привели до нового графіка святкових днів: в 1992 році добавилось Різдво Христове (7 січня) і день незалежності України (24 серпня), день Конституції України (28 червня), Великдень, Трійця. Крім цього, відбулись деякі зміни у тривалості свят та їх назвах. Мабуть, що і це не остання редакція ст.73 КЗпП України. Так, проект Трудового кодексу встановлює День міжнародної солідарності тільки 1 травня, виключивши з обсягу поняття "вихідний день" 2 травня. Таким чином, поняття "святкові дні" у трудовому праві завжди відображає певний історичний етап розвитку суспільства і його моральні цінності.

Удосконалення української літературної мови також відображається на адекватних змінах у лексиці трудового права. Природне відмирання застарілих слів у мові супроводжується аналогічними процесами у праві. Прикладом може бути словосполучення "заразна хвороба". Згідно ст.105 Статуту

про промисловість вона була підставою для розірвання договору найму. Сьогодні слово "заразна" стало архаїзмом і не може застосовуватись трудовим законодавством. У зв'язку з цим у ст.40 КЗпП України використана більш абстрактна формула – "виявлена невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок ... стану здоров'я, що перешкоджає продовженню даної роботи".

Всі вищезазначені приклади звичайно не є вичерпними, але вони яскраво доводять той факт, що структурні елементи категоріально-понятійного апарату трудового права не можуть бути сталими величинами, незмінними, раз і назавжди встановленими або ж даними. Категорії і поняття трудового права не тільки відображають зміни у суспільстві і праві, але і самі змінюються на цій основі. Зміни у категоріально-понятійному апараті трудового права відбуваються постійно. Причинами таких змін виступають економічні, соціальні, правові, ідеологічні, мовні, наукові умови. Тому в сучасних умовах вважається можливим вести мову принаймні про чотири основні варіанти зміни категоріально-понятійного апарату трудового права під впливом цих процесів: 1) формування нових категорій і понять трудового права; 2) удосконалення і розвиток наявних категорій і понять трудового права; 3) виділення з трудового права категорій і понять, які не відповідають його логічному рівню; 4) виключення застарілих категорій і понять трудового права.

## МІСЦЕ САНКЦІЙ В СТРУКТУРІ НОРМИ ТРУДОВОГО ПРАВА

*О. Білявська*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Стаття 3 Конституції України від 28 червня 1996 року закріплює права і свободи людини в якості найвищої соціальної цінності. Держава є відповідальною за їх повну реалізацію, охорону та захист. Санкція норми трудового права безпосередньо пов'язана із вказаною функцією держави. Адже відповідно до частини 4 статті 13 Конституції України держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, саме за допомогою санкцій такий захист здійснюється в галузі трудового права.

Санкції норм трудового права відіграють важливу роль в механізмі правового регулювання, вони забезпечують виконання обов'язків і є гарантом захисту прав та законних інтересів суб'єктів трудових і тісно пов'язаних з ними відносин. Тому актуальним на даний час є питання про місце санкції як елемента норми трудового права в структурі норми даної галузі.

Вихідною позицією для вивчення цього питання повинні слугувати як висновки загальної теорії права про структуру юридичних норм, місце санкції в цій структурі, так і подальше поглиблене вивчення санкції в структурі норми трудового права у відповідності до специфічних особливостей регулювання трудових відносин.

Структура правової норми, розглядається як її внутрішня будова, яка полягає у її поділі на складові елементи, що пов'язані між собою.

Найбільш розповсюдженою в теорії права є концепція, згідно якої обов'язковими елементами кожної правової норми є гіпотеза, диспозиція і санкція, які виражають відповідно: умови при яких правова норма підлягає застосуванню; права і обов'язки людей – власне правило поведінки; вказівка на наслідки, що наступають в результаті невиконання чи неналежного виконання припису, що міститься в нормі права. Ця точка зору вперше була сформульована М.С. Строговичем ще в 1940 році, потім вона отримала широку підтримку з боку багатьох вчених.

Пізніше дане положення доповнилося одним уточненням: структура різних правових норм неоднакова, вона визначається видом цих норм. Наявність видів обумовлено спеціалізацією в регулюванні суспільних відносин, яка дозволяє встановити два види норм регулятивні, які складаються з гіпотези і диспозиції, та охоронні, які в свою чергу складаються з диспозиції і санкції.

С.С. Алексеев, виділяє в праві норму-припис, що має в своїй структурі тільки два елементи в залежності від виду і призначення норми та логічну норму, яка містить всі три елементи.

Основін В.С. аналізуючи норми, прийшов до висновку, що далеко не всі вони мають трьохелементну структуру і висловив думку про те, що при вирішенні питання про структуру правової норми не можна допускати крайнощів. Багато норм складається з трьох елементів, але з цього не випливає, що трьохчленна структура строго обов'язкова для кожної норми. В залежності від характеру і призначення правової норми законодавець сам вирішує питання про її структуру і форму виразу.

Щодо місця санкції в структурі норми, то в українському трудовому праві це питання не досліджувалося. В загальній теорії і в інших галузях права воно відноситься до дискусійних. Найпоширенішою є ідея, що санкція є обов'язковим елементом логічної структури правової норми. При цьому в юридичній літературі висловлена також думка про те, що норма права може бути і без санкції. Так, на думку Йоффе О.С., Шаргородського М.Д. правова норма складається з гіпотези і диспозиції, що стосується санкції, то вона не є обов'язковим елементом норми права. Курильов С.В., Абрамова О.В., Томашевский Н.П. розглядають санкцію як елемент не будь-якої норми, а лише правоохоронної норми права. На думку Лейста О.Е., норма права тотожна диспозиції, а гіпотеза і санкція – не складові частини норми а її атрибути.

Отже, як видно, вирішенню підлягають такі питання: чи є санкція елементом чи атрибутом норми; чи є вона обов'язковою як елемент, атрибут норми.

Розробка вказаних питань важлива як в теоретичному, так і в практичному відношенні, без неї неможливо скласти цілісне уявлення про сутність санкції та її роль в забезпеченні та захисті прав учасників трудових та тісно пов'язаних з ними відносин.

З огляду на це, автор даної статті ставить за мету проаналізувати існуючі підходи до визначення місця санкції в структурі норми права, з'ясувати наскільки ці підходи застосовуються до санкцій трудового права, чи є санкція обов'язковим елементом норми даної галузі права.

Перейдемо до першого дискусійного питання, чи є санкція елементом правової норми чи це її атрибут?

Визнаючи необхідність охорони кожної норми права заходами державного примусу, Лейст О.Е. приходить до висновку, що санкція, визначаючи, якими саме заходами державного примусу охороняється від порушень дана норма права, є необхідним атрибутом кожної правової норми, в якому б опосередкованому і складному зв'язку не знаходилась санкція з тією чи іншою нормою.

Норма права є загальнообов'язковим правилом поведінки, виконання якого забезпечується державним примусом. Без загальнообов'язковості і забезпеченості державним примусом правило поведінки втрачає свій правовий характер, тобто воно перестає бути нормою права, інакше кажучи, щезає та особливість, яка відмежовує норму права від інших соціальних норм. Саме ця властивість норми права і є її атрибутом, адже атрибут означає невід'ємна властивість об'єкта. Отже, будучи вказаною властивістю норми права, атрибут не може бути одночасно її структурним елементом, тобто санкцією, як стверджує О.Е. Лейст. З цього можна зробити висновок, що атрибутом норми права її властивістю є загальнообов'язковий характер і забезпеченість державною охороною. Ця властивість норми права виражається в її визначеній організації, логічній структурі, що складається з трьох частин (елементів), і одним з таких елементів є санкція.

Звернемося тепер до питання про те, чи складає санкція необхідний третій елемент правової норми?

В юридичній літературі пропонувалось розмежовувати нормативний припис – "живу", конкретну норму права, яка в силу спеціалізації може і не мати санкції в своєму складі, і так звану логічну норму – загальне правило, що виражає органічні зв'язки між нормативними приписами, що втілює класичну, тобто трьохелементну композицію нормативного матеріалу. Як вважає Алексеев С.С., логічна норма виявляється в декількох статтях нормативного акту чи навіть в статтях різних нормативних актів. При цьому норма-припис, як правило відповідає первинній структурній частині нормативного тексту тобто статті, пункту, абзацу статті. Тому трьохелементна схема, що має суттєве значення для характеристики логічних норм не відповідає структурі реальних, "живих" норм-приписів.

Спірність цього твердження очевидна. Протиставлення логічного і нормативного в юридичному приписі навряд чи виправдано. Адже це призводить до протиставлення логічної норми права статті закону, яка сама по собі є основою логічної побудови норми. Крім того, якщо логічними прийомами досліджувати зв'язки між нормативними приписами, то правильніше говорити про "логічну структуру норми права", "логічну структуру права" цілому, його галузей і інститутів, а не про структуру самих нормативних приписів.

Слесарев В.Л. вважає, що санкцію необхідно визнати самостійною нормою в правовій структурі. Санкція – охоронна норма права, що моделює права і обов'язки на випадок здійснення правопорушення.

На нашу думку, з цим не можливо погодитися. Звичайно, в певному значенні будь-який елемент правової норми володіє відносною самостійністю. Але ця самостійність, як справедливо зазначається в юридичній літературі, виражається тільки в тому, що кожний елемент виконує специфічні тільки йому притаманні функції в складі цілого – правової норми. Всі вони настільки безпосередньо підчиняються цілому, що їх окреме існування не має змісту.

Курильов С.В. стверджує, що будь-яка юридична норма складається з двох частин – умов (поведінки людей, подій) з якими норма пов'язує певні юридичні наслідки і самих юридичних наслідків. При цьому умови норми – це вказівка на юридичні факти, передбачені нормою. Наслідки – це вказівка на права і обов'язки, що настають при наявності даних умов. А та частина норми, яку в теорії прийнято називати санкцією і вважати третім елементом юридичної норми, в дійсності не є її елементом, а слугує різновидом юридичних наслідків, що утворюють елементи не будь-яких, а лише правоохоронних норм.

З приводу санкції в трудовому праві, Абрамова О.В. також захищає положення про те, що санкція є структурним елементом лише охоронної норми трудового права, яка призначена для захисту правового припису, що міститься в регулятивній нормі. Обґрунтовуючи вказану думку вона пише, що концепція трьохелементної структури правової норми допускає конструювання "комплексної" норми, яка складається з гіпотези і диспозиції, розміщених в нормативному приписі однієї галузі права і

санкції, розміщеної в законодавчому акті іншої галузі права. Важко уявити такий вид суспільних відносин, який би відповідав "комплексній" нормі. Тому напрошується висновок, що норми однієї галузі права, що не мають своєї санкції, охороняються нормою іншої галузі права, яка містить санкцію. Значить, до аналізу структури галузевих норм потрібно підходити з позиції системності права, враховуючи функції, які вони виконують.

Розглядаючи санкцію, як елемент правової норми, необхідно підкреслити неможливість існування норми без санкції, оскільки саме санкція вказує на несприятливі наслідки, за допомогою яких охороняється відповідне правило поведінки від порушень. При цьому потрібно мати на увазі, що в статтях нормативних актів, санкція не завжди прямо формулюється, не обов'язково формулюються навіть в тому правовому акті, в якому викладене правило поведінки. Вони можуть бути передбачені в інших статтях правового акту чи в інших правових актах.

Тому, на нашу думку, виключення санкції із структури правової норми ґрунтується на ототожненні норми права із статтею нормативного акту, які далеко не тотожні. Неспівпадання норм права і їх елементів із статтями закону диктується життям, зручностями законодавства і цілеспрямованістю нормативних актів.

В зв'язку з неспівпаданням норм права із статтями закону елементи правових норм як правило, не даються в чистому вигляді. Їх доводиться встановлювати логічним шляхом із співставлення ряду статей чи розчленування однієї статті на окремі норми, а також шляхом аналізу тексту статті і її конкретної мети в суспільному житті.

Нормативні акти є формою виразу права і разом з тим вони є формою викладення правових норм. Норма права – це правило, а стаття законодавчого акту це форма викладу думки законодавця й форма виразу його державної волі. Тільки при наявності всіх трьох елементів думка законодавця, хоча б і виражена в різних статтях чи актах, є правовою нормою, в протилежному випадку, це буде або частина норми або положення не правового характеру. Тому, ми вважаємо, що відсутність санкції норми права позбавляє норму правового характеру.

Неможливо не погодитися з Жицинським Ю.С., який образно говорив що "без диспозиції норму неможливо уявити, без гіпотези вона немає змісту, без санкції вона безсила".

Аналіз джерел трудового права показує, що практично використовується чотири найбільш розповсюджені форми викладу норм трудового права в статтях нормативних актів.

**1.** При встановленні певної норми трудового права в одній і тій же статті одного і того ж нормативного акту викладені всі три елементи логічної структури норми трудового права. Наприклад статтею 131 КЗпП передбачено, що за шкоду заподіяну підприємству, установі, організації при виконанні трудових обов'язків, працівники, з вини яких заподіяно шкоду, несуть матеріальну відповідальність у розмірі прямої дійсної шкоди, але не більше середнього місячного заробітку.

В цьому випадку норма права співпадає із статтею закону. Санкція міститься в тій же статті, що й гіпотеза та диспозиція, вона йде відразу за диспозицією, між ними безпосередній зв'язок.

Така форма викладу норм трудового права в статтях нормативного акту зручна для застосування. Дана форма викладу має без сумніву переваги. По-перше, норма права, сформульована і викладена в одній статті, зрозуміла і доступна, її застосування не викликає ніяких труднощів. Це тим більше необхідно, оскільки реалізація цих норм переважно здійснюється не кваліфікованими спеціалістами (суддями), а особами, що не мають спеціальної підготовки. По-друге, прямо встановлена санкція трудової норми підвищує авторитет правового припису в сфері трудових відносин, підкреслює важливість його дотримання.

**2.** Санкція трудового права викладається в нормативному акті в окрему статтю. Так, наприклад, статтею 147 КЗпП передбачено, що за порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано тільки один з таких заходів стягнення: догана або звільнення. З допомогою даної санкції охороняється не один правовий припис, не одна диспозиція, а декілька.

Досить часто, стаття, що містить санкцію, розміщена на початку або в кінці нормативного акту, перед переліком окремих правових приписів чи після нього. Наприклад, згідно статті 35 Закону України "Про зайнятість населення" службові особи, винні у порушенні законодавства України про зайнятість населення, притягуються у встановленому порядку до відповідальності.

При такому викладі хоча санкція і не йде безпосередньо за диспозицією, яку охороняє і міститься в іншій статті, але трьохелементна структура норми трудового права не викликає сумніву, адже очевидно, що кожен викладений припис має санкцію.



Викладення норм трудового права таким чином дозволяє уникнути повторень в нормативному акті, зробити його більш компактним і зручним для розуміння і застосування. В протилежному випадку довелось би значно збільшити об'єм нормативного акту, викладаючи в кожній й новій статті не тільки диспозицію, але і санкцію, яка повторюється. Збільшення актів трудового права недоцільне, оскільки (вони і так громіздкі) це ускладнює застосування викладених в них норм.

3. Диспозиція і санкція норми трудового права містяться в різних нормативних актах. В одному з нормативних актів викладається декілька правових приписів, а потім в кінці акту дається посилання до статей інших нормативних актів, які передбачають санкції трудового права.

Прикладом може бути стаття 44 Закону України "Про охорону праці", згідно якої за порушення законів та інших нормативно-правових актів про охорону праці, створення перешкод у діяльності посадових осіб органів державного нагляду за охороною праці, а також представників профспілок, їх організацій та об'єднань винні особи притягаються до дисциплінарної, матеріальної, адміністративної, кримінальної відповідальності згідно із законом.

4. Санкція норми трудового права міститься в нормативних актах інших галузей права. Наприклад, стаття 172 кримінального кодексу України передбачає відповідальність за незаконне звільнення з роботи з особистих мотивів, а також за інше грубе порушення законодавства про працю. Стаття 41 кодексу законів про адміністративні правопорушення передбачає відповідальність за порушення встановлених термінів виплати пенсій, стипендій, заробітної плати, виплату її не в повному обсязі.

Дві останні форми викладу норм трудового права значно ускладнюють їх застосування, пошук елементів норми і її конструювання.

Трудове право містить цілий ряд приписів, які охороняються за допомогою не конкретної санкції, а цілою системою санкцій. Іншими словами, у випадку порушення норми трудового права може застосовуватися будь-яка санкція даної системи. За допомогою кожної санкції охороняється не один припис, а сукупність приписів. Застосування тієї чи іншої дисциплінарної санкції залишено на розсуд відповідних посадових осіб.

В трудовому праві є основоположні норми, норми-декларації, норми-звернення, норми-принципи, які не викладаються в традиційне розуміння правової норми. Але не можна, на наш погляд зробити висновок про наявність правових норм без санкції, тобто норм не забезпечених державним захистом. Будь-яка норма, якщо вона визнається правовою, носить загальнообов'язковий характер, і в кінцевому результаті її дотримання забезпечується державною охороною. У зв'язку з цим справедливою є думка про те, що подібні норми охороняються всією системою діючого права, всією сукупністю його норм. Сукупність всіх заходів, що застосовуються державою у випадку порушення таких норм права і є її санкцією.

Дослідження структури ряду норм трудового права і форм їх виразу в нормативних актах приводить до висновку про те, що положення загальної теорії права про структуру норми права, згідно якої будь-яка норма права складається з трьох елементів: гіпотези, диспозиції і санкції застосовується і для характеристики норм трудового права.

Твердження про те, що не всякій нормі трудового права властива санкція як третій елемент, що норма може бути її позбавлена є помилковими. На справді правових норм без санкції не буває. Виключення санкції із складу норми трудового права ґрунтується на ототожненні норми трудового права із статтею закону, але норма права не тотожна із статтею закону, або іншого нормативного акту. Дійсно ряд статей Кодексу законів про працю не містить вказівок на наслідки їх порушення. В таких випадках санкцію потрібно шукати в інших статтях чи інших актах.

Встановлення прав та обов'язків суб'єктів трудових і тісно пов'язаних з ними відносин неминує передбачає і встановлення наслідків порушення цих прав і невиконання обов'язків. Такі наслідки є однією з гарантій дотримання прав і їх захисту та виконання обов'язків, що забезпечується державою. Немає змісту встановлювати права і обов'язки поведінки, не вказуючи на ті заходи, якими забезпечується дотримання цих прав і виконання обов'язків, тобто без санкцій.

Таким чином, санкція – обов'язковий третій елемент будь-якої норми трудового права.

Роль санкцій в трудовому праві полягає в тому, щоб охороняти права що закріплені в нормах від можливих порушень, а у випадку порушення – сприяти відновленню порушених прав. Санкції трудового права відіграють велику роль в зміцненні трудових та пов'язаних з ними правовідносин, захисті прав працівників. Вони охороняють правопорядок, забезпечують виконання законів, попереджують нові правопорушення.

**ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТИПОВИХ  
ТА ЗРАЗКОВИХ ФОРМ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ***Д. Лещух**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Принципова схема договору зводиться до того, що кожна зі сторін цілком вільно виражає свою волю. І тоді, коли виражені в такий спосіб волі збігаються, тобто кожна зі сторін згодна із запропонованою іншою редакцією його умов, договір вважається укладеним. Зазначена система ідеальна для угод, які мають одноразовий характер для двох сторін. Інша справа, якщо умова договору стає частиною систематичної підприємницької діяльності однієї чи обох сторін. Розробка від початку і до кінця умов кожного із сотень, а часом і тисяч укладених учасником ринкових відносин договорів, а також укладення, хоча і невеликої кількості, але на значну суму договорів, пов'язана з цим необхідність вирішувати складні технічні і фінансові питання – усе це вимагає затрат значних зусиль і тривалого часу. До зазначеного варто додати необхідність вирішити й основну проблему – укласти погоджені сторонами умови у межі діючого законодавства.

Вищевикладеним і обумовлена правова природа усіх типових та зразкових форм договорів, у тому числі і трудового.

Типові та зразкові форми будь-яких договорів, у тому числі і трудового договору відрізняються за багатьма ознаками та передумовами для їх використання.

Перший із видів типізації договірних форм у трудовому праві пов'язаний із розробкою типових договорів. Цьому питанню присвячена, зокрема, одна із спеціальних статей проекту Трудового кодексу, а саме п.1 статті 74 проекту Трудового кодексу України. Зазначена стаття відноситься рівною мірою до випадків розробки типового трудового договору і включення в який-небудь договір окремих типових умов. Використання типових форм спричиняє певні правові наслідки, а саме "відступати від положень типових трудових договорів дозволяється у разі, коли це передбачено законодавством. Укладаючи трудовий договір (контракт) на підставі типового сторони можуть погодити умови, які не передбачені типовим трудовим договором, але не суперечать йому". У зв'язку із цим відповідна стаття вказує на обов'язкові ознаки типової форми трудового договору, а саме: по-перше, типові форми трудового договору повинні бути затверджені "спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань праці"; по-друге, типові форми можуть затверджуватися лише у випадках, які спеціально передбачені законом.

Стаття 74 проекту Трудового кодексу України чітко розрізняє наступні ситуації. Одна з них має місце тоді, коли сторони включили у свій договір посилання на конкретні типові умови. За іншої, більш складної ситуації, відсилання до яких-небудь типових форм відсутнє, але самі типові умови існують. У першому випадку сторони трудового договору мають право погоджувати додаткові умови до тих, що викладені у типовому трудовому договорі; у другому випадку волевиявлення сторін звужується і вони повинні викласти або упустити умови, які містить типовий трудовий договір, та на свій розсуд викласти умови, що типовим трудовим договором не врегульовані. У другому випадку, вірним буде припущення, що коли сторони трудового договору не виклали умов, що містяться у типовому трудовому договорі, то у разі виникнення відносин, що підпадають під регулювання умовами типового трудового договору, слід застосовувати саме умови типового трудового договору, як такого, правила якого затверджені процедурою, котра викладена у Трудовому кодексі та спеціальному Законі.

Ця ж стаття проекту Трудового кодексу передбачає і такий вид типізації договірних форм як зразкові трудові договори. Зразкові трудові договори не є обов'язкові для використання сторонами, що впливає із наступного: по-перше, "зразкові трудові договори...містять положення, що не є обов'язковими у відповідних трудових договорах; по-друге, "сторони мають право відступити від положень зразкового трудового договору, доповнювати його".

В останні роки стали видаватися різного роду збірники зразкових (або як їх часом називають – типових) договорів, які розраховані на застосування для відносин головним чином між суб'єктами підприємницької діяльності та працівниками. Їхнім авторами є або окремі особи, або організації,

зокрема наукові чи науково-технічні інститути. Оцінюючи цю практику, варто мати на увазі, що згадані "зразкові трудові договори" являють собою звичайні зразки договорів і не спричиняють будь-яких правових наслідків для сторін договору, у тому числі і трудового.

Немає сумнівів у тому, що вимоги зразкових договорів, які затверджені Міністерством праці і соціальної політики України, не мають жодного пріоритету перед типовими (зразковими) договорами та їх збірниками, які видаються окремими авторами або організаціями. Зокрема, це міністерство своїм листом від 09.10.2001 р. №06/2-4/133 роз'яснило, що форма трудового договору між робітником та фізичною особою, затверджена наказом Міністерства праці та соціальної політики України "Про затвердження Форми трудового договору між працівником і фізичною особою та Порядку реєстрації трудового договору між працівником і фізичною особою", є зразком, тому сторони, що укладають трудові договори, можуть вносити в зазначену форму зміни та доповнення за умови, що зазначені зміни та доповнення не будуть погіршувати умови робітників порівняно з законодавством України.

Однак дана ситуація може змінитися із моменту вступу у силу з 1 січня 2004 року нового Цивільного та нового Господарського кодексів України, які передбачають таке правове явище, як "звичаї ділового обороту". Використання таких "звичаїв" призведе до ситуації, коли рекомендаційний характер зразкових форм трудового договору означатиме, що застосування відповідних зразкових договорів залежить від волі сторін, але все ж таки зразкові договори відрізнятимуться від інших незатверджених уповноваженим державним органом "типових (зразкових) форм" тим, що зразкові трудові договори будуть засновані не на авторитеті сили, а на авторитеті органу, що їх рекомендував.

**ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ  
ПЕРЕМІЩЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ***Т. Парпан**Львівський національний університет імені Івана Франка*

У науці трудового права, до сих пір, не вироблено однозначних підходів до розуміння такого правового явища як переміщення. І головною причиною ми вважаємо нечіткість його правового регулювання. Так, існує думка, що при переміщенні працівника, не має значення чи вказано, чи ні у трудовому договорі його конкретне робоче місце чи засіб виробництва (наприклад, машина, марка станка). Тому, змінювати ці умови, можна без згоди з працівником.

На жаль, зроблений висновок йде в розріз із загальним принципом обов'язковості дотримання роботодавцем умов трудового договору, який закріплений у статті 43 Конституції України про заборону примусової праці та статтях 21 та 31 КЗпП України. Поряд з цим, треба наголосити, що на відміну від переведення на іншу роботу, при переміщенні працівників зміст трудового договору не повинен змінюватися.

Також необхідно враховувати, що питання визначення робочого місця при укладенні трудового договору, для деяких категорій працівників є істотним. Це стосується працівників автотранспортних підприємств, сфери торгівлі, медицини.

Багато питань, на які у чинному законодавстві немає прямої відповіді, виникають у зв'язку із скеруванням працівника в інший структурний підрозділ підприємства, установи, організації. При цьому, найскладнішими із них, виявляються питання про необхідність отримання на це згоди працівника. Для вирішення цих питань потрібно враховувати наступне. Так, якщо у трудовому договорі місце роботи працівника конкретизоване шляхом вказівки на адресу відповідного структурного підрозділу (яка може і не співпадати з місцезнаходженням самої юридичної особи), де працівник повинен залучатися до роботи, то безумовно, на його зміну необхідно отримати згоду працівника. Якщо ж, трудовий договір не містить такої вказівки – його зміна буде вважатися переміщенням, і проводитися без такої згоди. Натомість, коли така зміна супроводжується зміною місцевості, в якій розташований структурний підрозділ, то це кваліфікується не як переміщення, а як переведення, і відповідно, потребує згоди працівника. Разом з тим, специфіка виконання деяких видів робіт не дозволяє розглядати це як переведення (зокрема, роботи, пов'язані із службовими поїздками, які, у свою чергу, супроводжуються зміною місцевостей, населених пунктів (наприклад, робота провідників вагонів, екіпажів літаків, тощо).

Переведенням не вважатиметься також доручення роботи працівнику на об'єктах, розміщених в іншій місцевості, якщо при укладенні трудового договору сторонами було обумовлено, що працівник буде виконувати роботи на об'єктах, які знаходяться у декількох населених пунктах. Це стосується, поступлення на роботу у будівельні організації, які виконують роботи на різних об'єктах, розташованих в межах певного району, області. Переведенням це може бути визнано тільки тоді, коли зміниться перелік зазначених у трудовому договорі, населених пунктів.

Не вирішеною, на даний час, залишається проблема переміщення, внаслідок якого збільшується тривалість часу, котрий працівник витрачає добираючись до, або з роботи. Як показує практика, факт віддаленості роботи від місця проживання працівника доволі суттєво впливає на існування трудових правовідносин. Так, у багатьох таких випадках працівник змушений шукати більш підходящу роботу. Тому, на нашу думку, необхідно визначати не як переміщення, а як переведення, зміну структурного підрозділу працівника, якщо це пов'язано із ускладненим доїздом до нього. При цьому, необхідно враховувати витрати часу, а не умови транспортної доступності, як це, наприклад, запропоновано у ст.80 Проекту нового Трудового Кодексу України, розробленого робочою комісією при Мінпраці України.

Поза увагою законодавця також залишилося питання про можливу відокремленість структурного підрозділу. Проте, така вказівка допомогла б уникнути багатьох проблем, пов'язаних з такими переміщеннями.

В аспекті цього питання, звернемо увагу на один з позитивних моментів проекту Трудового кодексу України, в якому направлення до іншого структурного підрозділу не розглядається як переміщення. Таким чином, автоматично відпадає необхідність у вирішенні проблем переміщення працівників до іншого структурного підрозділу.

Важливою гарантією при переміщенні працівників є закріплена в частині другій статті 32 КЗпП України, заборона направляти працівника на роботу, протипоказану йому за станом здоров'я. Тому, неправомірним буде вважатися переміщення працівника з хворими очима, у затемнену частину приміщення, а страждаючого на серцево-судинне захворювання на верхні поверхи будинку, в якому відсутній ліфт.

Недоліком правового регулювання переміщення працівників є те, що в результаті переміщення може бути зменшено заробіток працівника з незалежних від нього причин (ч.2 ст.114 КЗпП України). Однією з таких причин є скерування працівника на інше робоче місце з такими ж механізмами, агрегатами, що і на старому, але більш раннього випуску. І, тому, у зв'язку з постійними виходами з ладу механізмів, агрегатів, і, відповідно збільшенням часу простою за рахунок частішого ремонту, у працівника може різко зменшитися розмір заробітної плати.

Для "нейтралізації" цього явища тією ж статтею 114 передбачена обов'язкова доплата до попереднього середнього заробітку протягом двох місяців з дня переміщення. Така відстрочка зниження заробітної плати працівника, на нашу думку, все ж не повинна проводитись без згоди на це останнього. Оскільки одностороння зміна такої істотної умови трудового договору як оплата праці, веде до підриву пріоритетності обумовлених сторонами умов та до нестабільності трудових правовідносин.

Вважається, що право роботодавця переміщати працівника без його згоди на інше робоче місце, дозволяє йому оперативно вирішувати питання розподілу та використання кадрів підприємства. Проте, не одиничними є випадки, коли роботодавець, маючи особисте упереджене ставлення до працівника, намагається, за допомогою переміщення змусити його розірвати трудовий договір.

Кодекс законів про працю України не пов'язує переміщення із наявністю будь-яких обставин виробничого чи організаційного характеру. Разом з тим, п.31 постанови Пленуму Верховного Суду України №9 від 6 листопада 1992 року "Про практику розгляду судами трудових спорів" зазначається, що переміщення не може бути без мотивним, не обумовленим інтересами виробництва.

Отже, щоб захистити працівника від зловживань з боку роботодавця, необхідно закріпити вимогу про вмотивованість переміщення на законодавчому рівні.

Законодавством не встановлено вимог щодо оформлення переміщення. Проте, гадаємо, що необхідність у цьому є. Хоча б для того, щоб у наказі зафіксувати причини переміщення, його зміст та дату. При цьому важливим моментом є ознайомлення працівника з наказом, під розписку. Вимога про письмову згоду на переміщення, буде неправомірною, оскільки, переміщення є прерогативою роботодавця і не залежить від волі працівника.

Вважаємо за потрібне наголосити, що не варто відмовлятися від "переміщення" взагалі, як це пропонують деякі науковці. Воно може існувати і в подальшому як важливий засіб раціонального та оперативного використання та розподілу трудових ресурсів.

Разом з тим, переміщення не повинно негативно відобразитися на інтересах працівників і торкатися змісту трудового договору. А тому не повинно розглядатися як один із способів "зміни умов трудового договору".

Пропонуємо у новому Трудовому Кодексі України присвятити окрему статтю переміщенням працівника і викласти її у такій редакції:

"Переміщенням, яке не потребує згоди працівника, вважається обґрунтоване виробничими, організаційними або економічними причинами доручення працівникові роботи, обумовленої трудовим договором, яка не протипоказана йому за станом здоров'я, на новому робочому місці, на іншому механізмі або агрегаті, або у іншому структурному підрозділі у тій же місцевості, якщо це не тягне зміни умов трудового договору.

Переміщення оформляється наказом, з яким працівник повинен бути ознайомлений під розписку не пізніше шести днів".

**ІНДИВІДУАЛЬНО-ДОГОВІРНИЙ ХАРАКТЕР ВСТАНОВЛЕННЯ  
ТА ЗМІНИ УМОВ ОПЛАТИ ПРАЦІ НАЙМАНИХ ПРАЦІВНИКІВ****І. Фурик***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Особистісна диференціація умов праці, тісний зв'язок морального та матеріального стимулювання праці з конкретними трудовими досягненнями особи знаходять все більше відображення в юридичних нормах, які регулюють трудові та тісно пов'язані з ними відносини. Найбільш важливий спосіб такої особистісної диференціації, індивідуалізації умов праці, зокрема, оплати праці, здійснюється шляхом індивідуальних домовленостей сторін трудового договору, тобто шляхом індивідуально-договірного регулювання.

Поки що, індивідуально-договірне регулювання оплати праці, тобто визначення умов оплати праці в трудовому договорі (контракті), не отримало достатньо широкого розповсюдження. Воно носить допоміжний характер, конкретизуючи положення законодавства, угод, локальних актів. На практиці розмір заробітної плати встановлюється трудовим договором тоді, коли:

а) на підприємстві не укладений колективний договір (не затверджене положення про оплату праці) або у вказаних актах не містяться норми про оплату праці даної категорії працівників;

б) ставиться за мету підвищення розміру заробітної плати конкретного працівника у порівнянні з колективним договором (встановлення персонального окладу, надбавок та доплат, не передбачених системою оплати праці).

Умови оплати праці вказуються також в трудовому договорі (контракті) з керівником підприємства, організації.

Розширення сфери встановлення індивідуальних умов праці шляхом укладення угоди між працівником та роботодавцем має, на наш погляд, глибоке та різноманітне соціальне і правове значення.

Завдяки цій формі регулювання можна, по-перше, швидше враховувати зміни соціальних та виробничих умов. За допомогою індивідуальних угод відбувається врахування різноманітних факторів, з якими стикаються сторони в процесі праці. Через певні об'єктивні причини централізоване та локальне регулювання не завжди можуть і фактично часто не враховують цю багатоманітність факторів. Цей недолік і покликана ліквідувати діяльність сторін трудового договору. Закріплюючи право сторін трудового договору встановлювати умови оплати праці, законодавець тим самим розраховує на вирішення питання в індивідуальних умовах.

Далі, реалізація цієї форми регулювання має за мету підвищити соціальну активність особистості. Як вірно зазначав Л.С. Явич: "чим вищим є рівень розвитку продуктивних сил суспільства та складніші виробничі відносини, а на їх основі і інші відносини, тим сильніше розвиваються інтелектуальні можливості людини, культура та суспільна свідомість, тим більша потреба в активній самодіяльності особи, в її подальшому самовизначенні, у визнанні її прав та свобод. Соціальна сутність людини особливо проявляється у її прагненні до активної творчої діяльності, неможливої без свободи особистого вибору варіантів поведінки...".

По-друге, ця форма правового регулювання надає глибокі можливості для врахування інтересів та здібностей конкретного працівника.

По-третє, шляхом розширення сфери, де можливим є встановлення індивідуальних умов праці (в тому числі і її оплати) за угодою між сторонами трудового договору, право втрачає властивість однокового мірила, масштабу, який застосовується до фактично нерівних, неоднакових людей. А встановлення індивідуальних умов праці в результаті угоди сторін трудового договору посилює правове значення самого трудового договору та додаткових індивідуальних угод про працю.

Індивідуально-договірне правове регулювання трудових відносин відрізняється від нормативного правового регулювання, в тому числі і від локального (колективно-договірного) регулювання, за багатьма ознаками.

По-перше, за суб'єктивним складом сторін договорів. Сторонами трудового договору є: особа, що наймає робочу силу – роботодавець, з одного боку, і особа, яка наймається (найманий працівник), з другого, трудові відносини між якими виникають на основі трудового договору. Сторонами ж колективного договору є: особи, які наймають працівників, їх об'єднання, з одного боку, та представницькі організації найманих працівників, їх об'єднання, з другого. Хочемо зазначити, що першочергово реалізація прав здійснюється конкретним працівником на індивідуально-договірному рівні, оскільки одним з основних елементів останнього є трудовий договір, який породжує трудові відносини, і реалізація прав працівником на колективно-договірному рівні можлива лише після укладення трудового договору.

По-друге, за суспільними відносинами, що регулюються. Індивідуально-договірне регулювання здійснюється щодо встановлення, зміни та припинення суспільних відносин, згідно яких "працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін". Колективно-договірне регулювання характеризується комплексністю, регулюючи не лише умови застосування праці, але й взаємозв'язок працівників з кінцевим результатом своєї діяльності. Воно визначає можливості розподілу прибутку від реалізації новоствореного продукту, узгодження інтересів "найманої праці" і власника "найманої праці". Крім того, колективно-договірне регулювання є об'єктивним фактором, оскільки в даному випадку колективні договори, угоди та інші акти колективно-договірного регулювання виступають регуляторами не лише правових, політичних, але й соціальних питань.

Оскільки в результаті цієї діяльності не створюються загальні правила поведінки для необмеженого числа працівників, тому її не можна подавати як одну із частин локального регулювання. Метою її є створення індивідуальних умов праці для конкретного працівника, індивідуальних правил поведінки, встановити суб'єктивне право чи обов'язок. Нарешті, шляхом угоди сторін трудового договору встановлюється правове становище конкретного працівника.

Далі, правове регулювання може здійснюватися як на індивідуальному рівні, так і на колективному в залежності від кількісного суб'єктивного складу та виду регульованих суспільних відносин, особливо яскраво це виражено у трудовому правовому регулюванні. Регулювання трудових відносин відбувається індивідуально стосовно конкретного працівника, або колективно стосовно всіх або певної групи працівників. Індивідуальне регулювання не можна ототожнювати з колективним, оскільки сфера індивідуального регулювання є вужчою ніж колективного. До того ж, індивідуальному регулюванню не притаманний нормативний характер колективного, який створює загальні положення, що поширюються на персонально невизначене коло осіб і стосується або всіх працівників, або конкретних категорій, які виділяються по певним критеріям. Колективно правове регулювання пов'язане зі створенням локальних нормативно-правових актів і укладенням локальних правових угод нормативного характеру. Отже, на колективному рівні правового регулювання приймаються норми права локального характеру, що складають зміст цих джерел права: нормативно-правового акту і нормативно-правового договору.

Щодо правового регулювання на індивідуальному рівні, то його можна розмежувати на: автономне і державно-владне, які іншими словами звучать: договірне і правозастосовче. Вважаємо, що застосування терміну "індивідуально-договірне регулювання" є більш правильним, оскільки він відображає суть діяльності, в процесі такого правового регулювання (суб'єктивний склад, суспільні відносини, методи правового регулювання). Поняття "автономне регулювання", хоча і вказує на "автономію, самостійність сторін в процесі вибору варіанта поведінки", проте воно є характерним і для колективно-договірного регулювання, і входить у зміст договірного регулювання, яке передбачає самостійність, незалежність сторін під час укладення, зміни, доповнення чи припинення договору, угоди. Хоча, не зважаючи на суттєві відмінності, для колективно-договірного та індивідуально-договірного регулювання є характерні і спільні риси, а саме договірний метод правового регулювання.

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ  
ПОРЯДКУ ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ***С. Запара**Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова*

Вивчення права як соціального явища, в усій його багатоманітності та складності, неможливе без широкого й системного порівняльного аналізу правових систем, які існують на земній кулі.

Конфліктні ситуації вимагають спеціального механізму, який має враховувати міжнародні і національні правові системи. Враховуючи традиції цивільного суспільства та законодавчу практику, більшість трудових спорів і конфліктів в зарубіжних країнах вирішуються через судові процедури.

В США і Канаді індивідуальні спори, на відміну від колективних, отримали назву "grievance dispute", що в перекладі з англійської означає "спір через скаргу". В Північній Америці, як і в Західній Європі, підстава подібної скарги полягає у порушенні (на думку працівника) якихось умов контракту або колективного договору, тобто він пов'язаний із зміною вже наявних норм права (юридичні конфлікти) і вирішуються, як правило, через суд або арбітраж (третейський розгляд).

Трудові спори за суб'єктами поділяються на дві групи – індивідуальні і колективні. Розгляд індивідуальних трудових спорів проходить за визначеним чинним законодавством порядком. Зокрема, ст.24 ЦПК України зазначає, що судам підвідомчі в тому числі і трудові спори, якщо хоча б однією із сторін у спорі є громадянин.

Західна класифікація трудових спорів і конфліктів на економічні і юридичні, має практичне застосування при вирішенні конкретного спору.

Подібне практичне вирішення трудового спору є досить гнучким, таким що відрізняється від цивільного більшою оперативністю і можливістю застосування примирно-третейських процедур. У цілому у зарубіжних країнах спостерігається декілька підходів в організації юстиції із спеціальних питань і загалом вчені виділяють чотири типи організації юстиції для вирішення трудових спорів:

- спеціалізовані трудові суди із широкою юрисдикцією створені в ФРН, Франції, Бельгії, Польщі, Австрії, Люксембурзі, Данії, Ізраїлі;
- спеціалізовані суди із обмеженою юрисдикцією діють у Великобританії, Іспанії, Швеції, Норвегії;
- загальні цивільні суди, що розглядають трудові спори, – в Італії, Нідерландах і ряді інших країн Європи;
- третейський розгляд трудових спорів, іноді включаючи обов'язковий арбітраж, спеціалізовані адміністративні органи в США, Канаді і Японії.

В Україні вирішення трудових спорів має певну специфіку. Індивідуальні трудові спори вирішуються переважно в судовому порядку, однак, існує можливість їх вирішення комісією з трудових спорів на рівні підприємства.

Вирішення колективних спорів не передбачене ЦПК України, що створює невідповідність із ст.29 Закону України, в якій зазначено, що особи, винні в порушенні законодавства про колективні трудові спори (конфлікти), несуть в тому числі і цивільно-правову відповідальність. Отже, судове вирішення колективних трудових спорів потребує реформування. І. Лаврінчук зазначає, що: "при проведенні судової реформи доцільно було б розглянути можливість здійснення спеціалізації в організації роботи судів загальної юрисдикції залежно від категорії справ".

Про необхідність створення спеціалізованих трудових судів замислювався ще цар Олександр II. Після відміни кріпосного ладу він запропонував проект закону про запровадження трудових судів, які включали б рівну кількість обраних суддів із кола представників робітників і промисловців, на прикладі подібних судів у Франції, які ввів ще Наполеон. Однак, після замаху на царя у 1866 р., вказаний проект був забутий.

В Україні сьогодні паралельно існує судова система по розгляду в тому числі і трудових спорів і окремий порядок розгляду спеціальними органами як індивідуальних так і колективних спорів (конфліктів). Процедурна невизначеність і недосконалість вирішення трудових спорів часто



приводить до неналежного виконання принципу законності в правозастосуванні законодавства України. Можливо замість паралельного неефективного існування двох систем, слід об'єднати їх можливості і створити новий механізм реалізації прав громадян України на зразок інших країн з урахуванням специфіки вітчизняного законодавства.

Так, згідно Судового кодексу Бельгії трудовий суд першої інстанції складається із двох палат, в кожній із яких головує професійний суддя і засідають так звані "соціальні судді", тобто засідателі від підприємця і найманих працівників. У Франції в якості трудових суддів першої інстанції діє система прюдомальних рад (судів), що мають два рівні: бюро примирення і бюро рішень (судове бюро), яке формується на виборній основі із представників працівників і підприємців строком на 6 років. Робота суду проходить на паритетних засадах за участю рад, тобто непрофесійних суддів у спеціалізованих секціях галузевої належності.

В ФРН існує Федеральний суд по розгляду трудових спорів. В його складі функціонує великий сенат (палата) із шести суддів і чотирьох непрофесійних членів суду, а також палати із трьох суддів і двох непрофесійних членів суду, які за законом вважаються незалежними. Непрофесійні судді виконують роль засідателів, що представляють інтереси сторін.

Досліджуючи французьку модель функціонування трудових прюдомальних судів російський вчений В. Міронов підтримав ідею створення трудового процесуального кодексу, за яким повинні існувати особливі правила захисту прав і свобод громадян у сфері праці. Він вважає, що можна вирішувати ці питання не виходячи за межі цивільних судів, просто ці установи повинні бути доповнені судовими бригадами, які добре обізнані із трудовим правом. Особливої уваги потребує пропозиція вченого відносно створення механізму касаційного і наглядового провадження у сфері трудового суду – нова наглядова особа, уповноважена зі справ людини, яка може опротестувати рішення трудового суду.

В Україні існують всі передумови для створення ефективного механізму вирішення трудових і в тому числі колективних трудових спорів. Вчений В. Лазор вважає доцільним створення НСПП "прецедентної системи вирішення колективних трудових конфліктів з тим, щоб надані сторонам консультації спирались на реальні, які вже мали місце, варіанти досягнення згоди у подібних конфліктах, з урахуванням наслідків, що настали для сторін в результаті досягнутої угоди". Створення нового трудового суду потребує окремого дослідження, але вже зараз суду можна будувати власну діяльність на паритетній основі з урахуванням досвіду арбітрів по вирішенню конкретного колективного трудового спору, яких можна включити до членів суду. Так, як альтернативу традиційному складу суду можна запропонувати наступне формування суду. Трудовий арбітраж може формуватися із трьох арбітрів: одного обирає із запропонованого списку арбітрів – роботодавець, іншого – наймані працівники, і третій пропонується НСПП. Таким чином, якщо двох обраних сторонами арбітрів рекомендувати у якості членів такого альтернативного суду, враховуються принцип демократичності і рівності сторін.

Подібна "гласна юрисдикція" може створити більш досконалий механізм взаємодій суспільних відносин, пригнічує чиновницьке свавілля.

Недостатня підготовленість реформи призвела до великої кількості помилок, порушень законодавства, що в свою чергу викликало спори і конфлікти між учасниками процесу перерозподілу земельної власності. Сама процедура розгляду справи в суді потребує великих матеріальних витрат і може проходити роками. Крім оплати держмита, розмір якого може бути досить значним, сторони несуть витрати, пов'язані із послугами юристів, які ведуть справу. Спільним може виявитися підтриманий державою, проект створення і розвитку відповідних третейських судів.

Існують два види третейських судів: разовий третейський суд, створений для розгляду конкретного спору (суд- ad hoc), і постійно діючий третейський суд. Вважаю, що НСПП має всі підстави отримати законні права на "опіку" трудових третейських судів, звісно за умови законного розширення її повноважень. Безумовно, трудові третейські суди можуть стати альтернативною формою захисту трудових прав і бути зрівняними із судами загальної юрисдикції у значенні приймаємого ними рішення.

В Україні, зазвичай, третейські суди на постійній основі діють при Торгово-промислових палатах. І це абсолютно відповідає логіці приватної практики застосування закону. Торгово-промислова палата не лише інститут представництва і захисту інтересів торгівлі і промисловості, а і інформаційно-правовим осередком, який дозволяє ефективно працювати третейським судам.

В свою чергу НСПП є незалежним державним органом, який накопичив значний потенціал для вирішення трудових спорів. В першу чергу, це розгалужена система обласних відділень НСПП, яка складається із висококваліфікованих спеціалістів, здатних не лише допомагати у вирішенні трудових спорів, але і аналізувати, і, навіть, як довела практика прогнозувати їх виникнення.

По-друге, Службою проведена копінтка робота з підготовки фахівців, здатних вирішувати КТС(К) в усіх без винятку регіонах України. Враховуючи, що перед тим, як пройти навчання ці люди вже повинні бути обізнані у трудових правовідносинах, володіти високими етичними і моральними якостями, а згодом, отримують спеціальні правові знання і здають кваліфікований залік, такі особи є більш підготовленими до вирішення поставлених завдань, ніж інші можливі претенденти. Звісно, автором не ставиться під сумнів професійність суддів загальної юрисдикції і їх роль і значення в укріпленні правового захисту населення, але наголошується на ефективному альтернативному вирішенні трудового або іншого спору.

Таким чином, вважаю, за час своєї діяльності НСПП довела свою ефективність у вирішенні болючих суспільних проблем і може розширити свою діяльність шляхом створення трудових третейських судів, які б могли вирішувати не лише колективні, а й бути залученими до вирішення індивідуальних трудових спорів.

## ПОНЯТІЙНИЙ АПАРАТ ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

*С. Синчук*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Теоретичними проблемами права соціального забезпечення займається щораз більше науковців. Разом з тим, до цього часу залишається не розробленим понятійний апарат однієї з самостійних галузей права України: дискусійними, нерідко суперечливими залишаються законодавчі визначення суб'єктів та підстав соціального забезпечення; в окремих випадках, по сьогодні взагалі не запропоновано дефініцій основних його інститутів.

Одним із широковживаних та фундаментальних понять права соціального забезпечення є категорія непрацездатності. Свого часу саме через теорію непрацездатності (автори: В.С. Андреев, Я.М. Фогель) обґрунтувалась сфера відносин, які склали предмет права соціального забезпечення.

Доречно зауважити, що, незважаючи на інтенсивне використання самого терміну "непрацездатність" як в міжнародній, так і в національній практиці, по-сьогодні законодавчого закріплення цього поняття немає.

Термін "непрацездатні громадяни" зустрічається в сучасному законодавстві при визначенні суб'єктів права на певний вид соціального забезпечення (див.ст.1, ч.2 ст.36 Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування"; ч.2 ст.33 Закону України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності" тощо). Однак і тут законодавець не виявляє послідовності: у всіх випадках в один і той сам термін "непрацездатність" вкладено абсолютно неоднакове змістовне навантаження.

На сучасному етапі ведуться дискусії щодо необхідності прийняття Соціального кодексу України, що, у свою чергу, актуалізує необхідність наукового визначення понять, які складатимуть основу Загальної частини цього кодексу.

Ми спробуємо запропонувати свої міркування щодо можливих визначень окремих понять, що складають ядро цієї галузі права.

Непрацездатність – соціально-фізіологічний стан людини, який визначається її об'єктивною втратою чи зменшенням природних функцій організму або зниженням кваліфікації, значним зменшенням обсягу чи припиненням трудової діяльності.

Зміст та вид непрацездатності визначається законодавчо закріпленими обставинами, які зумовлюють її настання. Непрацездатність може бути наслідком різних за природою юридичних фактів: 1) загальносоціальних: притаманні кожній людині, оскільки зумовлені її фізіологічною та соціальною природою (наприклад, старість, вагітність та пологи, травма, не пов'язана з виробництвом і т.п.); 2) професійних: є наслідком чи пов'язані з трудовою діяльністю, яку виконувала особа (нещасний випадок на виробництві, професійне захворювання); 3) публічних: є наслідком економічних, технічних, соціальних подій у конкретній державі (техногенні катастрофи, військові конфлікти тощо)

На нашу думку, потрібно розрізнити об'єктивно-фізіологічну непрацездатність, тобто за станом здоров'я чи при неповнолітті та об'єктивно-юридичну, тобто, коли закон дозволяє вже не працювати незалежно від того, може чи не може особа виконувати певну трудову діяльність.

Непрацездатність можна класифікувати також на реальну та презюмовану. Реальна відображається у відсотках втрати працездатності та визначається МСЕК. Презюмована непрацездатність настає при досягненні законодавчо визначеного віку. Презумпція вікової непрацездатності лежить в основі пенсії за віком; презумпція втрати професійної працездатності лежить в основі призначення пенсії за вислугу років, а також пенсії за віком, яка призначається на пільгових умовах.

За тривалістю непрацездатність можна розділити на: постійну; стійку; тимчасову.

Юридичним фактом, який презюмує постійну непрацездатність особи є старість (пенсійний вік). Конституція України закріплює право громадян на соціальний захист у разі старості (ч.2 ст.46).

Тим не менше, медична наука не знайшла критерію правильного нормування чи припинення праці у відповідності з фізіологічним станом і біологічною активністю людини. Дослідження доводять, що ступінь старіння (відповідно рівень здоров'я) суттєвим чином залежить від різного роду соціальних чинників: різниці у рівні та якості життя міського і сільського населення; приналежності до певної соціальної групи; ставлення особи до свого здоров'я; особливості харчування тощо. Фізіологічний та медико-біологічний стан визначається індивідуальними темпами старіння організму, психологічний – самооцінкою особи. Отож, старість – це природний стан організму, який часто не співпадає з календарним віком особи. Саме тому виникнення у особи права на соціальне забезпечення пов'язують із настанням такого юридичного факту як пенсійний вік: для чоловіків – 60 р., для жінок – 55 р.

Наступним видом непрацездатності є стійка, яка традиційно в законодавстві визначається поняттям інвалідність.

При визначенні поняття інвалідності необхідно звернути увагу на два аспекти, що визначають його зміст та правову природу: медичний та соціальний.

Медичний аспект характеризує стан здоров'я особи. З медичної точки зору інвалідність – це розлад функцій організму, який призводить до повної або часткової (значної) непрацездатності особи.

Соціальний аспект поняття інвалідності вказує на нездатність даної особи матеріально забезпечити себе та членів своєї сім'ї на рівні, визначеному достатнім для проживання людини (прожиткового мінімуму) в державі.

Можна виділити дві ознаки інвалідності: 1) професійну – повна чи значна втрата професійної працездатності. Під професійною працездатністю розуміють здатність працівника до трудової діяльності за своєю професією та кваліфікацією чи за іншою адекватною професією. 2) непрофесійна – істотні порушення життєдіяльності людини, які пов'язані не лише з її трудовою діяльністю.

До основних категорій життєдіяльності потрібно віднести: 1) здатність до самообслуговування (самостійно забезпечувати основні фізіологічні потреби, виконувати щоденну побутову діяльність та зберігати навички особистої гігієни); 2) здатність до самостійного пересування (самостійно пересуватись у просторі, переборювати перепони, зберігати рівновагу тіла в рамках виконання побутової, суспільної, професійної діяльності); 3) здатність до навчання (сприймати та відтворювати знання (загальноосвітні, професійні та ін.), оволодівати навичками та уміннями (соціальними, побутовими, культурними); 4) здатність до орієнтації (визначатись у просторі та часі); 5) здатність до спілкування (встановлювати контакти з людьми шляхом сприйняття, переробки та передачі інформації); 6) здатність контролювати свою поведінку (усвідомлення себе та адекватно поводитись з урахуванням соціально-правових норм).

Таким чином, інвалідність – це соціальна недостатність, зумовлена стійкою (повною чи частковою) непрацездатністю особи, яка визначає необхідність її (цієї особи) матеріального соціального забезпечення.

Причина інвалідності визначає вид соціального забезпечення, умови та порядок його надання. Причинами інвалідності можуть бути: нещасний випадок на виробництві; професійне захворювання; загальне захворювання чи травма, не пов'язана з виробництвом. Законодавством України можуть бути встановлені інші причини інвалідності.

Під тимчасовою непрацездатністю розуміємо неспроможність особи здійснювати трудову діяльність внаслідок короткотривалих обставин об'єктивного характеру.

Юридичні факти, що зумовлюють тимчасову непрацездатність громадянина можна розділити на три групи.

Перша визначає фізичну нездатність особи виконувати трудові обов'язки. До неї відносяться: хвороба особи (загальне або професійне захворювання); травма, як пов'язана, так і не пов'язана з нещасним випадком на виробництві; вагітність та пологи.

Друга визначає неможливість виконувати роботу через необхідність догляду за іншим членом сім'ї, а саме: за хворою дитиною; за хворим членом сім'ї; за дитиною віком до трьох років або дитиною-інвалідом віком до 16 років у разі хвороби матері або іншої особи, яка доглядає за цією дитиною; за дитиною до трьох років.

Третю групу складають обставини, викликані певними діями державних органів. Сюди потрібно віднести тимчасову непрацездатність внаслідок карантину, накладеного органами санітарно-епідеміологічної служби.

## ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ГРОМАДЯН ЗА ПРАВОМ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

*О. Кульчицька*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Реформування законодавства про соціальне забезпечення передбачає впровадження нових організаційно-правових форм соціального забезпечення, що зумовлює розширення кола суб'єктів, яким надаються відповідні види соціального забезпечення. У зв'язку з цим питання, коли особа набуває право на соціальне забезпечення і коли вона здатна його реалізувати, набуває особливої актуальності. Оскільки право на соціальне забезпечення мають виключно громадяни, то для вирішення даного питання необхідно дослідити зміст їх правосуб'єктності за правом соціального забезпечення.

Питання поняття та змісту правосуб'єктності в радянський період досліджували Александров М.Г., Братусь С.М., Йоффе О.С., Кечекьян С.Ф., Міцкевич А.В., Халфіна Р.Й., Шаргородський М.Д. та інші. В той час існували різні підходи до розуміння даного поняття. Ряд науковців ототожнювали правосуб'єктність із правоздатністю, визнаючи ці поняття рівнозначними або просто вживаючи їх як синоніми. Обґрунтовуючи правильність такого підходу, деякі вчені взагалі заперечували необхідність застосування поняття правосуб'єктності.

Така позиція зазнала аргументованої критики з боку багатьох представників радянської теорії права. На основі аналізу юридичної природи різних суб'єктивних прав вчені довели, що в загальній характеристиці правосуб'єктності слід розрізняти два елементи: правоздатність як здатність мати права і обов'язки та дієздатність як здатність їх здійснювати

В сучасних підручниках з теорії права визначення поняття правосуб'єктності залишається дискусійним. Можна виділити два найбільш поширених погляди: 1) правосуб'єктність – це можливість особи бути суб'єктом правовідносин; 2) правосуб'єктність – це можливість бути суб'єктом права.

В галузевій літературі дослідженням даного питання в радянський період займалися представники радянської науки права соціального забезпечення Андрєєв В.С., Зайкін А.Д., Іванова Р.І. Ці вчені при визначенні поняття правосуб'єктності громадян за правом соціального забезпечення зверталися до визначення поняття та моменту виникнення окремих її елементів (правоздатності та дієздатності). Сучасні дослідники цієї проблеми (Захаров М.Л., Тучкова Е.Г., Бурак В.Я., Синчук С.М., Сташків Б.І.), як правило, користуються таким самим методом. Таким чином, в науці права соціального забезпечення фактично відсутнє визначення поняття галузевої правосуб'єктності громадян. Для того, щоб сформулювати визначення даного поняття, необхідно, на нашу думку, визначити структуру правосуб'єктності.

При визначенні структури правосуб'єктності найменше суперечок викликає твердження про те, що до її складу входять правоздатність (як здатність мати права та нести обов'язки) та дієздатність (як здатність реалізовувати свої права та обов'язки самостійними діями). Ряд вчених в структурі правосуб'єктності виділяють ще деліктоздатність як здатність нести відповідальність за свої дії. Однак відповідальність – це вид юридичного обов'язку, тому деліктоздатність – це фактично різновид дієздатності як здатності реалізовувати свої обов'язки. Тому про цю здатність як про окремий елемент правосуб'єктності можна вести мову лише в тих випадках, коли в певній галузі права існують особливості щодо відповідальності осіб. В праві соціального забезпечення такі особливості відсутні, тому в структурі галузевої правосуб'єктності ми не виділяємо деліктоздатність як окремий елемент.

У науковій літературі висловлена думка про те, що до складу правосуб'єктності входить також і правовий статус. Противники такого підходу, навпаки, вважають, що правосуб'єктність входить до складу правового статусу як його структурний елемент. Вони обґрунтовують таку думку тим, що правосуб'єктність є передумовою набуття правового статусу.

Правовий статус розглядають як сукупність закріплених в Конституції та законах основних прав та обов'язків особи. Безперечно, для того, мати права та обов'язки, які складають основу правового статусу, особа повинна володіти відповідною здатністю – здатністю мати права та

обов'язки. В теорії права таку здатність називають правоздатністю. Однак цього аргументу недостатньо для того, щоб включати правосуб'єктність до складу правового статусу. Адже розглядаючи останній як сукупність закріплених в Конституції та законах основних прав і обов'язків, ми приходимо до висновку, що основною умовою наявності правового статусу виступає не правоздатність, а наявність відповідних правових норм, в яких ці права та обов'язки отримують своє закріплення.

Повертаючись до розгляду протилежної точки зору на співвідношення правосуб'єктності та правового статусу, необхідно з'ясувати, для чого особі потрібна правосуб'єктність. Беззаперечним є той факт, що наявність правосуб'єктності є обов'язковою передумовою вступу особи в правовідносини. Зрозуміло, що однієї здатності мати права та нести обов'язки (правоздатності) для цього недостатньо. Особа повинна мати ті права, які вона буде реалізовувати в цих правовідносинах, а також здатність реалізовувати ці права та обов'язки. Тому для того, щоб стати суб'єктом правовідносин особа повинна володіти, крім правоздатності, ще й дієздатністю, а також правовим статусом. В зв'язку з цим ми повинні включити до складу правосуб'єктності правоздатність, дієздатність та правовий статус тому, що без їх наявності особа не може вступити в правовідносини. Таким чином, ми поділяємо позицію тих вчених, які обґрунтовують саме такий склад правосуб'єктності.

Тому до складу правосуб'єктності громадян за правом соціального забезпечення ми включаємо три елементи: правоздатність, дієздатність та правовий статус.

Оскільки наявність правосуб'єктності як сукупність вказаних трьох елементів необхідна особі для того, щоб стати суб'єктом правовідносин, то ми приходимо до висновку, що визначення поняття правосуб'єктності як можливості особи бути суб'єктом правовідносин більш повно розкриває зміст даного поняття. Тому ми пропонуємо наступне визначення галузевої правосуб'єктності громадян. Правосуб'єктність громадян за правом соціального забезпечення – це можливість особи бути суб'єктом правовідносин з приводу реалізації права на будь-який вид соціального забезпечення.

## ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

*В. Бурак*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

У 46 ст. Конституції України передбачено гарантії реалізації права громадян на соціальний захист. Серед них названі страхові внески громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетні та інші джерела.

Державою створюються декілька організаційно-правових форм для забезпечення права на соціальне забезпечення, які доповнюють одна одну та створюють державну систему соціального забезпечення. Значення організаційно-правових форм здійснення соціального забезпечення полягає у тому, що вони дозволяють державі і суспільству найбільш раціонально розподіляти через систему соціального забезпечення сукупний валовий продукт, поклавши в основу такого розподілу принципи соціальної справедливості.

Під організаційно-правовими формами соціального забезпечення розуміють способи його фінансування та здійснення. Вони розрізняються за наступними ознаками:

- спосіб акумуляції грошових засобів, за рахунок яких здійснюється соціальне забезпечення;
- коло суб'єктів, які отримують соціальне забезпечення за рахунок вказаного фінансового джерела;
- види забезпечення за рахунок даної організаційно-правової форми;
- система органів, які надають соціальне забезпечення.

Деякі учені не виділяють окремі організаційно-правові форми соціального забезпечення, а лише розглядають джерела фінансування окремих видів соціального забезпечення. Такий підхід видається не зовсім вірним, оскільки не розглядається коло осіб, які підлягають соціальному забезпеченню, а також види соціального забезпечення, які надаються за рахунок окремих організаційно-правових форм.

В Україні розрізняють наступні організаційно-правові форми соціального забезпечення:

- загальнообов'язкове державне соціальне страхування працівників;
- асигнування за рахунок бюджетів різних рівнів;
- недержавні форми соціального забезпечення.

Якщо перші дві організаційно-правові форми в Україні вже існують, але поки що перебувають в стадії реформування, то третя ще тільки зароджується.

Вказані форми відрізняються одна від одної за суб'єктами, змістом, об'єктами і іншими істотними ознаками.

Основною організаційно-правовою формою соціального забезпечення є загальнообов'язкове соціальне страхування. Воно являє собою систему правовідносин щодо надання матеріального забезпечення та соціальних послуг застрахованим особам (членам їх сімей) у випадку настання страхових випадків у розмірах і порядку, передбачених законами за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхових платежів роботодавцями та особами, в користь яких здійснюється страхування, а також інших джерел.

Метою соціального страхування є перерозподіл соціальних витрат між роботодавцями, найманими працівниками чи іншими зацікавленими особами, які підлягають соціальному страхуванню, і державою для часткової або повної компенсації втраченого заробітку, а також компенсації потреб, які виникли при настанні страхового випадку.

В залежності від джерел утворення соціальних страхових фондів розрізняють два види соціального страхування:

- державне загальнообов'язкове соціальне страхування;
- недержавне соціальне страхування.

Різниця між ними полягає у тому, що у першому випадку участь у формуванні страхових фондів бере держава, а також в управлінні цими фондами на паритетній основі разом з іншими представниками суб'єктів соціального страхування.

У недержавному соціальному страхуванні держава здійснює лише контрольні функції, виступаючи при цьому гарантом такої діяльності. Держава бере участь у недержавному соціальному страхуванні шляхом ліцензування такої діяльності.

Недержавне соціальне страхування здійснюється недержавними фондами соціального страхування, під якими розуміють особливу організаційно-правову форму некомерційної організації соціального забезпечення, виключним видом діяльності якої є недержавне соціальне забезпечення учасників фонду на підставі договорів про недержавне соціальне страхування.

Основним видом соціального страхування в Україні, як і у більшості країн світу є загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке є системою прав, обов'язків і гарантій, що передбачає надання соціального захисту шляхом надання матеріального забезпечення громадян у випадках, передбачених законом за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхових внесків роботодавцем, громадянами, а також за рахунок бюджетних та інших джерел, визначених законом.

Виділяють наступні види загальнообов'язкового державного соціального страхування:

- пенсійне страхування;
- страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими народженням та похованням;
- страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності;
- страхування на випадок безробіття;
- медичне страхування (воно ще не запроваджене в Україні);
- інші види страхування, передбачені законами України.

Наступною організаційно-правовою формою є соціальне забезпечення за рахунок асигнувань з бюджету. Це система матеріального забезпечення громадян державними пенсіями, допомогами, а також утримання і забезпечення перестарілих і непрацездатних за рахунок коштів Державного і місцевого бюджетів. За рахунок коштів бюджетів фінансуються соціальні послуги, які надаються державними, або уповноваженими державою органами, а також пільги. Характерною ознакою цієї організаційно-правової форми є те, що коло забезпечуваних і види соціального забезпечення визначаються спеціальним законодавством.

Соціальне забезпечення за рахунок асигнувань з бюджету може фінансуватися наступними шляхами:

- пряме асигнування з Державного, або місцевого бюджетів;
- фінансування із відомчих бюджетів (Міноборони, внутрішніх справ, охорони здоров'я);
- відшкодування страховим фондам з державного бюджету коштів на виплату державних пенсій;
- субвенції з Державного бюджету місцевим бюджетам.

Конкретне джерело фінансування окремих видів соціального забезпечення визначається законом, який регулює вказаний вид соціального забезпечення.

В деяких випадках в Україні застосовується змішане фінансування видів соціального забезпечення, яке поєднує обидві організаційно-правові форми соціального забезпечення: загальнообов'язкове державне соціальне страхування і асигнування з бюджету. Існування такої змішаної форми можна віднести до недоліків законодавчого забезпечення. На сьогоднішній день відсутній єдиний законодавчо визначений спосіб акумуляції коштів для фінансування окремих видів соціального забезпечення, які надаються окремим категоріям громадян.

Існування змішаної системи фінансування виплати пенсій породжує багато плутанини у їх призначенні і виплаті.

Майбутнє змішаної форми фінансування соціальних виплат буде залежати від напрямку соціальної політики нашої держави. Видається, що форма фінансування повинна бути змінена. Зокрема особи, які отримують соціальні виплати за змішаною формою, могли б отримувати їх як застраховані, а держава за рахунок коштів державного бюджету могла б здійснювати доплату у розмірі, визначеному законом.

У сучасних умовах набувають розвитку локальні форми соціального забезпечення за рахунок коштів роботодавців в силу виконання зобов'язань по колективному або по трудовому договору.



## МЕТОДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У ЗЕМЕЛЬНОМУ ПРАВІ

*В. Федорович*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Для характеристики галузі права взагалі і земельного права зокрема, поряд із предметом, важливо виділяти і особливості методу правового регулювання земельних відносин. Під методом галузі права розуміють спосіб впливу норм даної галузі права на поведінку учасників суспільних, тобто земельних відносин.

Метод правового регулювання поряд із предметом визнається критерієм розмежування норм права по галузях, хоч в теоретико-правовій літературі проблема методу правового регулювання носить дискусійний характер. Одні вчені відносять метод правового регулювання до основних критеріїв галузі права, інші – до додаткових. Загальновизнаним є факт, що метод правового регулювання характеризується низкою юридичних ознак, до яких відносять:

- юридичні факти, необхідні для виникнення правовідносин;
- юридичне становище учасників правовідношення;
- характер прав та обов'язків учасників правовідношення та як вони розподілені між ними;
- види санкцій – державно-примусових заходів за порушення вимог норм права та порядок їх застосування.

Щодо методу земельного права, то, встановлюючи права та обов'язки учасників відносин у вигляді надання їм можливості вчиняти певні дії або заборони на їх здійснення, земельно-правові норми визначають тим самим модель поведінки учасників земельних відносин.

Прикладом того, як закріплюються права суб'єктів земельних відносин, є стаття 91 Земельного кодексу України, в якій визначаються основні права власників земельних ділянок: відчужувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину; самостійно господарювати на землі; використовувати наявні на земельній ділянці загальнопоширені корисні копалини і т.ін.

Прикладом зобов'язання вчиняти певні дії можуть бути положення ст.91 Земельного кодексу України, які передбачають обов'язок власників земельних ділянок використовувати їх за цільовим призначенням; підвищувати родючість ґрунтів та зберігати інші корисні властивості землі; своєчасно сплачувати земельний податок і т.ін.

В той же час земельне законодавство передбачає обов'язки у вигляді заборон – не порушувати прав власників суміжних земельних ділянок та землекористувачів (ст.91 Земельного кодексу України).

Регулювання земельних відносин шляхом встановлення певного поєднання прав та обов'язків можливе лише при добровільному виконанні земельно-правових норм. У випадку їх порушення застосовуються заходи державного примусу, щоб привести земельні відносини відповідно до моделі поведінки, закріпленої в нормі права. Державний примус до дотримання норм земельного законодавства виражається в притягненні до відповідальності правопорушників або в примусовому приведенні суспільних відносин у стан, що відповідає вимогам права. Наприклад, відповідно до ст.152 Земельного кодексу України порушені земельні права підлягають відновленню, а заподіяні збитки – відшкодуванню в повному обсязі.

Земельне законодавство встановлює також певну ієрархію співвідношення прав та обов'язків суб'єктів земельних відносин. Це співвідношення виражено у визначенні сфер застосування таких класичних методів правового регулювання, як імперативний і диспозитивний методи. Поєднання двох вказаних методів правового регулювання є основною ознакою методу правового регулювання земельних відносин. Характер такого поєднання обумовлюється сучасним станом земельних відносин, тими процесами, що відбуваються сьогодні в процесі здійснення земельної реформи в Україні.

Для радянського земельного права характерним було застосування переважно імперативного методу, тобто методу підпорядкування, що було обумовлено передусім виключною власністю держави на землю. В особі держави поєднувалися повноваження власника земель і суверена, який користується правом територіального верховенства та політичного панування на землі в межах кордонів. По суті для всіх земельних відносин того періоду був характерним владний характер.

В сучасному земельному праві, яке базується на засадах плюралізму форм власності та використання земель, включення їх у цивільно-правовий обіг, коли застосовуються обидва згадані

методи правового регулювання. говорити про перевагу одного з них досить складно, оскільки їх співвідношення може змінюватися під впливом змін у законодавстві та практики його застосування.

Кардинальна зміна відносин власності на земельні ділянки, можливість вчинення з ними цивільно-правових угод абсолютно не означає, що на зміну імперативному методу повністю прийшов диспозитивний. Треба враховувати досить складний і багатогранний характер предмету правового регулювання – земельних відносин, який випливає із положення землі, яка є з одного боку об'єктом власності, нерухомим майном, а з другого боку – частиною навколишнього природного середовища.

Врахування дії об'єктивних законів природи, економічних законів суспільства зумовлює необхідність збереження імперативного методу стосовно правового регулювання певних сфер земельних відносин, в яких найбільше проявляються публічні інтереси.

Імперативний метод правового регулювання застосовується передусім щодо відносин у сфері державного управління використанням та охороною земель. Об'єктивна необхідність управління землями випливає з їх економічної ролі в житті суспільства, їх обмеженості та незамінності як засобу виробництва у сільському та лісовому господарстві, інтересів екологічної безпеки.

Застосування імперативного методу має місце у сфері здійснення основних функцій державного управління: ведення державного земельного кадастру, землеустрою, моніторингу земель, планування використання земель, надання та вилучення земель державної та комунальної власності та ін. Особливо слід підкреслити необхідність владного впливу на відносини у сфері охорони земель.

Проте адміністративно-правовий метод як спосіб регулювання суспільних відносин не можна ототожнювати з адмініструванням як чисто управлінською діяльністю.

З розвитком недержавної власності на землю в Україні значно розширяється сфера застосування протилежного за змістом до імперативного методу правового регулювання – диспозитивного. Суть цього методу полягає у закріпленні нормами права лише меж поведінки учасників суспільних відносин і наданні їм можливості вільно і самостійно врегулювати свої взаємовідносини у встановлених межах. Сфера застосування диспозитивного методу дозволяє виділити приватну частину земельного права.

В земельно-правовій літературі виділяють три види диспозитивного методу правового регулювання земельних відносин: рекомендаційний, санкціонуючий та делегуючий.

Рекомендаційний метод полягає у наданні можливості альтернативної поведінки суб'єкта земельних правовідносин, коли йому надається можливість самому обирати спосіб своєї поведінки залежно від поставленої мети.

Санкціонуючий метод полягає в тому, що рішення про реалізацію своїх земельних повноважень суб'єкт земельного правовідношення приймає самостійно, але воно набуває юридичної сили після його затвердження відповідним компетентним органом.

Делегуючий метод полягає в наданні прав і свобод суб'єктам земельних правовідносин з того чи іншого кола правомочностей. Наприклад, права самостійно господарювати на землі, право власника заповідати належну йому земельну ділянку і т.ін.

Застосування диспозитивного методу правового регулювання земельних відносин найбільш характерне для цивільно-правових угод із земельними ділянками, де свобода волевиявлення суб'єктів правовідносин є найбільшою.

Деякі види земельних правовідносин вимагають застосування і диспозитивного, і імперативного методів правового регулювання. У таких випадках часто йдеться про так званий змішаний метод правового регулювання. Проте, видається, що твердження про існування такого змішаного методу є не зовсім обґрунтованим. В таких випадках можна вести мову лише про використання для регулювання однорідної групи суспільних відносин щодо конкретних ситуацій різних методів, але не про їх змішання в якийсь один метод.

Співвідношення диспозитивного та імперативного методів правового регулювання земельних відносин не є сталим. Сьогодні імперативний метод хоч і зберігся, але значною мірою використовується і диспозитивний метод. Особливо в сучасний період, коли на земельні відносини значно поширилося цивільно-правове регулювання.

Все вище сказане дозволяє дійти висновку, що при регулюванні земельних відносин можуть застосовуватися різні методи правового регулювання, які враховують специфіку земельних відносин. Домінуючими серед них є диспозитивний та імперативний методи правового регулювання.

## ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ГРОМАДЯН НА ЗЕМЕЛЬНІ ДІЛЯНКИ В УКРАЇНІ

*Т. Ковальчук*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Згідно чинного земельного законодавства правовими формами використання земельних ділянок громадянами в Україні є право власності та право користування. При цьому доцільно зазначити, що з введенням в дію з 1 січня 2002 року Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 року (далі – ЗК України) суттєво скоротився суб'єктний склад постійних землекористувачів, оскільки відповідно до ч.2 ст.92 ЗК України право постійного користування земельною ділянкою із земель державної та комунальної власності набувають лише підприємства, установи та організації, що належать до державної та комунальної власності. Таким чином, говорячи про право землекористування громадян, з 1 січня 2002 року останні можуть набувати земельні ділянки тільки на умовах оренди. В той же час на сьогодні підлягають захисту і права громадян – постійних землекористувачів, які набули такий юридичний титул до 1 січня 2002 року, та зобов'язані відповідно до пункту 6 Перехідних положень ЗК України переоформити до 1 січня 2005 року право власності або право оренди на такі земельні ділянки.

Що ж стосується суб'єктного складу приватної форми власності, то відповідно до чинного ЗК України серед фізичних осіб власниками земельних ділянок можуть бути як громадяни України так і іноземні громадяни та особи без громадянства. В той же час останні не можуть бути суб'єктами права приватної власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення (п.4 ст.22 ЗК України). Виключенням із даного правила є п.4 ст.81 ЗК України, згідно якого "землі сільськогосподарського призначення, прийняті у спадщину іноземними громадянами, а також особами без громадянства, протягом року підлягають відчуженню". Отже, говорячи про захист прав громадян на земельні ділянки в Україні необхідно розуміти захист прав громадян України та іноземних громадян як землевласників та землекористувачів.

Захист прав громадян на земельні ділянки в Україні доцільно розглядати як складову механізму гарантування прав громадян – власників земельних ділянок та землекористувачів. Враховуючи розгляд в спеціальній юридичній літературі поняття механізму гарантування права власності на землю, механізм гарантування прав громадян – власників земельних ділянок та землекористувачів доцільно розглядати як систему земельно-правового регулювання правовідносин як щодо володіння, користування та розпорядження земельними ділянками, так і щодо володіння та користування земельними ділянками, включаючи різні форми виникнення права власності на земельні ділянки та права землекористування, реалізацію повноважень громадян – власників земельних ділянок та землекористувачів та захист їх порушених прав у юрисдикційних та неюрисдикційних органах.

Правове забезпечення захисту прав громадян – власників земельних ділянок та землекористувачів здійснюється як на законодавчому, так і на підзаконному рівнях.

Конституційною гарантією захисту прав громадян – землевласників та землекористувачів є положення ст.13 Конституції України, яка передбачає, що "держава забезпечує захист усіх суб'єктів права власності і господарювання", та, що "усі суб'єкти права власності рівні перед законом".

Такі конституційні приписи знайшли своє закріплення в чинному екологічному, земельному, аграрному та господарському законодавстві, враховуючи специфіку землі як інтегрованого та диференційованого об'єкта правового регулювання.

Позитивним моментом діючого земельного законодавства є виділення спеціальних розділів, глав та статей, присвяченим засобам та способам захисту порушених прав землевласників та землекористувачів: Розділ 5 "Гарантії прав на землю" ЗК України,

Розділ 4 "Права та обов'язки орендодавців і орендарів, захист їх прав" Закону України "Про оренду землі" в новій редакції від 2 жовтня 2003 року

Гарантією захисту прав на землю є законодавче закріплення п.1 ст.152 ЗК України положення про те, що держава забезпечує громадянам та юридичним особам рівні умови захисту прав власності

на землю. В той же час, на нашу думку, дане положення потребує коригування з точки зору законодавчого закріплення рівних умов захисту прав як землевласників, так і землекористувачів. У зв'язку із зазначеним, п.1 ст.152 ЗК України доцільно викласти в такій редакції: "Держава забезпечує громадянам та юридичним особам рівні умови захисту права власності на землю та права землекористування".

Гарантією захисту прав громадян є положення п.2 ст.152 ЗК України, згідно з яким громадяни – землевласники та землекористувачі можуть вимагати усунення будь-яких порушень їх прав на землю, навіть якщо ці порушення не пов'язані з позбавленням права володіння земельною ділянкою, і відшкодування завданих збитків.

Позитивним моментом чинного земельного законодавства є визначення саме у ЗК України способів захисту прав на земельні ділянки. Відповідно до п.3 ст.152 ЗК України захист прав, зокрема, громадян здійснюється шляхом:

1) визнання прав. (Фактично громадянин – землевласник або землекористувач має підтвердити в судовому порядку свій юридичний титул, наприклад, у разі втрати правопосвідчуючих документів);

2) відновлення стану земельної ділянки, який існував до порушення прав, і запобігання вчиненню дій, що порушують права або створюють небезпеку порушення прав. (Наприклад, відповідно до ст.112 ЗК України самовільно зайняті земельні ділянки підлягають поверненню власникам землі та землекористувачам без відшкодування затрат, понесених, за час незаконного користування ними. Приведення земельних ділянок у придатний для використання стан, включаючи знесення будинків, будівель і споруд, здійснюється за рахунок громадян або юридичних осіб, які самовільно зайняли земельні ділянки);

3) визнання угоди не дійсною. (Згідно зі ст.210 ЗК України угоди, укладені із порушенням встановленого законом порядку купівлі-продажу, дарування, застави, обміну земельних ділянок, визнаються недійсними за рішенням суду. Такими порушеннями можуть бути, наприклад, недотримання письмової форми угоди, укладення угоди неповнолітньою або недієздатною особою, або не власником земельної ділянки, недотримання нотаріального посвідчення угод тощо);

4) визнання недійсними рішень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. (Враховуючи принцип невтручання держави в здійснення громадянами своїх прав щодо володіння, користування та розпорядження земельними ділянками, крім випадків, передбачених законом, у разі видання органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування рішення, яке порушує земельні права та інтереси громадян, таке рішення в судовому порядку визнається недійсним);

5) відшкодування заподіяних збитків. (Підстави та порядок відшкодування збитків громадянам – землевласникам та землекористувачами визначені ст.ст.156-157 ЗК України, ст.28 Закону України "Про оренду землі", постановою Кабінету Міністрів України "Про порядок визначення та відшкодування збитків власникам землі і землекористувачам" від 19 квітня 1993 року №284. Доцільно зазначити, що підставами відшкодування збитків можуть бути як правомірні дії (вкуп земельної ділянки для суспільних потреб) так і неправомірні дії (земельне правопорушення). Відповідно до ст.146 ЗК України вкуп земельних ділянок для суспільних потреб здійснюється за рішенням органів місцевого самоврядування або за рішенням органів державної виконавчої влади, а відповідно до ст.51 Закону України "Про власність" таке рішення виноситься судом. У даному випадку необхідно застосовувати норми ЗК України, як спеціального закону, що прийнятий пізніше. Закон України "Про оренду землі" в новій редакції уточнює положення щодо підстав та розмірів відшкодування збитків орендарям.

Згідно зі ст.28 цього Закону орендар має право на відшкодування збитків, яких він зазнав унаслідок невиконання орендодавцем умов, визначених договором оренди землі. Збитками вважаються: 1) фактичні втрати, яких орендар зазнав у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням умов договору орендодавцем, а також витрати, які орендар здійснив або повинен здійснити для відновлення свого порушеного права; 2) доходи, які орендар міг би реально отримати в разі належного виконання орендодавцем умов договору. Розмір фактичних витрат орендаря визначається на підставі документально підтверджених даних);

б) застосування інших, передбачених законом, способів. (Серед таких способів можна назвати, наприклад, притягнення до юридичної відповідальності органів виконавчої влади та органів місцевого

самоврядування за порушення права власності на землю або за видання актів, які порушують права власників земельних ділянок (ст.ст.154, 155 ЗК України).

Згідно з главою 25 ЗК України захист порушених земельних прав громадян може здійснюватись як в судовому, так і позасудовому порядку. В той же час аналіз чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що в ЗК України штучно виділені окремі категорії земельних спорів, які можуть розглядатися органами місцевого самоврядування і органами виконавчої влади з питань земельних ресурсів. З урахуванням конституційних положень розподілу державної влади в Україні на законодавчу, виконавчу та судову (ст.6 Конституції України), гарантування захисту прав і свобод громадян судом (ст.55 Конституції України), відсутності у спеціальному законодавстві, яке визначає правове становище та повноваження органів місцевого самоврядування, Державного комітету по земельних ресурсах, територіальних органів земельних ресурсів повноважень щодо вирішення земельних спорів, вважаємо за доцільне вилучити із ЗК України норми, які регулюють відносини порядку розгляду земельних спорів органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади з питань земельних ресурсів.

**ДО ПИТАННЯ ПРО ЮРИДИЧНУ ПРИРОДУ  
ОБМЕЖЕНЬ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ****Д. Бусуйок***Інститут держави і права імені В.М. Корецького*

Дослідження юридичної природи обмежень права власності на земельну ділянку є однією з фундаментальних проблем науки земельного права. Це пов'язане з тим, що, по – перше, розуміння обмежень права власності на земельну ділянку повинно вдосконалюватися відповідно до сучасного рівня розвитку правової науки. По – друге, законодавча та правозастосовча діяльність опосередковується процесом визначення меж волевиявлення суб'єкта права приватної власності на земельну ділянку, а отже виникає питання про юридичну природу обмежень права власності на земельну ділянку.

При цьому, слід відзначити, що відповідно до проведених в літературі досліджень проблеми юридичної природи обмежень прав можна виділити два підходи до її вирішення. Ці підходи розглядаються з позиції спеціально – юридичної та інформаційно – психологічної форми правового впливу на суспільні відносини. Таким чином, спираючись на вищенаведені підходи вважаємо доцільним проведення їх аналізу та узагальнення в аспекті правового впливу на суспільні відносини, об'єктом яких є земельна ділянка, з метою з'ясування суті обмежень права власності на земельну ділянку.

По – перше, правова характеристика обмежень права власності на земельну ділянку з позиції спеціально – юридичної форми правового впливу на суспільні відносини дозволяє виділити декілька важливих в правовому відношенні ознак.

У Конституції України (ст.14) та в Земельному кодексі України (ч.2 ст.78) закріплене положення, згідно з яким право власності на землю набувається та реалізується виключно відповідно до закону. Практичне значення цього положення зводиться до наступного. Дозволяючі, забороняючі та зобов'язуючі положення цих нормативно – правових актів виключають можливість існування безмежної свободи здійснення права власності на земельну ділянку. Іншими словами, вони визначають конкретні форми здійснення суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку. Разом з тим, їх зміст формує принципи (загальні межі) здійснення права власності на земельну ділянку, встановлюючи тим самим найбільш загальні форми здійснення суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку. Таким Законодавець у такий спосіб обмежує свободу волевиявлення суб'єкта права приватної власності на землю.

На нашу думку, до числа принципів (загальних меж) здійснення права власності на земельну ділянку можна віднести: принцип здійснення права власності на земельну ділянку виключно відповідно до закону (ст.14 Конституції України, ч.2 ст.78 Земельного кодексу України); принцип пріоритету вимог екологічної безпеки (ч.1 п.б ст.91, ч.1 п.г ст.91, ч.1 п.д ст.91, ч.1 п.е ст.91, ч.1 п.ж ст.111 Земельного кодексу України тощо); принцип узгодження прав землевласників (ч.1 п.г ст.91, Глави 16, Глава 17 Земельного кодексу України); принцип узгодження інтересів суспільства та землевласників (ч.1 п.е ст.91, ст.ст.146, 147 Земельного кодексу України); принцип забезпечення охорони земель (відповідно до Розділу VI Земельного кодексу України); принцип цільового використання земель (ст.19, ч.1 п.а ст.91 Земельного кодексу України); принцип здійснення права приватної власності згідно правового режиму земельної ділянки; принцип платності використання земель (ст.ст.206 Земельного кодексу України, Закону України "Про плату за землю").

Отже, виходячи з позиції спеціально – юридичної форми правового впливу на суспільні відносини, згідно норм права та відповідних їм правових принципів, під межами здійснення права приватної власності на земельну ділянку слід, на наш погляд, розуміти форми здійснення суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку. При цьому, відповідно до ч.1 ст.78 Земельного кодексу України, під межами суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку слід розуміти його зміст, – триаду правомочностей по володінню, користуванню та розпорядженню земельною ділянкою. Крім цього, межі суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку та межі його здійснення є обмеженнями суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку.

В свою чергу, при визначенні меж здійснення суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку слід пом'ятати про існування специфічних конструкцій, які історично склалися в цивільному та земельному праві. До них, на нашу думку, відносяться обмеження в інтересах усього суспільства, в інтересах сусідів та права на чужу річ.

Так, обмеження прав на землю в інтересах усього суспільства: спрямовані на охорону та захист суспільних інтересів в якості охоронних зон (ст.112 Земельного кодексу України), зон санітарної охорони (ст.113 Земельного кодексу України), санітарно – захисних зон (ст.114 Земельного кодексу України) та зон особливого режиму використання земель (ст.115 Земельного кодексу України); обумовлені зовнішнім впливом прав третіх осіб на чужу земельну ділянку; не передбачають наділення третіх осіб самостійними правами на чужу земельну ділянку (права на чужу річ, зобов'язальні права); зобов'язують землевласника що – небудь терпіти або утримуватися від певних дій; виключають позбавлення землевласника правомочностей, що складають зміст права власності; передбачають відновлення повноти здійснення права власності на земельну ділянку в разі його припинення.

Поряд з цим, обмеження прав на землю в інтересах сусідів: спрямовані на регламентацію інтересів сусідніх землевласників та землекористувачів; встановлюють: а) дозволений вплив одного сусіда на земельну ділянку іншого сусіда, проти якого останній не може заперечувати (ч.1 ст.103, ст.ст.104, 105 Земельного кодексу України); б) заборону на вчинення сусідами в межах використовуваних ними земельних ділянок дій, які можуть викликати неприпустимий вплив на сусідні земельні ділянки (ч.2 ст.103, ст.ст.104, 105 Земельного кодексу України); не передбачають наділення сусідів самостійними правами на чужу земельну ділянку (права на чужу річ, зобов'язальні права).

У свою чергу, права на чужу річ передбачають наділення третіх осіб самостійними правами на чужу земельну ділянку. У випадку встановлення земельного сервітуту (Глава 16 Земельного кодексу України, Глава 32 Цивільного кодексу України), емфітевзису (Глава 33 Цивільного кодексу України) та суперфіцію (Глава 34 Цивільного кодексу України) характер здійснення права власності на земельну ділянку визначається зобов'язанням землевласника терпіти або утримуватися від певних дій при реалізації суб'єктом права на чужу річ своїх правомочностей. При цьому, землевласник не позбавляється правомочностей, що складають зміст права власності. Відповідно, уявляється природним відновлення повноти здійснення права власності на земельну ділянку в разі припинення прав на чужу річ.

Таким чином, змістовні ознаки цих правових явищ виключають їх понятійну тотожність. Водночас, вони звужують свободу здійснення права власності на земельну ділянку. Отже, обмежувальна сутність є характерною для всіх них. А відтак, в розглянутому аспекті, обмеження прав на землю – це встановлені законодавством межі здійснення права власності на земельну ділянку, які виступають в якості обмежень прав на землю в інтересах усього суспільства, в інтересах сусідів, а також в якості прав на чужу річ.

В зв'язку з досліджуваною проблемою необхідно звернути увагу на той факт, що як і в цивілістичній науці, в науці земельного права під обтяженням права власності на земельну ділянку слід, на наш погляд, розуміти встановлення додаткових прав на земельну ділянку. При цьому, в якості додаткових прав на земельну ділянку, а відтак і в якості обтяжень права власності на земельну ділянку слід розглядати права на чужу річ та зобов'язальні права.

В свою чергу, норми права обмежують свободу землевласника в здійсненні своїх правомочностей з метою уникнення порушень прав інших суб'єктів речових та зобов'язальних правовідносин, встановлених на його земельну ділянку. Таким чином, постає проблема співвідношення таких категорій, як обмеження та обтяження права власності на земельну ділянку.

На нашу думку, враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок про те, що обмеження та обтяження співвідносяться як загальне та особливе. Тобто, обмеження є загальним поняттям, а обтяження – особливим поняттям. Таким чином, кожне обтяження є обмеженням, але не кожне обмеження є обтяженням. Отже, в деяких випадках ці категорії можна вживати як співпадаючі за своїм змістом.

По – друге, правова характеристика обмежень права власності на земельну ділянку в інформаційно – психологічному аспекті дії права співпадає з правовою характеристикою концепції правових обмежень в інформаційно – психологічному аспекті дії права на суспільні відносини в цілому. Таким чином, обмеження права власності на земельну ділянку в інформаційно – психологічному аспекті дії права виступають в якості негативних засобів (заборона (диспозиція), призупинення (диспозиція), обов'язок (диспозиція), факт – обмеження (гіпотеза), покарання (санкція))

які стримуючи реалізацію певного інтереса суб'єкта права приватної власності на земельну ділянку, створюють тим самим умови для задоволення інтересів контрсуб'єктів і суспільних інтересів в охороні та захисті.

Отже, під обмеженням права власності на земельну ділянку, в цьому аспекті, слід розуміти встановлення в законодавстві меж, в яких суб'єкт права приватної власності на земельну ділянку має право діяти.

Таким чином, за результатами проведеного дослідження можна виділити два види обмежень права власності на земельну ділянку. Перший з них – це обмеження права власності на земельну ділянку в спеціально – юридичному значенні. Вони представлені межами суб'єктивного права приватної власності на земельну ділянку та межами його здійснення. В свою чергу, обмеження здійснення права приватної власності на земельну ділянку включають в себе такі специфічні правові явища: по – перше, обмеження прав на землю в інтересах усього суспільства, обмеження прав на землю в інтересах сусідів, права на чужу річ; по – друге, обтяження.

Другий вид обмежень права власності на земельну ділянку – це обмеження права власності на земельну ділянку в інформаційно – психологічному значенні.

Незважаючи на притаманні цим видам обмежень специфічні особливості, вони визначають в тій чи іншій формі межі, в яких суб'єкт права приватної власності на земельну ділянку має право діяти. Таким чином, зазначені види обмежень звужують свободу його волевиявлення, що є підставою для їх об'єднання в таку земельно – правову категорію як обмеження права власності на земельну ділянку. За цих умов, під обмеженням права власності на земельну ділянку ми пропонуємо розуміти встановлені земельним законодавством межі, в яких суб'єкт права приватної власності на земельну ділянку уповноважений діяти.

Гадаємо, що наше дослідження сприятиме подальшому вирішенню цілого комплексу теоретичних проблем щодо обмежень права власності на земельну ділянку, зокрема визначенню підстав їх класифікації тощо.



## ПРО МІСЦЕ ПРИБЕРЕЖНОЇ СМУГИ МОРІВ У СИСТЕМІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ МОРІВ В УКРАЇНІ

*І. Потапчук*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Правова система охорони морів створена і регулюється нормами чинного Земельного і Водного кодексів України та розміщується на землях водного фонду з метою мінімізації негативного впливу на морське середовище. До земель водного фонду законодавець відносить землі, безпосередньо покриті водою і землі, що прилягають до водних об'єктів та використовуються для охорони вод від забруднення, засмічення, а також забезпечують задоволення лікувальних, оздоровчих, рекреаційних, курортних та ін. потреб населення. На земельних ділянках водного фонду законодавець визначив, встановив і розмістив відповідно до ст.58 З.К. 1) водоохоронні зони (п.2 ст.58); 2) прибережні захисні смуги (ст.60); 3) смуги відведення (ст.63); 4) берегові смуги водних шляхів (ст.64). Паралельно з діючими нормами З.К. Водний кодекс України поряд із 1) водоохоронними зонами (ст.87); 2) прибережними захисними смугами (ст.88); 3) смугами відведення (ст.91); 4) береговими смугами водних шляхів (ст.92) встановив серед зазначених елементів системи правової охорони вод в Україні – зони санітарної охорони (ст.93).

Якщо такі елементи системи як водоохоронні зони, прибережні захисні смуги і зони санітарної охорони можуть встановлюватись на береговій частині як річок, так і морів, то смуги відведення та берегові смуги водних шляхів встановлюються лише в межах територій, де використовуються для цілей збереження та захисту виключно річок від негативного впливу з берега. Таким чином, два останні елементи системи правової охорони вод в Україні можна не розглядати через те, що нас цікавлять лише моря.

На земельних ділянках, що прилягають до морів розміщуються: 1) водоохоронні зони; 2) прибережні захисні смуги; 3) зони санітарної охорони водних об'єктів, які складають систему правової охорони морів України

"Водоохоронні зони" – відповідно до ГОСТу 17.5.1.05-80. Охрана природы. Земли. Термины и определения. С.6. – це землі надані в установленому порядку навколо визначених водоймищ і служать захисною, санітарно-гігієнічною зоною. Межа дії водоохоронної зони поширюється виключно на берегову частину перед морем шириною в 2 км. Отже, до водоохоронних зон морів належать земельні ділянки на яких встановлюється особливий порядок використання і охорони з метою створення сприятливого режиму водних об'єктів, попередження їх забруднення, засмічення, вичерпання, знищення навколоводних рослин і тварин, а також зменшення коливань стоку вздовж річок, морів та навколо озер, водосховищ і інших водойм. Водоохоронна зона має внутрішню і зовнішню межі. Внутрішня межа водоохоронної зони збігається з мінімальним рівнем води у водному об'єкті. Зовнішня межа водоохоронної зони, як правило, прив'язується до наявних контурів сільськогосподарських угідь, шляхів, лісосмуг, меж заплавл, надзаплавлних терас, бровок схилів, балок та ярів і визначається найбільш віддаленою від водного об'єкта лінією.

Два наступні елементи системи правової охорони моря – прибережні захисні смуги та зони санітарної охорони знайшли своє юридичне закріплення і знаходяться в межах водоохоронної зони.

"Прибережні захисні смуги" – згідно з ДСТУ 3041-95. Гідросфера. Використання і охорона води. Терміни та визначення. С.13. – це частина прибережної водоохоронної зони шириною від 20 м. до 100 м., що тягнеться вздовж берега..., на якій встановлений більш суворий режим її використання, ніж у межах всієї зони. Але вона не поширюється на морську частину і свою значимість вичерпує з моменту переходу прибережної смуги морів з суходолу в акваторію, яке залишає без належних правових механізмів охорони морську частину єдиного за взаємним впливом об'єкта природи.

До прибережних захисних смуг законодавець відносить ділянки земель, у межах водоохоронних зон, які виділяються з метою охорони поверхневих водних об'єктів від забруднення,

засмічення та збереження їх водності і встановлюються уздовж урізу води морів та навколо морських заток, лиманів.

Згідно з ч.3 ст.60 З.К. та ч.5 ст.88 В.К. розмір та межі прибережної захисної смуги вздовж морів встановлюється за проектом землеустрою, але її ширина не може бути меншою 2-х км. від урізу води. Розмір і межі цієї смуги у межах населених пунктів встановлюються з дотриманням містобудівної документації. Об'єкти, що знаходяться у прибережній захисній смузі можуть експлуатуватися, якщо при цьому не порушується її режим. Режим господарської діяльності на земельних ділянках прибережних захисних смуг вздовж морів і у внутрішніх морських водах встановлюється законом.

Прибережна захисна смуга вздовж морів, морських заток і лиманів входить у зону санітарної охорони моря і може використовуватися лише для будівництва санаторіїв та ін. лікувально-оздоровчих закладів, з обов'язковим централізованим водопостачанням і каналізацією, а зони санітарної охорони поверхневих та підземних водних об'єктів (в т.ч. морів) входять до складу водоохоронних зон і поділяються на три пояси особливого режиму.

Зоною санітарної охорони називають території, на яких запроваджується особливий режим для охорони водних об'єктів (в тому числі морів) з метою задоволення лікувальних і оздоровчих потреб населення.

Зони санітарної охорони поверхневих та підземних водних об'єктів входять до складу водоохоронних зон і поділяються на три пояси особливого режиму: перший пояс (суворого режиму) включає територію розміщення водозабору, майданчика водопровідних споруд і водопідвідного каналу; другий і третій пояси (обмежень і спостережень) включають територію, що призначається для охорони джерел водопостачання від забруднення.

Залежно від типу джерела водопостачання (поверхневий, підземний), ступеня його захищеності і ризику мікробного та хімічного забруднення, особливостей санітарних, гідрогеологічних і гідрологічних умов, а також характеру забруднюючих речовин встановлюються межі зон санітарної охорони та їх окремих поясів. Межі зон санітарної охорони водних об'єктів встановлюються органами місцевого самоврядування на їх території за погодженням з державними органами земельних ресурсів, санітарно-епідеміологічного нагляду, охорони навколишнього природного середовища, водного господарства та геології.

Завдяки встановленим водоохоронним зонам, прибережним захисним смугам та зонам санітарної охорони було зменшено технічний, біологічний, антропогенний тиск на море з боку берегової частини. Проте, морське середовище продовжує залишатися недостатньо захищеним, тобто очікуваного ефекту такий підхід не приносить. Це дає нам право вважати його хибним, таким що не виправдовує себе. Пропонується замінити підхід, який досі існує, на більш прогресивний – із створенням нового об'єкта правової охорони, який поширить свій вплив і на морське середовище, і на берегову частину одночасно, в межах, які пропонується ще розробити, і встановити назву – "прибережна смуга морів", бо це є вже вимогою часу та сприяє більш ефективному захисту моря. Подібний підхід було запропоновано ще за радянських часів. В п.п.1.3. "Санітарних правил і норм охорони прибережних морів від забруднення в місцях водокористування населення", від 6 липня 1988 р. №4631-88, зазначено, що ці правила поширюються на прибережні райони територіальних та внутрішніх вод СРСР, включаючи прибережні зони в межах міст і в місцях впадання річок в моря,... а також на прилеглу смугу суші шириною 2 км. від рівня максимального рівня води. Але, на жаль, такий прогресивний метод не було в той час збережено і закріплено на рівні Закону, що, можливо, і призвело до негативних наслідків, пов'язаних зі значним погіршенням стану морів в Україні на сучасному етапі розвитку нашої держави.

Інститут законодавства у сфері формування прибережної смуги морів є комплексним та інтегрованим, але оскільки у сучасних умовах його склад недостатній і спеціальних актів щодо цієї сфери немає, то крім суто земельних і водних нормативних актів, треба створити спеціальні нормативні акти про прибережну смугу морів.

Отже, при аналізі сучасного законодавства у сфері формування прибережних смуг морів треба враховувати, що воно включає: 1) нормативні акти, у яких закріплені виключно норми, які врегульовують відносини в межах або земельного або водного права; 2) нормативні акти, що об'єктивно належать до сфери формування прибережної смуги морів (хоча прямо про це законодавство не говорить).

Нарешті, заслуговує уваги така складова зазначених вище позитивних моментів на користь створення прибережної смуги морів, як необхідність у поліпшенні охорони вод моря та його берегової частини, в якій переважно зароджуються і починають свій розвиток живі ресурси морів.

Тобто, з метою комплексного підходу до захисту як моря з боку берегової частини, так і берегової частини з боку моря необхідно здійснювати вплив одночасно на обидві частини від урізу берега і в бік моря, і в бік суші. Саме такий підхід вже формується в межах законодавчого поля, що бере початок з Постанови Кабінету Міністрів від 10 липня 1998 р. №1057 Про затвердження Концепції охорони та відтворення навколишнього природного середовища Азовського і Чорного морів, а в подальшому й на рівні загальнодержавних програм.

Передбачається розробка і прийняття спеціального Закону України, який би на належному рівні закріпив би і поняття "прибережна смуга морів", і встановив би межі дії такої смуги, що дасть надію на покращення загальної ситуації із морями і їхніми живими ресурсами в найближчому майбутньому.

**ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИХ ЗАХОДІВ  
ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРЕВЕНТИВНОГО СПРЯМУВАННЯ  
У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ  
СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ**

*С. Романко*

*Юридичний Інститут Прикарпатського університету імені Василя Стефаника*

Слід зазначити, що процес реалізації законодавства у сфері екологічної безпеки і суб'єктивного права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля передбачає діяльність спеціально уповноважених організаційних державних структур, органів та інших інституцій, діяльність яких спрямована на організацію координацій, розпорядження, погодження, інформування, ліцензування, сертифікації, контролю, функціонально-розпорядчих дій і санкціонування з метою забезпечення усіма юридичними і фізичними особами та державою вимог, норм і нормативів екологічної безпеки у сфері виробництва сільськогосподарської продукції.

Особливості управління в галузі забезпечення екологічної безпеки сільськогосподарської продукції знаходять свій логічний вираз у спеціальних функціях органів управління. Ці функції в свою чергу, реалізуються за допомогою системи державно-правових заходів, серед яких слід приділити особливу увагу заходам організаційно-превентивного спрямування.

Підтримуючи запропонований в еколого-правовій літературі (проф. В. Андрейцевим) розподіл державно-правових заходів у сфері забезпечення екологічної безпеки, їх види і форми, хотілось би розглянути такі види державно-правових заходів організаційно превентивного спрямування:

а) реєстраційно-ліцензійну діяльність – сертифікацію сільськогосподарської продукції, видачу дозволів на застосування нових хімічних речовин у процесі виробництва сільськогосподарської продукції;

б) експертно-оціночна діяльність – проведення ветеринарно-санітарної, санітарно-гігієнічної експертизи сільськогосподарської продукції; здійснення радіологічного, хіміко-токсикологічного, фізико-хімічного контролю за сільськогосподарською продукцією;

в) інформаційно-прогностичну діяльність – інформування державних органів про стан захворюваності населення внаслідок споживання екологічно небезпечної сільськогосподарської продукції.

Підтвердження відповідності сільськогосподарської продукції, як і інших товарів, що виробляється в Україні або ввозиться на митну територію України, обов'язковим вимогам діючих в Україні стандартів та інших нормативних документів здійснюється шляхом його сертифікації або визнання виданих за кордоном документів, що підтверджують відповідність сільськогосподарської продукції діючим в Україні вимогам безпеки для життя і здоров'я громадян. "Правила сертифікації товару та визнання іноземних сертифікатів встановлюються Державним Комітетом по стандартизації, метрології та сертифікації." "Іноземні сертифікати беруться до уваги виключно у випадках, коли взаємне визнання таких сертифікатів передбачено нормами відповідних міжнародних договорів." На Державний Комітет по стандартизації, метрології і сертифікації Постановою КМУ "Про вдосконалення контролю якості і безпеки харчових продуктів" з метою захисту прав споживачів та запобігання реалізації продукції, небезпечної для життя та здоров'я громадян і відповідно до законів України "Про захист прав споживачів", "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення", "Про зовнішньоекономічну діяльність" та Декрету КМУ від 10 травня 1993 р. №46 "Про стандартизацію і сертифікацію", покладено виконання таких додаткових функцій:

- посилення контролю за якістю та безпекою харчових продуктів, що виробляються в Україні та імпортованих харчових продуктів щодо їх відповідності вимогам та стандартам, які діють в Україні;
- забезпечення поетапного розширення переліку харчової продукції, що підлягає обов'язковій сертифікації.

Разом з іншими державно-правовими заходами забезпечення екологічної безпеки, ліцензування є "одним із основних і потенційно ефективних інструментів реалізації адміністративних методів

управління природокористуванням та охороною навколишнього середовища." Згідно ст.13 ЗУ "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення", діяльність, пов'язана з потенційною небезпекою для здоров'я людей, підлягає ліцензуванню у порядку, встановленому законодавством, в т. ч. до такої діяльності належить і виробництво, переробка та реалізація харчових продуктів та сільськогосподарської продукції взагалі.

Посилення державного контролю за виконанням згаданих функцій є одним із шляхів реалізації основних засад державної політики щодо забезпечення якості та безпеки харчових продуктів і продовольчої сировини, таким чином відбувається "створення гарантій безпеки для здоров'я людини під час виготовлення, ввезення, транспортування, зберігання, реалізації, використання, споживання, утилізації або знищення харчових продуктів і продовольчої сировини."

Екологічний контроль є важливим правовим засобом екологічної безпеки сільськогосподарської продукції.

В природоохоронній практиці України виділяють державний, відомчий, виробничий та громадський контроль. Слід також окремо виділити радіологічний, хіміко-токсикологічний, ветеринарно-санітарний та санітарно-гігієнічний види контролю за сферою забезпечення екологічної безпеки сільськогосподарської продукції. Радіологічний та хіміко-токсикологічний контроль здійснюється Міністерством аграрної політики України, та іншими органами і полягає у радіологічному, агрохімічному і токсикологічному спостереженні за ґрунтами сільськогосподарського використання, токсикологічному та радіологічному спостереженні за сільськогосподарськими рослинами, тваринами і продуктами. Крім того, Міністерство екології і природних ресурсів України здійснює спостереження за станом ґрунтів сільськогосподарських угідь із визначенням залишкової кількості в них пестицидів і важких металів; скидами і викидами з об'єктів, на яких використовуються радіаційно небезпечні технології та інше.

Ветеринарно-санітарний та санітарно-гігієнічний контроль є функцією Міністерства охорони здоров'я України та Державної санітарно-епідеміологічної служби. Для забезпечення екологічної безпеки сільськогосподарської продукції МОЗ України повинно здійснювати погодження стандартів та іншої нормативно-технічної документації з питань якості сільськогосподарської продукції, проводити державну санітарно-гігієнічну та ветеринарну експертизу, гігієнічної регламентації небезпечних факторів і видачі дозволів на їх використання.

На мою думку, більш детального розгляду потребує інформаційно-прогностична діяльність державних органів у сфері екологічної безпеки та екологічної безпеки сільськогосподарської продукції зокрема.

Закон України "Про інформацію" від 2 жовтня 1992 р. не містить визначення екологічної інформації, вказуючи у ст.13 тільки екологічний напрям інформаційної діяльності. Але в контексті права громадян на інформацію про стан довкілля і його захисту нормативне вирішення цього питання мені видається доцільним.

Використовуючи положення Модельного закону про охорону природного середовища підготованого під егідою Ради Європи і прийнятого в 1994 р. та інші екологічно-правові положення, можна вивести таке визначення екологічної інформації.

Це письмові, візуальні, усні чи у вигляді бази даних об'єктивні відомості:

- про стан водних ресурсів та атмосферного повітря, земель, ґрунтів, надр, природних ландшафтів, флори та фауни;
- про хімічний, фізичний та біологічний вплив на стан довкілля та джерела такого впливу;
- про екологічний ризик чи загрозу для життя та здоров'я людей;
- про діяльність, яка негативно впливає чи може вплинути на природні об'єкти та людину;
- про заходи по охороні навколишнього природного середовища;
- про діяльність державних органів, юридичних осіб і громадян-підприємців у сфері розпорядження природними ресурсами, природокористування, охорони навколишнього природного середовища, забезпечення дотримання і захисту екологічних прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, якщо необхідність здійснення такої діяльності встановлена українським законодавством.

Інформація про якість та безпеку сільськогосподарської продукції є різновидом інформації про екологічну безпеку взагалі і, на мою думку, це поняття слід визначити як сукупність об'єктивовано виражених даних про відсутність токсичної, канцерогенної, мутагенної, алергенної чи іншої

несприятливої для організму людини дії сільськогосподарської продукції при її споживанні та про сукупність властивостей такої продукції та ступінь її відповідності оптимальним потребам людини.

Документами, що підтверджують належну якість та безпеку сільськогосподарської продукції є сертифікат відповідності, Державний реєстр або висновок санітарно-гігієнічної експертизи, ветеринарний дозвіл для харчових продуктів та сільськогосподарської сировини тваринного походження та карантинний дозвіл для продукції рослинного походження.

Джерелами інформації про екологічно безпечну сільськогосподарську продукцію є маркування вітчизняної та імпортової продукції, яке згідно ст.7 Закону України "Про якість та безпеку харчових продуктів та продовольчої сировини" повинно містити інформацію про склад продукту, якщо він виготовлений із кількох складників із зазначенням використаних у процесі виробництва харчових добавок, барвників та інших хімічних речовин чи сполук; дату виготовлення, строк придатності; відсоток сторонніх домішок; найменування і адресу виробника та місце виготовлення.

Екологічна інформація необхідна громадянам для захисту своїх екологічних прав, серед яких передбачене ст.4 Закону України "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення" право на безпечні для життя і здоров'я продукти харчування та право одержувати "достовірну і своєчасну інформацію про стан свого здоров'я, здоров'я населення, а також про наявні та можливі фактори ризику для здоров'я та їх ступінь"

В даний час не тільки в Україні, а й в інших країнах світу спостерігається дефіцит екологічної інформації. Як приклад, можна навести такі факти. "В світі існує близько 100000 комерційних хімічних речовин, хоча 95% світового виробництва припадає всього на 1500. При цьому відсутні дуже важливі дані, необхідні для оцінки небезпечності більшості цих хімічних речовин для здоров'я людини і стану навколишнього природного середовища. За даними ЮНЕП на 1992 рік із 3350 видів пестицидів, які використовуються у світі, дані про токсичність наявні тільки у 10% з них. Із 8627 видів харчових добавок дані про токсичність відсутні у 80%, а із 1815 видів ліків дані про токсичність відсутні у 42% "

Вважаю доцільним запропонувати створення з метою забезпечення гласності в роботі державної природоохоронної системи, прав громадян, громадських організацій на необхідну і достовірну інформацію про стан охорони навколишнього середовища і засоби по його охороні, формування єдиної політики у сфері масового поширення екологічної інформації нової державної установи – Українського екологічного інформаційного агентства чи Українського агентства екологічної інформації. Його основними завданнями, на мою думку, слід визначити:

- Створення дійового механізму поширення екологічних знань та інформації; формування у населення екологічного світогляду шляхом екологічного виховання та просвіти;
- Участь у формуванні політики інформаційно-методологічної діяльності в системі Міністерства екології і природних ресурсів України і координація у забезпеченні її реалізації;
- Створення і розвиток системи масового оперативного поширення необхідної і достовірної екологічної інформації та забезпечення безоплатного доступу до неї населення і громадських організацій;
- Оперативне поширення організаційно-розпорядчої інформації і нормативно-методичних документів Міністерства екології і природних ресурсів, а також спеціально уповноважених еколого-ресурсних органів в системі державних природо-ресурсних органів;
- Забезпечення збору та аналізу екологічної інформації, яка надходить від територіальних органів управління та обміну між ними;
- Організація і проведення роботи по роз'ясненню державної екологічної політики і законодавства у сфері охорони довкілля серед населення;
- Інформаційна підтримка діяльності природоохоронних органів і неурядових організацій;
- Надання консультативних послуг у відповідності до запитів споживачів сільськогосподарської продукції та продуктів харчування;
- Інформаційний супровід національних і регіональних програм і проектів;
- Поширення передових екологічно чистих технологій, патентної інформації екологічного спрямування, програмних засобів, надання послуг по їх придбанню і ефективному використанню;
- Сприяння розвитку міжнародного інформаційного співробітництва у сфері охорони довкілля і раціонального природокористування.

Також слід наділити новостворений орган певними правами, наприклад, правом робити запити і отримувати від міністерств, відомств, інших органів виконавчої влади підприємств, установ, організацій, населення інформацію, необхідну для виконання поставлених завдань; право вести видавничу та іншу інформаційно-просвітницьку діяльність; право відкривати філії та ін.

Проте не можна не визнати, що пропозиція потребує подальшого розгляду і опрацювання і повинна знайти нормативне вираження у відповідному законопроекті.

## СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

### ДО ПИТАННЯ ПРО ДЖЕРЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

*В. Василяш*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Згідно з ч.1 ст.3 КК України законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноправових принципах і нормах міжнародного права. У зв'язку з цим виникає питання: чи є чинний КК України, виходячи із зазначеного вище законодавчого положення єдиним джерелом кримінального права, чи необхідно його розглядати як основне, але не єдине джерело кримінального права України?

Питання про можливість визнання джерелами кримінального права не тільки КК України, але й Конституцію України, міжнародні договори, закони України про внесення змін і доповнень до КК України, рішення Конституційного Суду України в території кримінального права є дискусійним. Так, коментуючи положення ст.3 КК України, автори всіх трьох науково-практичних коментарів Кримінального Кодексу України, вважають, що КК України є єдиним джерелом кримінального права. Саме такої точки зору дотримується і В.І. Борисов. В підручнику для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти "Кримінальне право України: Загальна частина" за редакцією професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація, 2001 р., автор зазначає, що кримінальне право України знаходить своє відображення в законодавстві України про кримінальну відповідальність, що являє собою єдину нормативну систему – Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальноправових принципах і нормах міжнародного права.

Іншої точки зору дотримується В.П. Кобзаренко. Так, у підручнику для студентів юридичних вузів і факультетів "Кримінальне право України: Загальна частина" за редакцією професора П.С. Матишевського, доцентів П.П. Андрушко, С.Д. Шапченка, 1997 р., автор зазначає, що кримінальне право України у період суверенності і незалежності характеризується множинністю джерел. Це система внутрішніх національних законів та міжнародно-правових актів, що містять норми кримінального права.

Правильність з'ясування поставленого питання перш за все вимагає уяснення, що слід розуміти під поняттям "джерела права", адже дане поняття в юридичній літературі вживається в різних значеннях. Термін "джерело права" в загальній теорії права використовується одночасно як для позначення змістовних, так і для позначення формальних джерел права. Змістовні джерела права – це явища соціального буття, які виступають основою права (моральні, релігійні, філософські принципи, вимоги життєвої ситуації тощо). Формальні джерела права – це правові акти, в яких містяться правові норми.

З врахуванням предмета дослідження, поняття "джерело кримінального права" слід аналізувати, виходячи із його формального значення, як правові акти, що містять правові норми, які визначають злочинність і караність діяння.

Кардинальні зміни, що відбулися в економічній, соціально-політичній, правотворчій та інших сферах суспільного життя, вимагають переосмислення багатьох понять щодо традиційних уявлень про джерела кримінального права. Виникає юридична підстава для постановки та обговорення питання про множинність джерел кримінального права, яка в своїй сукупності утворює систему, елементами якої є: Конституція України, міжнародні договори, закон про кримінальну відповідальність (Кримінальний кодекс України), закони України про внесення змін і доповнень до КК України.

З огляду на неможливість в межах даної статті проаналізувати зазначені вище джерела кримінального права, обмежимося аналізом тільки Конституції України як джерела кримінального права.

Відповідно до ст.8 Конституції України, Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні



відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

Крім зазначеної статті Конституції України, важливе кримінально-правове значення мають і деякі інші конституційні норми. Так, в ст.58 Конституції України зазначається, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Закріплюючи загальне положення про надання та ненадання зворотної дії в часі окремим видам законів, дана конституційна норма знайшла своє відображення, конкретизацію в ч.1 ст.5 КК України. Відповідно до ч.1 ст.5 КК України, закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність, має зворотню дію у часі. Отже, згідно ч.1 ст.5 КК України зворотню дію в часі мають кримінальний закон, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність, а кримінальний закон, який встановлює нові підстави звільнення від кримінальної відповідальності чи розширює існуючі, зворотної дії не має. Очевидним є те, що положення ч.1 ст.5 КК України є в колізії з положеннями ч.1 ст.58 Конституції України, яка допускає можливість зворотної дії законів, які скасовують юридичну відповідальність або пом'якшують юридичну відповідальність. Скасування юридичної відповідальності можливе як шляхом декриміналізації діяння, так і шляхом встановлення нових підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності. В обох цих випадках, відповідно до ст.58 Конституції України, закон повинен мати зворотню дію. Однак, ч.1 ст.5 КК України обмежує скасування кримінальної відповідальності лише випадками декриміналізації вчиненого діяння. Отже, зміст ч.1 ст.5 КК України в цьому аспекті є вужчим, ніж зміст ч.1 ст.58 Конституції України. Тому вирішуючи питання зворотної дії кримінального закону, який встановлює нові підстави звільнення від кримінальної відповідальності чи розширює існуючі, суд повинен таким кримінальним законам надавати зворотню дію, посилаючись у своєму рішенні безпосередньо на положення ст.58 Конституції України, яка відповідно до ст.8 має пряму дію. Саме на таке вирішення, в подібних випадках, вказується і в постанові Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. №9 "Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя". Так, в п.2 зазначеної постанови вказується, що оскільки Конституція України, як зазначено в її ст.8, має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії, суди при розгляді конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акту з точки зору його відповідності Конституції і у всіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії. Судові рішення мають ґрунтуватися та Конституції, а також на чинному законодавстві, яке не суперечить їй. Суд безпосередньо застосовує Конституцію у разі: 1) коли зі змісту норми Конституції не випливає необхідності додаткової регламентації її положень законом; 2) коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй.

Викладене дозволяє зробити висновок, що Конституція України є джерелом кримінального права України.

**РОЗДІЛ ІV ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ  
КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ 2001 р.  
ПОТРЕБУЄ УДОСКОНАЛЕННЯ**

*Б. Кириць*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Розділ IV Загальної частини КК називається "Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)". І ст.18 КК – одна із п'яти статей цього розділу – також називається "Суб'єкт злочину". Але співпадіння назв розділу і його статті допустиме тільки тоді, коли розділ містить лише одну статтю. Якщо ж він складається з декількох статей, то таке співпадіння свідчить або про те, що не зовсім точною є назва розділу чи відповідної статті, або про те, що решта статей даного розділу до предмету його регулювання відношення не має. Оскільки розділ IV Загальної частини КК у цілому, а не лише одна його стаття, присвячений суб'єктові злочину, то саме він, а не якась його стаття, повинен називатися "Суб'єкт злочину". І називатися саме "Суб'єкт злочину", а не так, як він іменується у даний час. Річ у тому, що "особа, яка підлягає кримінальній відповідальності" і "суб'єкт злочину" – це не тотожні поняття. Особою, яка підлягає кримінальній відповідальності, є особа, що вчинила суспільно небезпечне діяння, котре містить склад злочину. Суб'єкт ж злочину – це лише один із елементів складу злочину. Тому якщо фізична особа після досягнення встановленого КК віку вчинила у стані осудності передбачене ним суспільно небезпечне діяння, але вчинила його без вини, то суб'єкт злочину є, а особи, яка підлягає кримінальній відповідальності, немає, бо немає складу злочину. І оскільки розділ IV Загальної частини КК присвячений саме суб'єктові злочину, а не особі, яка підлягає кримінальній відповідальності, то і називатися він повинен відповідно.

2. Хоча ст.18 КК, якою відкривається цей розділ, і називається "Суб'єкт злочину", у ній саме поняття суб'єкта злочину відсутнє. Вона визначає лише загального (ч.1) та спеціального (ч.2) суб'єктів злочину, і то не зовсім вдало. У зв'язку з цим видається, що ст.18 КК повинна називатися "Поняття і види суб'єкта злочину" і складатися з трьох частин, перша з яких містила б поняття суб'єкта злочину, друга – поняття загального суб'єкта злочину, а третя – поняття спеціального суб'єкта злочину. При формулюванні ж цих понять (як, до речі, і будь-яких інших) слід виходити з того, що вони будуть правильними і повними лише тоді, коли утворюватимуться з усіх істотних ознак, кожна з яких необхідна для розкриття специфіки відповідного явища (досліджуваного об'єкта), а усі разом узяті достатні для визначення його сутності (змісту). Це, зокрема, означає, що:

а) поняття суб'єкта злочину повинно включати ознаки як загального, так і спеціального суб'єкта;

б) поняття загального суб'єкта злочину повинно вказувати, що ним є (визначається) 1) лише фізична особа (людина), яка 2) після досягнення встановленого КК віку вчинила передбачене ним суспільно небезпечне діяння (саме суспільно небезпечне діяння, а не злочин, бо для визнання його злочином необхідні й усі інші, крім суб'єкта, елементи) і 3) вчинила таке діяння у стані осудності (а не просто була осудною, була осудною не взагалі, а саме під час вчинення цього діяння);

в) у визначенні спеціального суб'єкта злочину має бути відображено, що це особа, яка, по-перше, відповідає вимогам загального суб'єкта злочину, а, по-друге, характеризується ще і передбаченими відповідною статтею Особливої частини КК (прямо у ній вказаними або такими, що впливають з її змісту) додатковими ознаками, лише за наявності яких вона і може бути суб'єктом (виконавцем) даного злочину.

З огляду на наведене, ст.18 КК можна було б викласти у приблизно такій редакції:

Стаття 18. Поняття і види суб'єкта злочину

1. Суб'єктом злочину є фізична особа (людина), яка після досягнення встановленого цим Кодексом віку у стані осудності та за наявності у визначених даним законом випадках й інших ознак, вчинила передбачене ним суспільно небезпечне діяння.

2. Загальним суб'єктом злочину є фізична особа (людина), яка після досягнення встановленого цим Кодексом віку вчинила у стані осудності передбачене ним суспільно небезпечне діяння.

3. Спеціальним суб'єктом злочину є особа, яка поряд з ознаками, властивими загальному суб'єктові злочину, характеризується ще й передбаченими відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу (прямо у ній вказаними або такими, що випливають з її змісту) додатковими ознаками, лише за наявності яких вона і може бути суб'єктом (виконавцем) даного злочину. (Спеціальний суб'єкт злочину можна визначити і по-іншому: це фізична особа (людина), яка після досягнення встановленого цим Кодексом віку у стані осудності та за наявності передбачених відповідною статтею його Особливої частини (прямо у ній вказаними або такими, що випливають з її змісту) інших ознак, вчинила передбачене нею суспільно небезпечне діяння, тільки за наявності яких вона і може бути суб'єктом (виконавцем) даного злочину).

3. Стаття 19 КК іменується "Осудність". Однак назва цієї статті не відповідає її змісту, оскільки у ній іде мова не лише про осудність, але і про неосудність. Тому і називатися вона повинна "Осудність і неосудність".

4. У ст.21 КК вказано, що "особа, яка вчинила злочин у стані сп'яніння внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або інших одурманюючих речовин, підлягає кримінальній відповідальності". Однак це положення, як видається, потребує уточнення, оскільки не усяке (не будь-яке) сп'яніння не виключає кримінальної відповідальності. Справа у тому, що кримінальній відповідальності підлягає лише особа, яка вчинила злочин у стані звичайного (простого, фізіологічного) сп'яніння, тобто сп'яніння, яке не виключає осудності. Саме такі випадки і має на увазі ст.21 КК. Якщо ж особа вчинила передбачене КК суспільно небезпечне діяння у стані патологічного сп'яніння чи гострого алкогольного психозу, що є різновидами тимчасового розладу психічної діяльності, внаслідок якого вона не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, то така людина не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з неосудністю. З огляду на наведене текст ст.21 КК після слова "речовин" доцільно доповнити словами "якщо він не виключає осудності".

5. Стаття 22 КК називається "Вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність". Але оскільки ця стаття присвячена не якомусь абстрактному віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, а віку, з досягненням якого особа може бути суб'єктом злочину, то саме так вона і повинна називатись.

Якщо враховувати, що питання про осудність чи неосудність особи, котра вчинила визначене КК суспільно небезпечне діяння, вирішується тільки після встановлення того, що вона досягла віку, з якого може бути суб'єктом відповідного злочину, то названа стаття має розміщуватись перед статтею, присвяченою осудності і неосудності.

Що ж до самого змісту розглядуваної статті, то тут, крім іншого, потрібно звернути увагу на наступне. Законодавче врегулювання питання про вік, з досягненням якого особа визнається суб'єктом злочину, аж ніяк не може зводитися лише до визначення того, за котрі злочини вона несе кримінальну відповідальність у віці від 16-ти років, а за котрі у віці від 14-ти років. Воно передбачає вирішення і таких практично важливих питань як визначення моменту досягнення нею певного віку та правил його встановлення рівно ж як і проблеми відповідальності осіб, які приймають участь у вчиненні злочинів, суб'єктами котрих вони з огляду на їхній вік бути не можуть. Відповідні частини ст.22 КК, які б вирішували ці питання, могли б бути сформульовані у своїй основі приблизно так:

- особа вважається такою, що досягла певного віку, з початку (0 годин) наступної доби після дня її народження того року, в якому їй виповнилася та кількість років, з досягненням якої вона згідно з цим Кодексом може бути суб'єктом відповідного злочину;
- вік особи, яка вчинила передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне діяння, встановлюється за документами про її народження. При відсутності таких документів і неможливості їх одержати, вік цієї особи встановлюється судово-медичною експертизою. Якщо вік особи встановлений визначенням року її народження, то днем її народження належить вважати останній день вказаного експертизою року її народження. У разі визначення віку особи мінімальною і максимальною кількістю років, необхідно виходити з вказаного експертизою її мінімального віку;
- якщо у вчиненні злочину, суб'єктом якого може бути особа, котра досягла шістнадцяти чи більше років, приймала участь особа молодшого віку, вона підлягає кримінальній відповідальності лише за ті фактично вчинені нею діяння, які утворюють склад злочину, суб'єктом котрого може бути особа, що досягла чотирнадцяти чи шістнадцяти років.

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ  
ВІД ЗЛОЧИННИХ ПОСЯГАНЬ, ЩО СКОЮЮТЬСЯ У СПІВУЧАСТІ****О. Заруцький***Інститут держави і права імені В.М. Корецького*

Проблема посилення захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні від злочинних посягань, що скоюються у співучасті, останнім часом набуває дедалі більшої актуальності як для теорії так і для практики роботи правоохоронних органів України.

Питанням дослідження співучасті у злочині присвячено ряд ґрунтовних наукових праць. Але більшість з них розглядає співучасть у скоєнні злочину з теоретичних та законодавчих засад, що були чинними понад 40 років і змінилися з прийняттям у 2001 році нового Кримінального кодексу України.

Відповідно до положень, що були закріплені в ст.19 Кримінального Кодексу України (далі – КК) 1960 року співучастю у злочині визнавалась умисна спільна участь двох і більше осіб у вчиненні цього злочину. Згідно такого визначення можна було виокремити певні об'єктивні та суб'єктивні ознаки співучасті.

З об'єктивної сторони співучасть за КК 1960 року характеризувалась:

- наявність кількох осіб, які беруть участь у вчиненні злочину, або сприяють його вчиненню;
- суспільно-небезпечний наслідок, що настає і являє собою результат спільних зусиль осіб, що беруть участь у скоєнні злочину.

З суб'єктивної сторони співучасть характеризувалась умисною формою вини. Тобто кожен із співучасників мав усвідомлювати факт того, що він діє спільно з іншою особою та бажати такої спільної злочинної дії. Важливою ознакою суб'єктивної сторони співучасті було також те, що кожен із співучасників мав усвідомлювати, що своїми діями разом з іншими особами вчиняє один і той самий злочин, що й інші особи.

Підсумовуючи вищенаведені суб'єктивні та об'єктивні ознаки співучасті можна дійти висновку, що при співучасті співучасник мав усвідомлювати, що злочин скоюється ним разом з іншими особами, а суспільно-небезпечний наслідок, який настає, є результатом саме їх спільної умисної злочинної діяльності, а без таких спільних дій він (наслідок) міг би й не настати.

Останнім важливим положенням поняття співучасті, закріпленого в КК 1960 року, було те, що співучастю є спільна діяльність осіб. Отже, особами, які вчиняють злочин у співучасті, могли бути й ті особи, які не мають необхідних юридичних ознак, що дозволяли б притягнути їх до кримінальної відповідальності за скоєне ними у співучасті злочинне діяння. Співучасть у скоєнні злочину вважалася наявною і тоді, коли, наприклад, серед тих, осіб, що скоїли злочинне діяння до відповідальності притягалася лише одна, а інші – не притягалися внаслідок неосудності чи недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність.

Ця позиція була закріплена у Постанові Пленуму Верховного Суду України "Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини" від 27 березня 1992 року №2 (зі змінами, внесеними постановами від 4 червня 1993 року №3 та від 3 грудня 1997 року №12). В п.14 ч.2 Постанови зазначено: "Дії учасника групового зґвалтування підлягають кваліфікації за ч.3 ст.117 КК (зґвалтування, вчинене групою осіб – О.З.) в тому разі, коли інші учасники злочину через неосудність, недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності".

З прийняттям 5 квітня 2001 року нового Кримінального Кодексу України підхід до розуміння поняття співучасті у злочині дещо змінився. В ст.26 КК України співучастю у злочині визнається умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину.

Таке визначення співучасті усунуло деякі наукові суперечки, що мали місце за часів дії КК 1960 року. Зокрема, як зазначає в своїй статті С.Д. Шапченко, "... особливості змісту умислу окремого співучасника дозволяють зробити однозначний висновок: відповідно до ст.26 в межах співучасті виключаються будь-які прояви необережності з боку будь-якого із співучасників". Тобто те, що на законодавчому рівні було закріплено положення, за яким співучасть наявна тільки у вчиненні

умисного злочину, зняло всі суперечки, які точилися раніше щодо можливості співучасті в необережних злочинах".

Щодо визначення основних суб'єктивних та об'єктивних ознак співучасті, то ті ознаки, які виділялись у КК 1960 року, залишаються цілком правомірними і в положеннях щодо співучасті за КК 2001 року. Як зазначає С.Д. Шапченко, об'єктивна сторона співучасті характеризується кількісною (двоє або більше співучасників) та змістовною ознакою діяння, яка виражається в спільності дій. Тобто діяння одного із співучасників злочину перебуває у певному причинному зв'язку з діями іншого співучасника і цей зв'язок об'єктивно сприяє заподіяння шкоди. Щодо суб'єктивної сторони співучасті, то ознака наявності умислу зберігає своє юридичне значення. Причому інтелектуальний момент умислу повинен характеризуватися усвідомленням особою як суспільної небезпечності свого діяння, так і суспільної небезпечності діяння іншого співучасника злочину, а також *усвідомленням та розумінням того, що саме такий зв'язок між їх діями об'єктивно сприяє заподіяння шкоди певним суспільним цінностям*, наприклад, охоронюваним законом правам людини. Вольовий момент умислу виражається в тому, що особа бажає завдати шкоди чи створити реальну можливість спричинення такої шкоди саме спільно з іншою особою.

Загалом, позитивно оцінюючи такий новий підхід до визначення поняття співучасті, не можна оминати й певних проблем, створених ним.

Так, згідно нового законодавчого визначення співучасті виникає тільки в спільній умисній злочинній діяльності декількох суб'єктів злочину. Згідно ст.18 КК України суб'єктом злочину є фізична осудна особа, котра вчинила злочин у віці, з якого, відповідно до цього Кодексу, може наставати кримінальна відповідальність. Отже, якщо особа є неосудною або не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, то вона не може бути суб'єктом вчинення злочину у співучасті.

Таке положення яскраво ілюструється на прикладі, коли злочин був скоєний спільно двома особами, одна з яких не може бути суб'єктом злочину, а отже, і суб'єктом співучасті в такому злочині, внаслідок чого не може бути притягнута до кримінальної відповідальності. Г.В. Новицький пише: "Справді, якщо одного з двох співучасників не притягнуто до кримінальної відповідальності, то в діях іншого немає ознак співучасті у зв'язку з відсутністю співучасника".

За наведених положень ситуація щодо належної охорони, наприклад, права особи на статеву недоторканість та належна кримінально-правова кваліфікація групового посягання на таке право може виявлятися неадекватною по відношенню до фактів об'єктивної дійсності.

Розглядаючи ситуацію, наведену у вищезазначеній Постанові Пленуму Верховного Суду України, з урахуванням сучасного закріплення в законодавстві поняття співучасті можна дійти наступної кримінально-правової кваліфікації. Приміром, якщо згвалтування було вчинене групою з трьох осіб, серед яких дві особи є неосудними, то лише одна особа, є по суті суб'єктом даного злочину. При цьому цей єдиний суб'єкт, який характеризується наявністю необхідних юридичних ознак для притягнення до кримінальної відповідальності, свідомо використовував інших неосудних осіб з метою, наприклад, подолати опір потерпілої. Також він усвідомлював факт того, що тільки завдяки дії групи осіб з'явилась можливість скоїти даний злочин.

Отже, за діючим законодавством в даній ситуації відбулося не злочинне діяння, що містить ознаки особливо кваліфікованого складу злочину (ч.3 ст.152 КК), а діяння, що містить ознаки простого складу злочину (ч.1 ст.152 КК), у зв'язку з юридичною відсутністю співучасників. Впевнений, що така кваліфікація не відображає належним чином об'єктивних обставин, оскільки згвалтування, яке було скоєне саме групою осіб, є наслідком, що існує в об'єктивній реальності, і заперечити цей факт неможливо. Як слушно пише Г.В. Новицький: "Проте не слід забувати і про об'єктивну сторону зазначених дій, адже суспільно-небезпечні наслідки настали, і незважаючи на неосудний стан виконавця, співучасникові вдалося досягти злочинної мети".

Підсумовуючи вищезазначене, можна дійти висновку, що із введенням нового КК, який по іншому підходить до визначення поняття співучасті у злочині, стан захищеності певних прав людини від злочинних посягань, які скоюються у співучасті, став дещо спірним у своїх теоретичних обґрунтуваннях і проблемним у практичному захисті.

З ситуації, що склалася, можливо вийти шляхом внесення відповідних змін у ст.26 КК. Наприклад, її можна сформулювати як аналогічну статтю Кримінального Кодексу Російської Федерації. Або ж змінити теоретичні підходи щодо кримінально-правової кваліфікації злочинних діянь, що скоюються у співучасті із застосуванням, наприклад, положень інституту кримінально-правової кваліфікації при юридичній помилці.

В будь-якому разі дане питання потребує подальшого вивчення та належного врегулювання.

**К ВОПРОСУ О МИНИМАЛЬНОМ КОЛИЧЕСТВЕ  
УЧАСТНИКОВ ОРГАНИЗОВАННОЙ ГРУППЫ  
ПО УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ 1999 ГОДА.**

*Н. Саванович*

*Институт государства и права НАН Беларуси*

Согласно ч.1 ст.18 Уголовного кодекса Республики Беларусь 1999 года (далее УК), преступление признается совершенным организованной группой, если оно совершено двумя или более лицами, предварительно объединившимися в управляемую устойчивую группу для совместной преступной деятельности. Анализ данной нормы показывает, что большинство признаков характеризующих организованную группу (управляемость, устойчивость, преступная деятельность) носят оценочный характер. Это обуславливает крайнюю непоследовательность и противоречивость при использовании их в судебно-следственной практике. Достаточно сказать, что в 2002 году по более чем 40% уголовных дел суды не согласились с квалификацией данной органами предварительного расследования, исключив из обвинения квалифицирующее обстоятельство "совершение преступления организованной группой". Что касается литературы, то там также отсутствует единство в понимании указанных признаков. Практически каждый автор занимавшийся изучением организованной группы предлагает свои, особые варианты их трактовки. Однако дискуссии по поводу рассматриваемой формы соучастия не ограничиваются только толкованием ее оценочных показателей. В последнее время, начинают ставиться под сомнение и такие признаки организованной группы, которые казалось бы являются общепризнанными, и не должны вызывать никаких возражений. Речь идет о минимальном количестве участников организованной группы. В теории все чаще высказывается точка зрения, что минимальным составом организованной группы должно быть не два, а три субъекта преступления. Поскольку от решения этого вопроса во многом зависит круг объединений соучастников, подпадающих под признаки рассматриваемой формы соучастия, полагаем следует остановиться на нем более детально.

Каковы же аргументы тех исследователей, которые предлагают отказаться от привычного и общепринятого взгляда на двух субъектов как на минимальный количественный показатель организованной группы? Основной довод заключается в том, что при объединении только двух лиц невозможно формирование группового самосознания, психологии группы. В психологической литературе, указывают они, имеются сведения об экспериментальных исследованиях, свидетельствующие, что психология группы возникает в общении как минимум трех (триады). "Мы видим отличительную сторону триады, прежде всего в том, что она образует минимальную структуру, в которой появляется возможность для формирования группового, а затем коллективного самосознания". Приведенная аргументация, на наш взгляд, недостаточно убедительна. Данные социально-психологических наук, равно как и сведения из других областей исследований при использовании их правом должны не механически переноситься на правовую почву, а восприниматься с позиции внутренних закономерностей права как сложного социального явления. Признание организованной группы более опасной формой соучастия по сравнению с группой лиц по предварительному сговору обусловлено вовсе не наличием в ней четко выраженного коллективного самосознания, и сформированной групповой психологии. Законодатель повышает уголовную ответственность за совершение преступления организованной группой на том основании, что такая группа обладает признаками устойчивости и управляемости, и занимается преступной деятельностью. Поэтому, вопрос о количественном составе организованной группы должен, с нашей точки зрения, решаться в зависимости не от наличия или отсутствия в группе из двух лиц коллективного самосознания, а от того, обладает ли она признаками рассматриваемой формы соучастия.

В качестве еще одного аргумента в пользу увеличения количественного показателя данной формы соучастия указывается на якобы имеющее место несоответствие с терминологической точки зрения существующего числа участников организованной группы понятию управляемости. "Если исходить из минимального состава группы (два человека), то термин "управляемая группа" противоречит правилам формальной логики, поскольку в данном случае мы имеем дело не с управляемой группой, а с управлением одного лица другим. Следовательно, такую группу нельзя признать и организованной в уголовно-правовом смысле". С подобной точкой зрения сложно

согласиться. В законе говорится не о группе из двух и более лиц, которой управляет кто-то еще, а об управляемости как свойстве группы из двух или более лиц, что выражается в наличии элементов субординации, дисциплины, распределении обязанностей, разработке плана преступной деятельности.

Наконец, последним доводом является ссылка на необходимость согласования нашего законодательства с нормами международного права, и в частности с положениями Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности 2000 года, которая была ратифицирована Республикой Беларусь в 2003 году. В определении организованной преступной группы, закрепленном в п.2 данной Конвенции, указывается, что такую группу могут образовывать не менее чем три субъекта преступления. Однако, несмотря на такое казалось бы явное несоответствие, необходимости внесения изменений в УК нет. Дело в том, что конвенционное понятие организованной преступной группы и понятие организованной группы, предусмотренное в ч.1 ст.18 УК вовсе не однопорядковы. Сравнение с сопоставимыми положениями УК приводит к выводу, что понятию организованной преступной группы соответствуют в отечественном уголовном законодательстве такие формы соучастия как преступная организация, организованная группа, а также группа лиц по предварительному сговору (в последнем случае группа должна существовать в течение определенного промежутка времени, а ее участники действовать с указанной в Конвенции целью). Таким образом, понятие организованной преступной группы в Конвенции выступает как совокупное обозначение субъекта организованной преступности, в то время как в нашем законодательстве данная форма соучастия рассматривается лишь как одно из ее возможных проявлений. Поэтому, вполне допустимо различие между ними по количеству участников. К тому же, следует учитывать, что в конвенционных нормах закреплены только минимальные требования борьбы с организованной преступностью, не препятствующие установлению странами-участницами более жестких правил. Данное положение нашло отражение в ч.3 ст.34 рассматриваемой Конвенции где сказано, что каждое Государство-участник может принимать более строгие или суровые меры, чем меры, предусмотренные настоящей Конвенцией, для предупреждения транснациональной организованной преступности и борьбы с ней. В связи с этим, решение нашего законодателя, что не только три, но и два субъекта могут образовывать объединение, подпадающее под конвенционные признаки организованной преступной группы, вполне согласуется с положениями Конвенции.

Рассмотренные выше аргументы не дают, на наш взгляд достаточных оснований для вывода о необходимости увеличения нижнего предела организованной группы. В тоже время, вопрос о том два или три субъекта образуют минимальный состав данной формы соучастия будет оставаться дискуссионным, если не найти четкого критерия для его решения. На наш взгляд, таким критерием следует признать наличие в том или ином объединении признаков организованной группы. В соответствии с этим, если в диаде можно обнаружить признаки устойчивости, управляемости и преступной деятельности, то именно она и должна рассматриваться в качестве простейшей разновидности организованной группы. Проведенный нами анализ уголовных дел о преступлениях совершенных организованными группами показывает, что указанные признаки, в абсолютном своем большинстве, характеризуют объединения соучастников, образованные тремя и более субъектами. В тоже время, существуют случаи, когда они присутствуют и в группе из двух лиц. Например, руководитель предприятия и главный бухгалтер на протяжении нескольких лет занимаются хищениями денежных средств; группа из двух лиц занимается продолжительное время вымогательством, бандитизмом и т.д. Такие группы стабильны по составу, имеют руководителя или осуществляют координацию преступной деятельности, разрабатывают планы и распределяют на их основе обязанности по совершению преступных посягательств. При необходимости, они могут привлекать для выполнения разовых поручений лиц со стороны, не посвящая их в общие планы своей деятельности. В такой ситуации, полагаем, есть все основания считать, что именно два субъекта должны рассматриваться как минимальное количество участников организованной группы. В пользу такого вывода говорит и сравнительный анализ уголовного законодательства стран СНГ и Балтии. Так, в Уголовных кодексах РФ, Грузии, Таджикистана, Узбекистана, Казахстана, Кыргызстана, Азербайджана, Латвии предусмотрено, что организованная группа может быть создана двумя или более лицами. Исключение здесь составляет только Уголовный кодекс Украины, в котором для образования организованной группы требуется не менее трех субъектов ответственности. Однако этот подход разделяется не всеми.

Следует остановиться еще на одном аспекте рассматриваемого вопроса. Имеется в виду то влияние, которое может оказать изменение количественного состава организованной группы на круг объединений, относимых к такой форме соучастия как преступная организация. Согласно действующему законодательству, преступная организация может существовать в двух видах: в виде

объединения организованных групп, и в виде объединения их организаторов или иных участников. При таких обстоятельствах, увеличение минимального количества участников организованной группы автоматически повлечет сужение круга объединений, подпадающих под признаки преступной организации. Представим себе такую ситуацию. Двое субъектов продолжительное время занимаются угонами машин, еще двое осуществляют их переправу через границу, и трое – последующую реализацию. При этом каждая из указанных групп обладает признаками устойчивости и управляемости. Согласно действующему законодательству такое объединение представляет собой преступную организацию. Однако, при увеличении минимального числа участников организованной группы такая квалификация станет невозможной. Следовательно, невозможно будет и применение ст.285 УК, в том числе и к лицу осуществляющему руководство таким объединением. Представляется, требование для констатации преступной организации наличия объединения из 6 человек, распределенных на две группы является завышенным. Для сравнения в Украине минимальный состав преступной организации 3 человека, в РФ, Казахстане – 2. Повышение нижнего предела организованной группы, на наш взгляд, ограничит возможности правоохранительных органов в борьбе с наиболее опасными проявлениями организованной преступности. Конечно же можно пойти по пути ряда стран СНГ (РФ, Узбекистан, Таджикистан, Кыргызстан и др.) и включить в УК наряду с объединением организованных групп дополнительную разновидность преступной организации – сплоченную организованную группу, количественный состав которой будет более низкий. Однако, полагаем, что делать этого не стоит. В ситуации, когда правоприменительная практика с большим трудом находит критерии для отграничения организованной группы от группы лиц по предварительному сговору, такой шаг не может принести ничего, кроме еще большей путаницы.



**ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТТЯ "МНОЖИННІСТЬ  
ЗЛОЧИНІВ" ТА СИСТЕМНОГО УТВОРЕННЯ "ПОВТОРНІСТЬ,  
СУКУПНІСТЬ ТА РЕЦИДИВ ЗЛОЧИНІВ"  
У ДОКТРИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА  
ТА ЧИННОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ**

*А. Стрижевська*

*Печерський районний суд м. Києва*

Аналіз юридичної літератури свідчить, що у доктрині кримінального права немає єдиної позиції щодо визначення характеру співвідношення між системним утворенням "повторність, сукупність та рецидив злочинів" та поняттям "множинність злочинів". Це й не дивно. Як відомо, обсяг поняття залежить від визначення його змісту. Обсяг поняття – це множинність предметів, кожному з яких притаманні ознаки, зафіксовані у досліджуваному понятті. Отже, визначення характеру співвідношення між зазначеними поняттями означає з'ясування обсягу кожного з них на підставі його складових ознак, оскільки характер співвідношення – це не що інше, як визначена конкретизація поняття, виділення можливих видових відмінностей у межах розглядуваної сукупності. Таким чином, виділення форм (видів) множинності злочинів безпосередньо залежало від визначення змісту та обсягу цього кримінально-правового поняття. При цьому, як підкреслюється в юридичній літературі, *зміст поняття* являє собою сукупність певних ознак, що характеризують кожен з предметів обсягу поняття і за допомогою яких мисляться ці предмети. А його *обсяг* слід розуміти як клас предметів, кожен з яких має ознаки, зафіксовані у цьому понятті. Науці відомий також так званий закон зворотного співвідношення між змістом та обсягом поняття (зокрема, чим менший обсяг поняття, тим багатший його зміст) і навпаки. Отже, змістом поняття "множинність злочинів" слід вважати сукупність фактичних ознак двох чи більше окремих діянь однієї і тієї ж самої особи, які визнані та/або повинні визнаватись самостійними окремими (одиничними) злочинами. Обсягом же є наявність декількох самостійних окремих (одиничних) злочинів. При цьому зв'язок змісту поняття "множинність злочинів" та системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів" на термінологічному рівні виражається у використанні в чинному КК України таких термінів та термінологічних зворотів як "кількох злочинів", "повторно", "особою, яка раніше вчинила злочин" тощо. На жаль, при цьому нерідко порушується одне з основних правил законодавчої техніки – однакові за змістом поняття мають позначатися в законодавстві однаковими термінами. Адже таке порушення створює додаткові труднощі при визначенні характеру співвідношення поняття "множинність злочинів" та системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів".

До прийняття нового КК України 2001 р. на доктринальному рівні ця проблема традиційно вирішувалась шляхом визначення такого співвідношення за ознаками форми або виду, що фактично надавало повторності, сукупності та рецидиву злочинів ознак окремих форм (видів) множинності злочинів. Отже, в основу зазначених теорій були покладені наступні положення:

а) у першому випадку (за ознаками форми) визначення повторності, сукупності та рецидиву злочинів внутрішніми структурними елементами множинності злочинів є результатом порядку об'єднання ("з'єднання") декількох самостійних (одиничних) злочинів між собою

б) у другому – під співвідношенням за ознаками виду необхідно було розуміти об'єднання повторності, сукупності та рецидиву злочинів в собі ряду предметів, якими виступають одиничні злочини;

в) характер (порядок) об'єднання декількох самостійних (одиничних) складів злочинів як складових елементів системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів" є необхідною умовою їх включення до множинності злочинів.

Крім цього, в юридичній літературі пропонувався і більш складний варіант такого співвідношення: за ознаками форми множинності злочинів – виділення повторності злочинів (включаючи рецидив) та ідеальної сукупності злочинів; за ознаками форми множинності злочинів – виділення ідеальної сукупності злочинів і повторності злочинів, яка, в свою чергу, поділяється на юридичні види множинності злочинів; за ознаками різновидів множинності злочинів – виділення повторності, сукупності та рецидиву злочинів.

Очевидно, що з'ясування реального теоретичного та практичного значення наведених спроб визначення характеру співвідношення між системним утворенням "повторність, сукупність та рецидив злочинів" та поняттям "множинність злочинів" потребує вирішення ряду більш конкретних питань, зокрема:

- за якими ознаками (підставами) розрізняються окремі прояви співвідношення поняття "множинність злочинів" та системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів" у чинному кримінальному законодавстві України та кримінально-правовій доктрині;
- чи можна за цими ознаками провести послідовне логічно витримане визначення характеру такого співвідношення;
- яким чином співвідношення може вплинути на вдосконалення кримінального законодавства і поліпшення практики його застосування.

1. В якості окремих ознак (підстав), за якими розрізняються окремі прояви співвідношення поняття "множинність злочинів" та системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів", виступають такі обставини:

а) одним чи кількома діяннями вчинено декілька злочинів, що утворюють множинність;

б) якщо злочини вчинені кількома діяннями – окремими ознаками (підставами) слід визнавати час, обстановку та ситуацію (як поєднання місця, часу та обстановки у різних комбінаціях) вчинення злочину;

в) чи мали злочини, що вчинялися, один і той самий юридичний склад (тотожні), лише один і той самий родовий (видовий) об'єкт та одну і ту саму форму вини у їх складі (однорідні), чи їх склади взагалі були різними (неоднорідні, різнорідні);

г) чи мала особа судимість за попередні злочини на час вчинення ним іншого (у відповідній обстановці та/або ситуації); якщо мала, то яке покарання їй було призначено; чи відбувала вона призначене покарання; якщо відбувала, то чи відбувала його повністю на час вчинення ним іншого (у відповідній обстановці та/або ситуації).

Зокрема, виділяючи зазначені ознаки (підстави) важливо підкреслити таку їх суттєву особливість: оскільки вони мають різний характер і зміст, окремі прояви співвідношення зазначених понять можуть включати одночасно кілька таких ознак. Так, у ч.2 ст.410 КК, що передбачає відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової спеціальної техніки чи іншого військового майна або заволодіння ними шляхом шахрайства, передбачені "ті самі дії, вчинені повторно". Це означає, що поняттям "повторно" охоплюються як випадки вчинення тотожних, так і однорідних злочинів. При цьому слід мати на увазі наступне. *По-перше*, не має значення в якій послідовності були вчинені тотожні (наприклад, і перший і наступні рази вчинена крадіжка військового майна) та/або однорідні (наприклад, перше – привласнення, а наступне(і) – вимагання чи грабїж). *По-друге*, не погашена чи не знята у встановленому порядку судимість може бути підставою для визнання діяння повторним лише у випадку, коли особа повторно вчинила злочин як організатор, пособник чи підбурювач. Це пояснюється тим, що: а) санкції всіх частин ст.410 КК передбачають покарання тільки у вигляді позбавлення волі; б) згідно з ч.5 ст.15 Закону України "Про загальний військовий обов'язок і військову службу" в редакції від 18 червня 1999 р. громадяни, які були засуджені до позбавлення волі, не підлягають призову на строкову військову службу в *мирний час*; в) військовослужбовці, засуджені за скоєні злочини до позбавлення волі, звільняються (наприклад, згідно з п.80 Інструкції про порядок застосування в Збройних Силах України Тимчасового положення про проходження військової служби особами офіцерського складу) з військової служби. А тому особа, яка має судимість за даний злочин, взагалі не може бути військовослужбовцем, а значить і його виконавцем, оскільки суб'єктом цього злочину може бути тільки військовослужбовець, а якщо він вчинюється шляхом привласнення – матеріально-відповідальна особа, якщо із зловживанням службовим становищем – військова службова особа. *По-третє*, в окремих випадках (у ч.3 ст.410 КК) повторність зазначених діянь може мати місце лише за наявності їх вчинення "в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці". Тому за наявності певного проміжку *часу* між такими діяннями, обов'язковими ознаками (підставами) виділення повторності у складі злочину, передбаченого ч.3 ст.410 КК, також можна визнати бойову *обстановку*, під якою слід розуміти знаходження військової частини (підрозділу) в умовах безпосередньої підготовки й ведення бою (операції), а також умови воєнного стану, які будучи *ситуацією* вчинення даного злочину, визначаються як фактичне перебування України у стані війни з іншою державою. Саме тому при повторному вчиненні будь-

якого діяння, передбаченого ч.1 ст.410 КК, в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці, обов'язковими ознаками повторності є час, обстановка та ситуація вчинення даного діяння (діянь). Отже, для наявності повторності таких тотожних злочинів, хоча б один з яких передбачений ч.3 ст.410 КК, має значення взаємодоповнення одною з таких її ознак як час, умови воєнного стану та бойова обстановка.

З іншого боку, серед наведених ознак є такі, які виключають одна одну. Очевидно, що в окремі прояви множинності злочинів такі ознаки одночасно включатися не можуть. Так, не може бути повторності злочинів, якщо вони вчинені одним діянням. Для узагальнення наведемо такий приклад. Наприкінці 1998 р. були викриті зловмисники, які вкрали більш ніж 80 млн. грн. з рахунку Вінницького обласного управління НБУ. У серпні 1998 р. технік сектору обробки завдань "операційний день банку" регіональної розрахункової палати Вінницького облуправління НБУ К. разом із своїм співником Р., директором одного з приватних підприємств Вінниці розробили план, за яким К., який мав доступ до комп'ютерної мережі банку, взяв на себе перерахування 80 млн. грн. з рахунків НБУ на рахунки інших фінансових установ. Р. повинен був знайти осіб, які забезпечили б подальший рух грошей, часткове переведення їх у готівку, конвертацію і переведення на рахунки закордонних підприємств. За допомогою підроблених платіжних документів К. планував спочатку перевести гроші з рахунку "емісійні банкноти" на один з внутрішніх рахунків Вінницького облуправління НБУ, а вже після цього за допомогою міжбанківської операції перечислити ці гроші на рахунки знайдених Р. підприємств в інших банках. Безпосередньо перед вчиненням злочину шахрай таємно скопіював інформацію з ключем електронного цифрового підпису, який належав начальнику підрозділу внутрішньобанківських операцій Вінницького відділення НБУ.

Вибравши момент, К. з комп'ютера головного технолога увійшов у банківську комп'ютерну мережу. Протягом трьох годин він провів велику кількість банківських операцій. За допомогою цифрового електронного підпису, який давав доступ до рахунку, шахрай перевів гроші на рахунок облади, а після цього на рахунки підприємств в інших банках. Ним були сформовані дев'ять пачок, які склалися з 18 окремих фіктивних електронних платіжних документів на загальну суму 80,435 млн. грн. Першим документом у кожній пачці він виконував внутрішньобанківську операцію, а другим – міжбанківську. У платіжних відомостях, які були складені для уявної законності перерахування коштів, було вказано, що гроші надходять за рахунок постачання паливно-мастильних матеріалів.

Аналізуючи цей приклад, можна сформулювати наступні висновки: 1) у даному випадку підробка платіжних документів проявлялась не тільки у формі їх підроблення, у тому числі фальсифікації відповідних справжніх документів, внаслідок якої з їх застосуванням здійснюється незаконне переведення грошових коштів (готівкових чи безготівкових). Доступ до інформації щодо певного банківського рахунку отримує не уповноважена на це особа; 2) підробка була здійснена за допомогою спеціального технічного обладнання, комп'ютерних програмних засобів або у будь-який інший спосіб (дописка, підчистка, виправлення у паперових документах). Оскільки дані незаконні дії з документами на переказ здійснюються одним діянням – шляхом незаконного втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж, яке не може утворювати повторності, передбаченої ч.2 ст.200 КК, вчинене правильно було кваліфіковане органами досудового слідства за сукупністю ст.ст.200 та 361 КК.

2. Наведені вище особливості безпосередньо впливають на вирішення питання про можливість визначення характеру співвідношення поняття "множинність злочинів" та системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів" у чинному кримінальному законодавстві України. Зокрема, різні варіанти (комбінації) поєднання окремих з зазначених вище ознак (підстав) утворюють специфічний кримінально-правовий зміст кожної з виділених законодавцем у Розділі VII Загальної частини КК проявів множинності злочинів. При цьому, як слушно зазначає С.Д. Шапченко, оскільки зміст різних форм (проявів) множинності злочинів законодавець інколи формулює з урахуванням кількох різних ознак, деякі з цих форм (проявів) не виключають одна одну. Так, вчинені особою злочини одночасно можуть утворювати сукупність і повторність, повторність і рецидив. Такий стан речей обумовлюється тим, що, по-перше, повторність, сукупність та рецидив злочинів співпадають за кількома виділеними ознаками (підставами) одночасно, а, по-друге, в більшості випадків реальна сукупність, повторність і рецидив злочинів виражаються в Особливій частині КК одним і тим же формулюванням.

Проте, такий висновок не можна поширити на наведені вище спроби класифікувати різні прояви (форми, види) множинності злочинів з теоретичної точки зору. У такому разі потрібно

враховувати зазначений стан речей при співвідношенні поняття "множинність злочинів" та системного утворення "повторність, сукупність та рецидив злочинів" у Розділі VII Загальної частини КК, оскільки закон пов'язує з конкретними проявами множинності злочинів певні кримінально-правові наслідки. В одному випадку такі наслідки поширюються на окремий прояв множинності злочинів, у іншому – кілька у принципі різних проявів множинності тягнуть однакові наслідки. Але при будь-якій спробі класифікувати множинність злочинів на окремі прояви, виявляється, що їх автори залишають поза увагою зазначений "стан речей". Це, у свою чергу, призводить до того, що традиційний поділ (на доктринальному рівні) на такі види як сукупність, повторність та рецидив, є вельми спірним, хоча б тому, що реальна сукупність та повторність не виключають одна одну, у зв'язку з чим окремі вчені визначили даний прояв (поєднання сукупності та повторності злочинів) як "повторність-сукупність". Отже, називати сукупність і повторність окремими видами множинності злочинів, очевидно, неправильно.

З цієї ж причини не можуть бути визнані коректними і спроби поділити прояви множинності злочинів спочатку на форми – ідеальну сукупність і фактичну повторність, а потім останню – на повторність у вузькому розумінні та рецидив. При такій класифікації один із видів сукупності злочинів – ідеальна сукупність – стає окремою формою множинності злочинів, а інший вид сукупності злочинів – реальна сукупність – взагалі "випадає" з класифікації.

Таким чином, при характеристиці різних проявів множинності мова має йти не про їх класифікацію, а лише про певну систематизацію.

3. Систематизація різних проявів множинності злочинів, зокрема, передбачає: 1) узагальнення окремих проявів множинності злочинів за найбільш суттєвими в кримінально-правовому плані ознаками; 2) виділення найбільш типових форм (а не видів) множинності злочинів; 3) юридичну характеристику кожної з виділених форм множинності злочинів; це, зокрема, передбачає: розкриття основних юридичних ознак відповідної форми множинності злочинів; розгляд основних способів їх відображення в законодавстві; визначення впливу на кваліфікацію злочинів; виділення основних різновидів; з'ясування кримінально-правового значення.

Із урахуванням зазначеного підходу до систематизації окремих проявів множинності злочинів, висловленого С.Д. Шапченком, найбільш типові її форми мають бути виділені, перш за все, за такими ознаками: а) які юридичні склади вбачаються у злочинах, що утворюють множинність, – тотожні чи різні; б) коли (одночасно чи в різний час), при якій обстановці, у якій ситуації вчинялися злочини, що утворюють множинність; в) чи була особа судимою за попередній злочин на час вчинення наступного. В залежності від варіанту (комбінації) поєднання цих ознак між собою типовими формами множинності злочинів є їх сукупність, повторність і рецидив.

## ДО ПИТАННЯ ПРО ОЗНАКИ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ ЗЛОЧИННИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

*К. Марисюк*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Питанням організованої злочинності присвячено надзвичайно велику кількість публікацій, від наукових до загальнопубліцистичних. І серед питань, які при цьому досліджуються, далеко не останнє місце займає транснаціональна організована злочинність. Однак до цього часу так і не вироблено єдиного розуміння цього явища, не окреслено його ознак та характерних рис. Розуміючи всю складність поставленого завдання, спробуємо ж хоч частково розглянути ознаки транснаціональної злочинної організації, відмежувати її від суміжних злочинних угруповань.

Так, наприклад, знаний американський кримінолог Л. Шеллі виділяє три характерні риси організованих злочинних утворень: 1) базуються в одній державі; 2) можуть вчиняти злочини і в одній державі, але зазвичай це відбувається в декількох державах; 3) керівництво злочинною організацією в таких організаціях має найнижчий ступінь ризику розкриття, оскільки воно значною мірою відділене від виконавців злочинів.

Подібні ознаки містяться і в концепції інших американських дослідників Р. Годсона та В. Олсона. Вони вказують на такі відмінні характеристики транснаціональних злочинних організацій, як глобальний масштаб їх операцій і перехід злочинної діяльності через кордони держав.

Займаються досліджуваними питаннями й російські вчені. Так, авторський колектив на чолі з проф. В. Номоконовим виділяє наступні особливості (ознаки) транснаціональної організованої злочинної організації: 1) високий прибуток і прагнення до постійного збільшення прибутків; 2) широкомасштабність злочинної діяльності; 3) специфічна внутрішня структура і організація; 4) контроль над величезними фінансовими ресурсами; 5) масштабне проникнення її представників у органи влади і управління держави; 6) насилля і корупція як спосіб досягнення основної мети і спосіб захисту власних інтересів; 7) глобальність масштабу операцій; 8) швидка адаптація в умовах навіть найбільш жорстких дій, вчинюваних правоохоронними органами окремих держав і можливість легко зникнути з-під соціального контролю в межах національних кордонів.

Однак чи не найбільш повний набір ознак транснаціональних злочинних організацій наводить Канадська кримінально-розвідувальна дирекція. Серед згаданих ознак містяться наступні:

- корупція, що включає використання незаконного впливу, експлуатацію слабких місць і шантаж громадських та політичних діячів;
- дисципліна, що включає примус до підкорення волі організації з допомогою страху і насильства;
- проникнення, що включає застосування зусиль щодо проникнення в законні інститути для збільшення можливостей отримання прибутку в подальшому чи підвищення рівня захисту від можливого розкриття членів організації;
- ізоляція, що включає захист лідерів організації шляхом відокремлення їх від рядових членів, ланки від ланки, функції від функції;
- монополія, що включає контроль над певною сферою кримінальної активності в межах географічної території з нетерпимістю до конкуренції;
- мотивація. Єдиною мотивацією є влада і вплив на суспільні інститути, що є наслідком накопичення багатств та має за мету отримання політичних чи соціальних вигод;
- нівелювання суспільних інститутів, правових і моральних цінностей;
- насильство, яке застосовується без сумнівів для досягнення злочинної мети організації;
- злочинна збоченість у використанні передових комунікаційних та фінансових систем;
- безперервність. Транснаціональні злочинні організації стараються зберегти тих, хто їх створив і ними управляє;
- різноманітність злочинної діяльності з метою усунення залежності організації від одного виду злочинних посягань;

- тісний зв'язок між членами організації, членів організації з організацією для спільної діяльності і захисту від зовнішніх посягань. Часто зв'язок закріплюється через комплекс обрядів посвячення;
- мобільність, що включає ігнорування національних і юрисдикційних кордонів.

З наведених вище положень помітно, що одностайності підходів серед науковців щодо транснаціональних злочинних організацій немає. Швидше можна говорити про надзвичайно широку диференціацію їх позицій. Оскільки така ситуація не дозволяла на належному рівні боротися з таким складним та суспільно-небезпечним явищем, як транснаціональна організована злочинність, науковці та практики прийшли до висновку про необхідність міжнародно-правового врегулювання поняття та ознак транснаціональної організованої злочинності та транснаціональних злочинних угруповань.

Деякі пропозиції визначення транснаціональної організованої злочинності розглядалось на міжнародному симпозіумі з питань організованої злочинності в Сант-Клауді у 1988 р. В результаті за основу для майбутніх дискусій було прийнято робочу формулу визначення транснаціональної організованої злочинності, під якою відтепер потрібно розуміти "будь-яку участь чи організацію групи людей, які безперервно практикують злочинну діяльність, чия головна мета – отримувати прибуток будь-де безвідносно до національних кордонів".

З наведеного визначення можна виділити щонайменше чотири ознаки транснаціональної злочинної організації: 1) наявність організації та участь у ній; 2) безперервність злочинної діяльності; 3) прибуток як основна мета злочинної діяльності; 4) способи досягнення мети, які базуються на ігноруванні національних кордонів.

Найближчою до нас за датою та чи не найбільш значимою за змістом можна вважати Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. Хоч у ній і не йдеться прямо про ознаки транснаціональної організованої злочинності чи транснаціональної злочинної організації, однак з її положень можна виокремити деякі з них. Так, наприклад, ст.3 закріплює ознаку вчинення злочинних посягань більш ніж в одній державі. У ст.6 мова йде про основну мету діяльності транснаціональної злочинної організації, а саме про відмивання прибутків від вчинюваних злочинних посягань. Ст.8 закріплює зв'язок транснаціональних злочинних організацій з корупційним елементом і т.д.

Звісно, що врегулювання зазначених положень на такому рівні явно не достатньо. Потрібно було б на внутрішньому законодавчому рівні держав-членів ООН закріпити положення, які стосувалися б транснаціональної організованої злочинності. Бажано б включити у міжнародне та внутрішнє законодавство й норми, які б чітко закріпили ознаки транснаціональної організованої злочинності та транснаціональних злочинних організацій, що дало б можливість чітко виокремити їх з-поміж інших видів злочинних проявів і суміжних злочинних утворень, а також дало б можливість значно покращити боротьбу з ними.

## ПОНЯТТЯ, ВИДИ, ПІДСТАВИ, ФОРМИ І СТАДІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

*В. Грищук*

*Львівський інститут внутрішніх справ при НАВС України*

Тема кримінальної відповідальності належить до числа тих тем, що постійно знаходяться в полі зору вчених-криміналістів. Вироблені доктриною кримінального права нові підходи до цієї наукової проблеми, а також рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року №9-рп/99 у справі про офіційне тлумачення частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) дозволяє по-новому глянути на цілий ряд питань, що стосуються кримінальної відповідальності.

Насамперед, йдеться про поняття кримінальної відповідальності. Незважаючи на початкову обережність вчених і різноплановість у підходах до визначення понять, сьогодні вже не можна заперечувати наявність в арсеналі науки кримінального права двох понять кримінальної відповідальності: а) негативної (ретроспективної) і б) позитивної чи перспективної. Ці поняття варто вважати усталеними, однак щодо їхньої змістовної частини немає єдиної думки вчених. Крім цього, при наявності двох видів понять кримінальної відповідальності правомірно ставиться питання про загальне, родове поняття кримінальної відповідальності.

Якщо говорити про **загальне поняття кримінальної відповідальності**, то, як видається, його можна визначити так: кримінальна відповідальність – це вид юридичної відповідальності, що являє собою процес реалізації приписів норм кримінального закону, що проявляється: а) в усвідомленому дотриманні суб'єктом кримінально-правової заборони чи виконанні свого кримінально-правового обов'язку або здійсненні ним свого суб'єктивного права; чи б) у вимушеному перетерпінні суб'єктом примусових заходів як наслідку його кримінально-протиправної поведінки. У цьому понятті відбито два аспекти кримінальної відповідальності – позитивний (перспективний) і негативний (ретроспективний).

*Позитивна (перспективна)* кримінальна відповідальність – це вид кримінальної відповідальності, що реалізується в рамках регулятивних кримінальних суспільних відносин і являє собою форму реалізації приписів кримінального закону, що проявляється в усвідомленому дотриманні суб'єктом кримінально-правової заборони чи виконанні ним свого кримінально-правового обов'язку або здійсненні ним свого суб'єктивного права, передбаченого чинним кримінальним законом. Позитивна (перспективна) кримінальна відповідальність реалізується як в активній, так і в пасивній поведінці суб'єкта.

Окремого розгляду заслуговує питання про підстави позитивної (перспективної) кримінальної відповідальності. Як видається, підстави кримінальної відповідальності – це обставини, фактори об'єктивної соціальної дійсності, що обумовлюють реалізацію норм чинного кримінального закону. Можна умовно виділити дві підстави позитивної (перспективної) кримінальної відповідальності: а) об'єктивна (легальна, формальна) і б) суб'єктивна (фактична, матеріальна). Об'єктивною підставою позитивної (перспективної) кримінальної відповідальності є норма чинного кримінального закону, що встановлює заборону, обов'язок або право суб'єкта. Суб'єктивною підставою позитивної (перспективної) кримінальної відповідальності є усвідомлене діяння суб'єкта, спрямоване на реалізацію заборони, обов'язку або свого суб'єктивного права, встановлених нормою чинного кримінального закону. Формами (способами) реалізації цього виду кримінальної відповідальності є: 1) дотримання суб'єктом кримінально-правової заборони; 2) виконання суб'єктом покладеного на нього кримінальним законом обов'язку; 3) використання суб'єктом свого суб'єктивного права, передбаченого кримінально-правовою нормою.

Позитивна (перспективна) кримінальна відповідальність реалізується через три стадії: а) виникнення; б) здійснення; в) припинення. Виникнення позитивної (перспективної) кримінальної відповідальності зв'язано з наявністю двох факторів: 1) вступ у дію норми кримінального закону, яка встановлює певну заборону чи покладає на суб'єкта певний обов'язок або надає йому певне суб'єктивне право; 2) початок дотримання суб'єктом встановленої кримінальним законом заборони чи виконання суб'єктом покладеного на нього кримінально-правового обов'язку або використання ним

свого суб'єктивного права, визначеного кримінальним законом. Стадію здійснення позитивної (перспективної) кримінальної відповідальності складає весь період дотримання суб'єктом кримінально-правової заборони чи виконання суб'єктом покладеного на нього кримінальним законом обов'язку або використання ним свого суб'єктивного права. Припинення позитивної (перспективної) кримінальної відповідальності зв'язане з наявністю хоча б одного з таких факторів: а) припинення чинності кримінального закону, який встановлює певну заборону чи покладає на суб'єкта певний обов'язок або надає йому певне право; б) невиконання суб'єктом кримінально-правової заборони чи покладеного на нього обов'язку; в) невикористання суб'єктом свого суб'єктивного права, наданого кримінальним законом; г) смерть суб'єкта.

Негативна (ретроспективна) кримінальна відповідальність – це вид кримінальної відповідальності, що являє собою форму реалізації кримінального закону в рамках охоронних кримінальних правовідносин, вимушене перетерпіння суб'єктом, в інтересах захисту правопорядку, осуду його кримінально-протиправної поведінки, позбавлень чи обмежень його благ матеріального або нематеріального характеру, визначених вироком суду, а також певних обмежень, передбачених чинним законодавством, зв'язаних з наявністю судимості.

У кримінально-правовій юридичній літературі немає єдиної думки про підстави негативної (ретроспективної) кримінальної відповідальності. Деякі автори пишуть не про підстави, а про підставу цієї відповідальності. На цій позиції стоїть й український законодавець. У ч.1 ст.2 КК України проголошено: "Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений цим Кодексом". Більш глибоке вивчення зазначеної норми КК України дозволяє виділити дві підстави негативної (ретроспективної) кримінальної відповідальності: 1) об'єктивна (легальна, формальна) підстава – наявність чинної норми кримінального закону, яка визначає конкретний склад злочину і покарання за його вчинення; 2) суб'єктивна (фактична, матеріальна) підстава – вчинення суб'єктом суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений нормою чинного кримінального закону.

Негативна (ретроспективна) кримінальна відповідальність характеризується обов'язковими і факультативними елементами. До числа її обов'язкових елементів слід віднести: а) осуд, б) перетерпіння призначення покарання. До числа факультативних – а) перетерпіння загрози покарання, б) перетерпіння позбавлень і обмежень, конкретизованих вироком суду, в) відбування покарання, г) перетерпіння позбавлень і обмежень, пов'язаних із наявністю судимості.

Такий підхід до визначення елементів кримінальної відповідальності узгоджується з позицією, яку зайняв Конституційний Суд України в згаданому вище рішенні.

Виходячи з вищенаведеного та чинного кримінального та кримінально-процесуального законодавства України можна виділити наступні форми (способи) реалізації кримінальної відповідальності:

- осуд з призначенням покарання та безумовне звільнення від його відбування (поєднуються елементи: осуд, перетерпіння призначення покарання) (ч.4 ст.74, ст.80, ч.2,3 ст.84, ст.86, 105, 106 КК України);
- осуд з призначенням покарання, від відбування якого особа звільняється з випробуванням (поєднуються наступні елементи: осуд, перетерпіння призначення покарання, перетерпіння загрози покарання, а в окремих випадках також, позбавлень і обмежень, конкретизованих вироком суду (ст.76 КК України), перетерпіння позбавлень і обмежень, пов'язаних з наявністю судимості) (ст.75, 79, 104 КК України);
- найбільш типова форма кримінальної відповідальності – осуд з призначенням покарання і реальним його відбуванням (поєднуються елементи: осуд, перетерпіння призначення покарання, відбування покарання, перетерпіння позбавлень і обмежень, пов'язаних з наявністю судимості).

Негативна (ретроспективна) кримінальна відповідальність має три стадії реалізації: 1) виникнення; 2) вимушене перетерпіння особою визначених вироком суду позбавлень чи обмежень його матеріальних або нематеріальних благ, а також визначених законом обмежень у період строку судимості; 3) припинення.

З приводу виникнення негативної (ретроспективної) кримінальної відповідальності існує безліч думок вчених-криміналістів. Загалом, ця проблема розглядається в двох площинах: кримінально-матеріальної і кримінально-процесуальної. Необхідно зазначити, що свою думку з цього приводу висловив і Конституційний суд України в названому вище своєму рішенні. У ньому, зокрема,



розрізняється два поняття: "кримінальна відповідальність" і "притягнення до кримінальної відповідальності". Притягнення до кримінальної відповідальності як стадія кримінального переслідування розпочинається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину (п.1.2. рішення). Кримінальна відповідальність, згідно п.1.1. цього рішення, настає з моменту вступу в законну силу обвинувального вироку суду. Як бачимо, Конституційний Суд України став на позицію ототожнення кримінальної відповідальності і покарання.

Друга стадія реалізації негативної (ретроспективної) кримінальної відповідальності зводиться до виконання кримінального покарання, а також до перетерпіння засудженим визначених законом обмежень у період строку судимості.

Припинення негативної (ретроспективної) кримінальної відповідальності зв'язано з моментом погашення чи зняття судимості, умови яких визначені ст.ст.88-91 КК України. При цьому слід зауважити, що, згідно ч.2 ст.88 КК України, особи, засуджені вироком суду без призначення покарання чи звільнені від покарання або такі, котрі відбули покарання за діяння, злочинність і караність яких усунута кримінальним законом, визнаються такими, що не мають судимості.

Такими, що не мають судимості визнаються також особи, що реабілітовані (ч.4 ст.88 КК України). Крім того, негативна (ретроспективна) кримінальна відповідальність припиняється в зв'язку зі смертю засудженого.

Обмеженість рамок даного наукового дослідження дозволила лише окреслити найважливіші аспекти досліджуваної проблеми, виразити узагальнену системну уяву про постановку конкретних питань щодо цієї важливої наукової проблеми.

**ПЕРЕВИЩЕННЯ МЕЖ ДІЯННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО З РИЗИКОМ  
ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ****О. Ющик***Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Згідно ч.2 ст.42 Кримінального кодексу України діяння, пов'язане з ризиком визнається виправданим, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обгрунтовано розраховувала, що здійснені нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам.

Ризик повинен бути направлений на досягнення суспільно корисної мети, а саме повинен бути співрозмірним із значенням тієї мети, заради якої він вживається. Суспільно корисний характер мети визначається або як важливий соціальний результат, або як збереження і збільшення будь-яких загальнолюдських цінностей для всього суспільства в цілому, або як досягнення успішного результату з найменшими затратами часу і засобів. Крім того необхідно враховувати важливість того об'єкту, якому спричиняється шкода при досягненні суспільно корисної мети.

Слід зазначити, що суспільна корисність мети, заради досягнення якої допускається ризик, означає успішний результат з найменшими затратами часу і засобів в будь-якій сфері людської діяльності, незалежно від напрямку характеру його суспільної корисності і соціального значення для особи, суспільства чи держави, з урахуванням правоохоронюваного інтересу (суспільних відносин), який ставиться під загрозу небезпеки спричинення шкоди при здійсненні суспільно корисної мети.

З вище викладеного випливає, що поставлена суспільно корисна мета не може бути досягнута у даній обстановці без вчинення ризикованого діяння (ч.2 ст.42 КК України). У разі можливості досягнення мети за допомогою не ризикованої поведінки ризик не може вважатися виправданим. Дана умова правомірності вказує на вимушений характер ризикованого діяння (дії чи бездіяльності).

Виправданий ризик є правомірним, коли відповідний професійний результат не можна було досягти не інакше як поставити в небезпеку певні інтереси, які охороняються законом. Якщо умови містять декілька варіантів ризику і особа не позбавлена можливості проводити вибір, вона зобов'язана вибрати той ризик, який є найменшим. Тому особа, яка діє в ситуації ризику, в будь-якому випадку, обов'язково повинна вжити всіх можливих заходів для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам.

Шкода при ризику настає в результаті недостатнього наукового та практичного пізнання, певних закономірностей об'єктивного світу на цьому етапі розвитку суспільства. Тому, суб'єкт ризику з урахуванням усіх можливостей повинен вибрати ті заходи, які можуть якщо не відвернути, то хоча б, максимальньо знизити розмір можливих шкідливих наслідків. Мова йде, саме, про суб'єктивні розрахунки і заходи діючої в ситуації ризику особи, здатних, з її точки зору, попередити настання можливих шкідливих наслідків.

Діяння, пов'язане з ризиком буде визнаватися неправомірним, у випадку, якщо буде створено загрозу для життя інших людей, екологічної катастрофи та інших надзвичайних подій. Закон допускає ситуації, коли особа своїми діями може явно створювати загрозу і для свого життя, але не допускає, щоб така погроза була створена для життя інших людей, а також загроза екологічної катастрофи або інших надзвичайних подій. Як правило, ризик, пов'язаний із загрозою спричинення шкоди життю чи здоров'ю, виникає в різноманітних видах професійної діяльності, де повне ігнорування і заборона ризику, стане своєрідним "гальмом" в його прогресивному розвитку. Важко уявити собі подальший прогресивний розвиток експериментальної медицини, освоєння космосу і мирного атому без ризику, який пов'язаний з певною небезпекою для життя і здоров'я людини. Однак у вказаних сферах діяльності людини, як і в інших, до допустимого ризику, пов'язаному із загрозою спричинення шкоди для життя і здоров'я людини, для визнання його виправданим, окрім передбачених в ст.42 КК України умов правомірності, пред'являються додаткові вимоги. Конкретно, в ситуації допустимості того чи іншого виду (різновиду) ризику і при здійсненні якого існує небезпека нанесення шкоди життю чи здоров'ю людини вона повинна бути поінформована, щоб отримати від неї добровільну згоду. В

зв'язку з цим слід зазначити, що в ситуації допустимого ризику в якості самостійної умови його правомірності необхідно враховувати згоду особи на поставлення в небезпеку його життя і здоров'я.

Як зазначається в юридичній літературі, ризик – це можливість небажаної випадковості, більша чи менша ймовірність її настання. У відповідності із класичною філософською концепцією діалектики ймовірність в різноманітних своїх ступенях розташовується між неможливістю шкоди та її неминучістю, вона є мірою перетворення можливості в дійсність в ситуації невизначеності. Тому, при ризику завжди залишається небезпека спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам, тому передбачити всі необхідні міри, які б виключали настання такої шкоди, практично неможливо.

Разом з тим, якщо особа припустилася помилки, і не дивлячись на вжиті нею заходи і всупереч її розрахункам, настала шкода виявилася більшою, ніж могла бути при прийнятті інших заходів, її дії виходять за межі діяння, пов'язаного з ризиком, і тому, в таких випадках має місце перевищення меж виправданого ризику, яке тягне настання кримінальної відповідальності за правилами фактичної помилки.

Кримінальний кодекс не містить визначення перевищення меж виправданого ризику, що дозволяє деяким криміналістам робити висновок про те, що нанесена шкода може бути більшою, ніж очікуваний соціально корисний результат. Однак, слід зазначити, що підстав для подібного обмеження не існує, і нанесена шкода не може бути більшою запланованого позитивного результату, оскільки шкода усвідомлюється лише як ймовірна, але не бажана, і особа вживає можливі в конкретній ситуації ризику заходи безпеки по її відверненню. При іншому підході, як вказує Т. Орешкіна, – слід прогнозувати поширення ситуацій, коли людина замість соціально активної поведінки буде вибирати бездіяльність, яка буде гарантувати їй безпеку від кримінального переслідування, але не буде вносити свій внесок у розвиток соціальних процесів.

В даному випадку слід також враховувати, що суспільно корисна мета повинна узгоджуватись із значенням цієї мети, для якої даний ризик застосовується. При цьому необхідно виходити із принципу, що мета, якою б вона не була, не може виправдати будь-які засоби її досягнення. Саме тому шкода, яка наноситься охоронюваним кримінальним законом інтересам, шляхом діяння (дії або бездіяльності) в ситуації виправданого ризику повинна бути у порівнянні із діянням суспільно корисною метою.

Іншими словами, чим більше суспільне значення мети, – як зазначає М.С. Гринберг, – тим більшим благом суб'єкт має право ризикувати. Із цього, звичайно, не випливає, що поставлена мета виправдовує засоби. Чим більше значення ризику, чим більші блага ставляться ним під загрозу, тим ретельнішим повинен бути облік його можливих наслідків. Наприклад, здійснення більшості медичних експериментів пов'язано із ризиком нанесення шкоди здоров'ю, а деколи і життю пацієнта. При господарському ризику досягнення важливого результату, як правило, пов'язано із нанесенням тільки матеріальної шкоди, і в даній ситуації нанесення шкоди життю чи здоров'ю людини буде навряд чи виправданим. І хоча поставлена суспільно корисна мета досягається не завжди, це не свідчить про протиправність діяння (бездіяльність) особи, так як визначальним в цій ситуації буде прагнення до досягнення запланованого результату.

Порушення однієї із умов правомірності діяння, пов'язаного з ризиком виключає його виправданість. Якщо ж суб'єктом перевищено межі виправданого ризику, то це не виключає його кримінальної відповідальності за нанесення шкоди і за звернення до ризикованих дій, однак його мотив та мета, які були спрямовані на досягнення суспільно корисної мети, повинні враховуватись судом при призначенні покарання в якості пом'якшуючої обставини.

**ВЛИЯНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, СМЯГЧАЮЩИХ  
И ОТЯГЧАЮЩИХ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ, НА МЕРУ НАКАЗАНИЯ***А. Шидловский**Белорусский государственный университет*

Уголовный кодекс Республики Беларусь требует учета смягчающих и отягчающих ответственность обстоятельств при назначении наказания. Их перечни даны, соответственно, в ст.ст.63 и 64 УК Республики Беларусь. Многие из них можно отнести к характеристике деяния и личности виновного. Наличие хотя бы одного смягчающего или отягчающего обстоятельства служит основанием для назначения в установленных законом пределах соответственно более мягкого или более строгого наказания.

Проблема оценки смягчающих и отягчающих обстоятельств при выборе меры наказания чрезвычайно сложна. Причина тому – пробел в уголовном законе, который не содержит критериев оценки данных обстоятельств при индивидуализации наказания. В п.15 постановления №9 Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28 сентября 2001 г. "О приговоре суда" по этому вопросу даны только рекомендации процессуального характера: обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность, приводятся в приговоре отдельно, в соответствии с формулировками, указанными в законе.

Анализ судебной практики назначения наказания в Республике Беларусь за первые три года действия УК показывает, что в подавляющем большинстве выносимых приговоров при мотивировке судом вида и размера наказания учет смягчающих и отягчающих обстоятельств носит формальный характер. Оценка указанных обстоятельств с позиции их влияния на смягчение или усиление наказания не дается, что, безусловно, нарушает требования принципа индивидуализации наказания, содержание которого предполагает именно учет его составляющих, а не просто их фиксирование. В основном суды в приговорах выполняют требования ч.1 ст.360 УПК Республики Беларусь, называя установленные по делу обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность.

Перечень смягчающих ответственность обстоятельств является примерным, то есть суд согласно ч.2 ст.63 УК может признать смягчающими ответственность и иные обстоятельства, не указанные в ч.1 ст.63 УК. Обобщение нами текущей судебной практики назначения наказания районными судами в Республике Беларусь за 2001-2003 г.г. показывает, что при избрании меры наказания из всех смягчающих ответственность обстоятельств учитывается 66,5% не указанных в законе смягчающих обстоятельств, причем свыше 70% из них характеризуют личность виновного.

При изучении уголовных дел о хищениях имущества (ст.ст.205-212 УК), рассмотренных районными судами Республики Беларусь в 2001 г., часто встречалось, что к числу смягчающих ответственность обстоятельств судьи относят такие, как "ранее ни в чем предосудительном замечен не был", "ранее ни к уголовной ответственности, ни к административной ответственности не привлекался", "первая судимость", "ранее не судим", "тяжелых последствий от его действий не наступило", "потерпевший не требует строгого осуждения обвиняемого". Подобную практику нельзя признать верной. Такие обстоятельства являются нейтральными и никаким образом не свидетельствуют о "заслугах" виновного. Не связаны они и с совершенным преступлением. Число осужденных, имевших неснятую и непогашенную судимость, за последние 5 лет в Республике Беларусь составляло в среднем около 26 %. Следовательно, большинство виновных в совершении преступлений лиц осуждается впервые. Полагаем, что данные факторы суды должны принимать во внимание при оценке личности виновного.

Отягчающие ответственность обстоятельства перечислены в ч.1 ст.64 УК, где перечень является исчерпывающим, и суд не может признать отягчающими обстоятельства, не указанные в этой статье (ч.2 ст.64 УК). Обстоятельства, не отнесенные к отягчающим, но отрицательно характеризующие виновного, учитываются судом при назначении наказания в качестве данных о личности виновного. Исследование различных по категориям уголовных дел, рассмотренных районными судами Республики Беларусь в 2001-2003 г.г., выявляет, что в среднем доля учтенных судом при назначении наказания отягчающих и смягчающих обстоятельств в пересчете на одного осужденного составляет, соответственно, 12,5% и 87,5%.

Законодатель предусмотрел правило, которое запрещает учитывать дважды одно и то же обстоятельство. Согласно ч.3 ст.63 УК смягчающее обстоятельство, предусмотренное статьей Особенной части настоящего Кодекса в качестве признака преступления, не может учитываться при определении меры ответственности виновного. Аналогичное правило зафиксировано в ч.3 ст.64 УК. В уголовно-правовой литературе подобное положение справедливо обосновывали Г. Анашкин, А.С. Горелик, С.Г. Исаева, И.И. Карпец, Л.Л. Кругликов, Н.Ф. Кузнецова, Б.А. Куринов, М.Д. Лысов, В.В. Мальцев, А.В. Наумов, Л.А. Прохоров и др.

Правовая основа указанных обстоятельств различна. Квалифицирующие признаки предусмотрены в конкретных статьях Особенной части УК и уже учтены законодателем в соответствующей санкции. Отягчающие обстоятельства названы в ст.64 УК и учитываются судом в пределах санкции при назначении наказания вне зависимости от вида совершенного преступления.

В отечественной уголовно-правовой литературе нередко предлагается формализовать оценку значимости (правовое значение) критериев назначения наказания, в том числе смягчающие и отягчающие обстоятельства, для того чтобы решить вопрос о мере влияния их на наказание. Подобный подход известен зарубежному уголовному праву. Например, в США вступили в силу 1 ноября 1987 г. "Федеральные руководства по назначению наказаний", в которых формализована оценка критериев назначения наказания. Действительно, при формализации правового значения критериев можно поставить судью в определенные рамки и добиться единообразия в применении правил назначения наказания. Но опасность состоит в том, что невозможно в законе предусмотреть все проявления каждого обстоятельства в реальной жизни. Опыт применения руководств свидетельствует о наметившейся тенденции роста отступлений от них. Поэтому, нам думается, что механический перенос в УК Республики Беларусь американской "таблицы наказаний" целиком, которая предполагает начисление баллов с учетом юридически значимых обстоятельств, неприемлем.

Представляется необходимым определить особенности учета смягчающих и отягчающих обстоятельств при назначении наказания в контексте достижения целей уголовной ответственности. Мы являемся сторонниками того, чтобы при назначении наказания в приговоре оценивалось каждое смягчающее (отягчающее) обстоятельство в отдельности, а затем отмечалось, насколько их совокупность сказывается на смягчении (ужесточении) меры наказания с обязательной мотивировкой такой оценки.

Положительно следует оценить шаг законодателя Республики Молдова, сделанный в ст.78 своего УК 2002 г., в которой детализируется порядок учета смягчающих и отягчающих обстоятельств. По нашему мнению, в действующем УК Республики Беларусь следовало бы также закрепить отдельной статьей порядок учета смягчающих и отягчающих ответственность обстоятельств. В основу законодательной модели такой нормы могут быть положены следующие научно-практические рекомендации:

- При установлении по делу только одного или более смягчающих ответственность обстоятельств срок наказания, предусмотренный в санкции, может быть сокращен до его минимального предела либо размер соответствующего вида наказания может быть уменьшен до закрепленного в законе его минимума. В случае совершения преступления, за которое законом предусмотрены пожизненное заключение или смертная казнь, назначается лишение свободы в пределах его минимальных и максимальных сроков, указанных в санкции соответствующей статьи.
- При наличии только смягчающих обстоятельств не применяется дополнительное наказание, которое не закреплено санкцией статьи в качестве обязательного.
- Если одно или более смягчающих обстоятельств, признаны судом исключительными, наказание может назначаться в соответствии с правилами ст.70 УК.
- При установлении только отягчающих ответственность обстоятельств (одного или более) может назначаться предусмотренный в санкции максимальный срок избранного вида наказания из числа установленных за соответствующее преступление либо размер избранного вида наказания может увеличиваться до его максимального порога, зафиксированного в Общей части УК.
- При наличии одновременно смягчающих и отягчающих ответственность обстоятельств наказание назначается в пределах сроков, установленных санкцией соответствующей статьи УК, или размеров, предусмотренных законом для данного вида наказания.

При любом сочетании смягчающих и отягчающих ответственность обстоятельств суд должен установить между ними баланс и определить их влияние на смягчение и усиление меры наказания в

пределах санкции. Для этого целесообразно все смягчающие и отягчающие обстоятельства разделять на две группы: обстоятельства, характеризующие деяние, и обстоятельства, относящиеся к свойствам деятеля.

Обстоятельства первой группы (например, совершение преступления общеопасным способом, с особой жестокостью или издевательством, повлекшего тяжкие последствия) должны быть ориентированы на объем карательного воздействия меры наказания, поскольку свидетельствуют об уровне социальной опасности совершенного деяния.

Обстоятельства второй группы (явка с повинной, совершение преступления беременной женщиной, престарелым лицом и т.п.) должны влиять на применение ресоциализирующих мер наказания. Если данные обстоятельства связаны с повторностью преступлений (п.1 ч.1 ст.64 УК), то наказание определяется карательными мерами вкпе с ресоциализирующими.

С позиции исправления лица, полагаем, что более весомыми в указанных группах являются обстоятельства, относящиеся к мотиву и цели содеянного, как со стороны смягчения меры наказания (совершение преступления вследствие сострадания, стечения тяжелых личных, семейных или иных обстоятельств и др.), так и со стороны ее ужесточения (например, совершение преступления с целью скрыть другое преступление или облегчить его совершение). Данные обстоятельства дают более полное представление о степени социальной опасности виновного и возможностях его исправления.

## ЗМІСТ ТА ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ З'ЯВЛЕННЯ ІЗ ЗІЗНАННЯМ, ЩИРОГО КАЯТТЯ ТА АКТИВНОГО СПРИЯННЯ РОЗКРИТТЮ ЗЛОЧИНУ ЯК ОБСТАВИН, ЯКІ ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ

*Т. Іванюк*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

З'явлення із зізнанням, щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, поруч із такими обставинами як добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди – це обставини, що пом'якшують покарання, закріплені у кримінальному законі, які характеризують посткримінальну поведінку особи, яка вчинила злочин, тобто поведінку після вчинення злочину. Така поведінка є позитивною, суспільно корисною, свідчить про усвідомлення винним протиправності вчиненого ним діяння, а тому знижує ступінь суспільної небезпечності особи винного. Держава, стимулюючи таку поведінку особи, закріплює в кримінальному законі заохочувальні норми.

В п.1 ч.1 ст.66 КК України встановлено три самостійні обставини, які пом'якшують покарання – з'явлення із зізнанням, щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину. Досить часто ці обставини поєднуються: особа, яка з'являється із зізнанням, як правило, щиро розкаюється у вчиненому злочині та сприяє правоохоронним органам у розкритті злочину. Однак, якщо з'явлення із зізнанням може мати місце лише до набуття особою статусу підозрюваного або обвинуваченого, то щире каяття та активне сприяння розкриттю злочину можливе й на інших стадіях кримінального процесу. Крім того, з'явлення із зізнанням може бути викликане не щирим каяттям особи, а іншими мотивами, наприклад, коли особа вважає свою злочинну поведінку єдино правильною та можливою у ситуації, яка склалася на момент вчинення злочину. Особа, яка з'являється із зізнанням також може відмовитися від надання допомоги у розкритті вчиненого нею злочину, але це не може зменшити правове значення з'явлення із зізнанням, оскільки сам факт добровільної передачі себе правоохоронним органам свідчить про зменшення ступеню суспільної небезпечності особи.

Щире каяття, як правило, завжди поєднане із активним сприянням розкриттю злочину, яке виступає формою зовнішнього прояву каяття. Однак, активне сприяння розкриттю злочину може мати місце не поєднуючись з щирим каяттям особи. Наприклад, особа бере участь у розкритті обставин вчиненого злочинного діяння у відповідь на роз'яснення їй правового значення таких дій.

Кожна із обставин, що розглядаються має самостійне кримінально-правове значення, і, навіть, якщо вони поєднуються у певній справі, суд повинен визнавати наявність не однієї, а трьох обставин, які пом'якшують покарання, що значно впливає на ступінь пом'якшення призначеного покарання.

**Щире каяття** – це обставина, яка відображає психічний стан особи, яка вчинила злочин. Каяття передбачає глибокі внутрішні переживання особою того, що сталося, моральне засудження своєї злочинної поведінки, усвідомлення вини, почуття сорому, докорів сумління. Тобто, щире каяття – це, в першу чергу, морально-психологічне явище, яке проявляється у самозасудженні особою вчиненого ним злочину, його наслідків, прагненні усунути заподіяну шкоду та рішенні особи не вчиняти більше злочинів. Такий психічний стан особи може свідчити про позитивну перебудову свідомості особи та втрату або зниження ступеню її суспільної небезпечності, про реальну можливість виправлення цієї особи.

Виходячи із змісту терміну "щире каяття", для визнання наявності у справі даної обставини, яка пом'якшує покарання, суду необхідно встановити щирість висловлювань особи про те, що вона шкодує про вчинене, засуджує свою поведінку та бажає виправитися. Для цього щире каяття, як внутрішнє переживання особи, повинно віднайти свій зовнішній прояв.

Основною формою прояву щирого каяття є повне визнання особою своєї вини та правдива розповідь про всі відомі їй обставини вчиненого злочину. Якщо особа приховує суттєві обставини вчиненого злочину, що значно ускладнює розкриття злочину, визнає свою вину лише частково для того, щоб уникнути справедливого покарання, її каяття не можна визнати щирим, справжнім. Про щирість каяття особи свідчить її поведінка після вчинення злочину. Якщо особа сприяє розкриттю вчиненого нею злочину (викриває співучасників, видає знаряддя та засоби вчинення злочину, видає або допомагає у

розшуку майна здобутого злочинним шляхом, надає інші докази тощо), добровільно відшкодовує завдані збитки або усуває завдану шкоду, такі дії об'єктивно підтверджують щире каяття особи.

Винні особи в окремих випадках можуть симулювати щире каяття. Насправді вони не засуджують свою протизаконну поведінку, а лише намагаються уникнути справедливого покарання. При цьому суди враховують таке "щире каяття" лише на основі голосливної заяви підсудного, який об'єктивно нічим не підтвердив свого шкодування про вчинене. Факти неправдивого, несправжнього щирого каяття повинні викриватися органами слідства та судом. Тому, дуже важливим є встановлення причин та мотивів щирого каяття, вивчення посткримінальної поведінки особи винного, яка може об'єктивно підтвердити щирість каяття особи.

Таким чином, можна зробити висновок, що **щире каяття** – це певний психічний стан особи винного, коли він засуджує свою поведінку, прагне усунути заподіяну шкоду та приймає рішення більше не вчиняти злочинів, що об'єктивно підтверджується визнанням особою своєї вини, розкриттям всіх обставин справи, вчиненням дій, спрямованих на сприяння розкриттю злочину або відшкодуванню заданих збитків чи усуненню заподіяної шкоди.

Щире каяття є однією з найпоширеніших обставин, які пом'якшують покарання. Воно зустрічалось у 70% вивчених нами справ, включаючи 59% справ по злочинах проти власності 36,3% справ по злочинах проти особи, 80% – по злочинах у сфері обігу наркотичних засобів, 54,5% у справах про хуліганство.

**З'явлення із зізнанням** – це добровільне, безпосереднє звернення особи, яка вчинила злочин до правоохоронних органів або суду з правдивим повідомленням про вчинений або підготовлюваний нею (самою або у групі) злочин із наміром передати себе в руки правосуддя.

Виходячи із етимології терміну "з'явлення із зізнанням", воно передбачає правдиву та повну розповідь особи про всі обставини, вчиненого нею злочину, тобто зізнання особи у вчиненні злочину. Якщо особа, маючи намір уникнути справедливого покарання, повідомляє про вчинення нею менш тяжкого злочину, або приховує необхідні для повного розкриття злочину обставини його вчинення, або укриває співучасників злочину, її дії слід розглядати як ухилення від кримінальної відповідальності, а відповідне "з'явлення із зізнанням" не можна враховувати як обставину, яка пом'якшує покарання.

Добровільність як обов'язкова ознака з'явлення із зізнанням означає, що особа, яка з'явилась із зізнанням усвідомлювала можливість уникнути кримінальної відповідальності, ухилитися від слідства та суду, однак із наявних у неї варіантів поведінки, вона вирішила здатися органам правосуддя. При встановленні наявності у справі з'явлення із зізнанням необхідно керуватися принципом суб'єктивного ставлення у вину, а тому у цій ситуації значення буде мати не реальний стан розкриття злочину, а інформація про нього, якою володіє особа, що з'являється із зізнанням. На нашу думку, для визнання з'явлення із зізнанням обставиною, яка пом'якшує покарання має значення припущення, усвідомлення особою того, що органам правосуддя не відомо, що це вона вчинила злочин, незалежно від того, якою інформацією вони реально володіють.

Законом не встановлено куди саме особа повинна звернутися із зізнанням, щоб його було визнано обставиною, яка пом'якшує покарання. Більшість авторів вважають, що це повинні бути правозастосовчі органи, тобто органи дізнання, досудового слідства, прокуратури, суд. Однак в літературі висловлюється також думка про те, що особа може звернутися і в інші державні органи, установи, організації чи до службових осіб або в громадські організації, оскільки сам факт повідомлення особою про вчинений нею злочин є з'явленням із зізнанням. На нашу думку, з'явлення із зізнанням може бути визнано обставиною, яка пом'якшує покарання, лише якщо особа звернулася до компетентних органів чи службових осіб, тобто тих, які наділені правом порушити кримінальну справу та притягнути особу до кримінальної відповідальності, а саме органи дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду.

В ідеалі з'явлення із зізнанням передбачає безпосередній прихід особи у відповідні компетентні органи із усною або письмовою заявою про вчинений або підготовлюваний нею злочин. Однак за певних об'єктивних обставин особа не має можливості особисто з'явитися у відповідні органи. Тому логічним та цілком виправданим є визнання у судовій практиці з'явленням із зізнанням заяву особи про вчинений або підготовлюваний нею злочин зроблену через телеграф, телефон, факс і т.п., якщо при цьому особа повідомляє своє прізвище та всі необхідні дані про себе, які дозволяють викликати особу та отримати підтвердження її повідомлення.



З'явлення із зізнанням не є поширеною обставиною, яка пом'якшує покарання. Серед загальної кількості вивчених нами справ (200) воно зустрічалося лише три рази.

**Активне сприяння розкриттю злочину** означає, що особа, яка вчинила злочин своїми діями надає допомогу (сприяє) правоохоронним органам у розкритті злочину, тобто встановленні всіх обставин вчиненого злочину, винних осіб, а також у виявленні причин та умов злочину.

Сприяння у розкритті злочину може виражатися у правдивому повідомленні органам слідства про всі обставини вчинення злочину, викритті співучасників, видачі або наданні допомоги у розшуку майна, здобутого злочинним шляхом, видачі знарядь та засобів вчинення злочину, наданні інших доказів. Зміст даної обставини, яка пом'якшує покарання полягає у тому, що особа, яка вчинила злочин надає органам слідства інформацію, яка раніше була їм не відома, нові докази у справі, що мали значення для встановлення істини по справі.

Обов'язковою ознакою сприяння розкриттю злочину закон встановлює його активність. Визначення поняття "активності" в законі не дано, тому це є оціночна категорія, яка визначається судом в кожному конкретному випадку. На нашу думку, якщо надана винною особою інформація та інші докази мали значення для встановлення істини по справі, то її дії слід вважати активним сприянням у розкритті злочину та враховуватися як обставина, яка пом'якшує покарання.

Активне сприяння у розкритті полегшує встановлення обставин справи, викриття винних осіб, дозволяє обходитися мінімум засобів і тим самим більш ефективно вирішувати задачі кримінального правосуддя.

Серед загальної кількості вивчених нами справ активне сприяння розкриттю злочину зустрічалося лише у 7,7% справ, із них 5,5 % – справи по злочинах проти власності і по 0,9% – у справах у сфері незаконного обігу наркотиків та у справах по злочинах проти особи.

**ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЛІКАРІВ  
ЗА НЕНАДАННЯ ДОПОМОГИ ХВОРОМУ****В. Бурдін***Львівський національний університет імені Івана Франка*

В окремих випадках забезпечити правильну кваліфікацію діяння неможливо без звернення до аналізу санкції кримінально-правової норми. Так, Л.Л. Кругліков вказував на значення санкції для кваліфікації в тих випадках, коли в санкції були виражені елементи диспозиції. Є.Т. Борисов звертав увагу на значення санкції для співставлення виду і розміру встановлених санкціями різних статей Особливої частини покарань для порівняння суспільної небезпеки злочинів. Ще далі у вирішенні цієї проблеми пішов В.О. Навроцький, на думку якого, можна вказати принаймні на чотири випадки, коли санкція враховується при кваліфікації: 1) коли в санкції вказані ознаки злочину; 2) коли вид покарання дозволяє визначити зміст ознак, названих у диспозиції статті; 3) коли порівняння розмірів покарання дає можливість визначити чи потрібна кваліфікація скоєного за сукупністю; 4) коли санкція використовується при розмежуванні злочинів.

На нашу думку, аналіз санкцій кримінально-правових норм для правильної кваліфікації потрібно застосовувати і в інших випадках. Мова йде про окремі спірні проблеми кваліфікації злочинів. Так, саме порівняльний аналіз санкцій кримінально-правових норм, що містяться у ст.135 КК – "Залишення в небезпеці" та ст.139 КК – "Ненадання допомоги хворому медичним працівником" став предметом роздумів у даній доповіді.

На практиці виникає питання про кваліфікацію діяння медичного працівника, який не надав без поважних причин допомоги хворому, що перебував у небезпечному для життя стані, що було обумовлене цією хворобою, проте який зобов'язаний був, згідно з установленими правилами, надати таку допомогу, якщо йому завідомо було відомо, що це може мати тяжкі наслідки для хворого. В таких випадках, з першого погляду, ніби-то кваліфікація повинна відбуватися за ч.1 або 2 ст.139 КК, а не за відповідною частиною ст.135 КК України. Аргументом на користь такої кваліфікації є, як правило, те, що ст.139 КК є спеціальною нормою стосовно ст.135 КК, адже в ст.139 КК вказується на спеціальний суб'єкт цього злочину – медичного працівника. Якщо вирішувати питання про те, яка з цих кримінально-правових норм є спеціальною, аналізуючи лише такий елемент складу злочину як суб'єкт, то таке рішення буде правильним. Видається, не потрібно доводити той факт, що для вирішення питання про те, яка з двох норм є загальною, а яка спеціальною, необхідно порівнювати всі елементи складу злочину, що передбачені у відповідних кримінально-правових нормах. Звичайно, при аналізі вказаних норм відмежувальною ознакою, яка з першого погляду кидається в очі, є саме суб'єкт – в ч.1 ст.135 суб'єктом є особа, яка зобов'язана була піклуватися про потерпілого, а також особа, яка сама поставила потерпілого в небезпечний для життя стан, в ст.139 КК йдеться про медичного працівника. Коли ж звернутися до більш детального аналізу розглядуваних кримінально-правових норм, то вирішення питання про те, яка з них є загальною, а яка спеціальною, не буде таким вже однозначним. Мова йде про те, що ст.135 КК передбачає кримінальну відповідальність за залишення без допомоги особи, яка перебуває **в небезпечному для життя стані**. В ст.139 КК відсутня вказівка на те, що хворий повинен був перебувати в небезпечному для життя стані. Тож, як бачимо при порівняльному аналізі ознак об'єктивної сторони вказаних складів можна прийти до іншого висновку – що саме норма, яка передбачена в ст.135 КК, є спеціальною по відношенню до норми, яка передбачена в ст.139 КК. Отже, на нашу думку, дати однозначну відповідь, яка з цих двох кримінально-правових норм є спеціальною, а яка загальною неможливо.

Таким чином, ми повертаємося до питання про кваліфікацію дій медичного працівника, який не надав допомоги хворому, коли останній перебував в небезпечному для життя стані. При вказаному співвідношенні розглядуваних кримінально-правових норм вирішити питання про правильну кваліфікацію в такій ситуації, порівнюючи лише диспозиції вказаних норм, як було показано вище, неможливо. Тож ми вирішили звернутися до порівняння санкцій цих норм. Якщо порівнювати санкції, то можна прийти до висновку про те, що злочин, який передбачений в ч.1 ст.135 КК є більш тяжким, ніж злочин, що передбачений в ч.1 ст.139 КК. Таким чином, в розглядуваному випадку при кваліфікації діяння медичного працівника за ч.1 чи 2 ст.139 КК виникає питання, а чому медичний

працівник повинен нести меншу кримінальну відповідальність, ніж звичайний громадянин? Адже аналогічне діяння останнього було б кваліфіковано за ч.1 або 2 ст.135 КК, яка передбачає більш тяжкий злочин. Телеологічне (цільове) тлумачення кримінально-правової норми про кримінальну відповідальність медичних працівників, як нам видається, дозволяє прийти до висновку про необхідність кваліфікації діяння такого медичного працівника за ч.1 або 3 ст.135 КК, а не за відповідною частиною ст.139 КК. Мова йде про те, що моральна, юридична, в тому числі і кримінальна відповідальність, медичних працівників за ненадання допомоги хворому повинна бути більш суворою, ніж кримінальна відповідальність звичайних громадян. Обумовлюється це тим становищем, яке займають лікарі в сучасному суспільстві, тими надіями, які на них покладають звичайні громадяни.

За сучасних умов розвитку суспільства різко підвищилася соціальна цінність життя та здоров'я. З огляду на це підвищується і відповідальність лікарів, які виконують в суспільстві особливу соціальну роль. Адже саме для цієї категорії осіб моральні та етичні норми стають правовими. Так, в ст.135 КК України встановлено кримінальну відповідальність обмеженого кола осіб за залишення без допомоги особи лише в тих випадках, коли вона перебуває в небезпечному для життя стані. В ч.1 ст.136 КК встановлено кримінальну відповідальність для всіх і кожного, хто не надав допомогу особі, яка перебувала в небезпечному для життя стані, проте лише тоді, коли така бездіяльність мала наслідком спричинення потерпілому тяжких тілесних ушкоджень. В ч.1 ст.139 КК встановлено кримінальну відповідальність медичних працівників за ненадання допомоги хворому і при цьому не робиться застереження, що хвора особа повинна перебувати в небезпечному для життя стані. Таке рішення законодавця є цілком правильним, адже хто, як не лікарі зобов'язані, в першу чергу, надавати допомогу будь-якому хворому, незалежно від того, чи перебуває він в небезпечному для життя стані, чи його хвороба не пов'язана з таким станом. Звичайні громадяни зобов'язані надати допомогу лише в тих випадках, коли існує загроза для життя особи. Обумовлюються такі законодавчі рішення тим, що лікар в силу свого фаху може визначити, чи потребує особа допомоги у зв'язку із хворобою чи ні. Це тим більше повинно бути для лікаря очевидно в тих випадках, коли хвороба загрожує життю. Не викликає сумнівів той факт, що коли лікар відмовляється надати допомогу хворому, коли існує загроза для життя останнього, таке діяння становить собою підвищену суспільну небезпеку, ніж коли він не надав допомогу за відсутності такої загрози. Зрозуміло, що це повинно знайти своє відображення у кримінально-правовій кваліфікації.

З огляду на наведені аргументи ми пропонуємо кваліфікувати діяння медичного працівника, який зобов'язаний, згідно установлених правил, надати допомогу, але без поважних причин не надав її хворому, якщо останній перебував в небезпечному для життя стані, що був обумовлений цією хворобою, за відповідною частиною ст.135 КК, а не за ст.139 КК України. В порядку *de lege ferenda* можна запропонувати доповнити ст.135 КК України наступною частиною:

ч.№... Те саме діяння, якщо воно вчинене медичним працівником, який зобов'язаний був, згідно установлених правил надати допомогу хворому, якщо небезпечний для життя стан останнього був обумовлений хворобою, –

карається...

**ПРОФЕСІЙНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ МЕДИЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ  
ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ***А. Найда\*, О. Малик\*\***\*Львівський національний університет імені Івана Франка**\*\*Львівський національний медичний університет імені Данила Галицького*

Характерною рисою нового законодавства про охорону здоров'я є юридичне закріплення досягнутих успіхів в охороні здоров'я населення України та подальше зміцнення законності у цій галузі суспільних відносин. Особливості лікарської діяльності, заснованої на взаємній довірі хворого та лікаря, якому довіряють своє здоров'я, а часто і життя, породили особливі обов'язки і права медичних працівників як з морально-етичного, так і з юридичного погляду. Основи законодавства України про охорону здоров'я об'єднали та впорядкували існуючі раніше численні і розрізнені правові акти, зокрема стосовно професійних обов'язків, прав, пільг і відповідальності медичних, фармацевтичних працівників тощо. Ст.80 чинного Закону України встановлено, що "за порушення законодавства про охорону здоров'я несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність згідно із законодавством".

Незалежно від рівня кваліфікації чи практичного досвіду в роботі медичних і фармацевтичних працівників бувають прикрі невдачі, що іноді закінчуються тривалою тимчасовою чи стійкою втратою працездатності або навіть смертю пацієнта. Усі негативні наслідки лікування у сучасній судово-медичній та юридичній літературі поділяються на лікарські помилки, нещасні випадки, професійні правопорушення або злочини.

В останні роки збільшилася кількість скарг хворих та їхніх родичів, а також так званих "лікарських справ", розглянутих правоохоронними органами. Є тенденція до збільшення звернень у досудові, судові та слідчі органи зі скаргами на низьку якість медичної допомоги, на правопорушення у сфері охорони здоров'я з пред'явленням позовів до медичних працівників про відшкодування матеріальних збитків та моральної шкоди. Правовий нігілізм медиків та фармацевтів, неготовність органів охорони здоров'я захищати себе від претензій веде до значних фінансових втрат лікувально-профілактичних закладів.

У новітніх соціально-економічних умовах значущою стає проблема правового забезпечення закладів охорони здоров'я, в основі якого є знання законів, їх правильне та своєчасне застосування, що дозволяє медичним працівникам ефективно використовувати права при виконанні професійного обов'язку, не зачіпаючи і не порушуючи при цьому прав та свобод інших громадян. Оскільки проблема правого забезпечення та його актуальність з часом тільки зростає, це потребує постійного вдосконалення правових відносин в цій галузі. Правове забезпечення закладів охорони здоров'я в нашій державі знаходиться на низькому рівні і вже сьогодні виникають численні труднощі в наданні медичних послуг.

Чинне законодавство скероване проти визнання непогрішності лікаря: він зобов'язаний відповідати перед законом на загальних засадах, як і інші громадяни. Помилки лікаря приносять не тільки шкоду хворому, але викликають недовіру до закладів охорони здоров'я. Лікар повинен у повній мірі відповідати за всі наслідки, неправильні дії, спричинені через необережність, злочинне недбальство, навмисне зловживання, а не ховатися за "широку спину" медичної науки, якщо від нього залежить хід лікування. Взаємовідносини між лікарем і хворим набувають правового характеру, коли лікар скоює навмисний злочин, передбачений Кримінальним Кодексом або при порушенні необхідної обережності у професійній діяльності. Необережні дії лікаря за своїми наслідками можуть коливатися від незначних помилок до правопорушення. Оцінка як "неправомірного" спричинення шкоди здоров'ю (при наданні медичної допомоги), так і "правомірного" настання несприятливого наслідку має захищати медичні заклади (медичного працівника) від необгрунтованої юридичної відповідальності.

Особливою категорією дефектів медичної практики є так звані "випадки медичного нещастя", під яким розуміють несприятливий наслідок діагностики захворювання чи лікувальної маніпуляції – операції, інших лікарських втручань, при яких медичний працівник не може передбачити та усунути

виникнення ускладнення. У медичній практиці необхідно виключити можливість професійного недбалства, неуважності або невігластва лікаря тощо. Статистичні дані свідчать, що 6-8 % випадків смерті – це лікарські помилки, нещасні випадки при наданні медичної допомоги. Всесвітня організація охорони здоров'я рекомендує вважати за норму 9% помилок такого роду. У Російській Федерації ця цифра коливається у межах 25%. По Україні таких статистичних розробок не знайдено.

За останні 11 років роботи відділу комісійних експертиз Львівського обласного бюро судово-медичної експертизи (1991-2001 рр.) було проведено 117 комісійних судово-медичних експертиз.

За цей період в ЛОБСМЕ на фазі досудового слідства кримінальна справа порушувалася стосовно лікарів таких спеціальностей: хірургів – 25 випадків, акушер-гінекологів – 19, терапевтів, кардіологів – 15, педіатрів – 10, невропатологів і нейрохірургів – 9, анестезіологів і реаніматологів – 8, інфекціоністів – 5, окулістів – 3, отоларингологів – 3, стоматологів – 2, урологів – 2, лікарів швидкої мед. допомоги – 2; стосовно осіб середнього медичного персоналу – 10 випадків.

Попередній аналіз комісійних судово-медичних експертиз за так званими "лікарськими справами" показав, що кількість дефектів у наданні медичної допомоги, різних недоліків та помилок у медичній практиці, на жаль, достатньо велика. Підставою для порушення досудового слідства були скарги потерпілих або їхніх родичів, у деяких випадках вони надходили безпосередньо від прокуратури або за клопотанням адвокатів.

Метою цієї роботи було визначення правових інструментів забезпечення прав пацієнтів державних та комунальних лікувально-профілактичних закладів та інших установ України згідно з чинним Кримінальним Кодексом від 5 квітня 2001 р. У новому КК України зазначено біля 30 професійних правопорушень з боку медичних та фармацевтичних працівників, за які передбачено кримінальне покарання. Виходячи з основних принципів та понять кримінально-правової оцінки діяльності працівників закладів охорони здоров'я, можна визначити, що під професійним злочином необхідно розуміти скоєння небезпечного діяння (дії або бездіяльності). Згідно з новим КК України медичні працівники несуть кримінальну відповідальність за такі правопорушення:

- убивство через необережність (ст.119);
- необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст.128);
- зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст.133);
- неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст.131);
- розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст.132);
- незаконне проведення абортів (ст.134);
- залишення в небезпеці (ст.135);
- ненадання допомоги особі, яка перебуває у небезпечному для життя стані (ст.136);
- неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей (ст.137);
- незаконна лікувальна діяльність (ст.138);
- ненадання допомоги хворому медичним працівником (ст.139);
- неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст.140);
- порушення прав пацієнта (ст.141);
- незаконне проведення дослідів над людиною (ст.142);
- порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини (ст.143);
- насильницьке донорство (ст.144);
- незаконне розголошення лікарської таємниці (ст.145);
- підміна дитини (ст.148);
- незаконне поміщення у психіатричний заклад (ст.151);
- розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (ст.168);
- порушення права на безоплатну медичну допомогу (ст.184);
- зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст.203);
- незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст.307);

- незаконні виготовлення, підроблення, використання чи збут підроблених документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів (ст.318);
- незаконна видача рецептів на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин (ст.319);
- порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст.320);
- порушення правил боротьби з епідеміями (ст.325);
- порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами (ст.326).

До професійних злочинів медичних працівників можна віднести стерилізацію чоловіків та жінок без медичних показів, що може розглядатись як навмисне спричинення шкоди здоров'ю.

До працівників охорони здоров'я можуть бути застосовані статті кримінальної відповідальності за службові злочини:

- зловживання владою або службовим становищем (ст.364);
- перевищення влади або службових повноважень (ст 365);
- службове підроблення (ст.366);
- службова недбалість (ст.367);
- одержання хабара (ст.68);
- завідомо неправдиве показання (ст.384).

Службові злочини медичних працівників часто переходять у професійні і навпаки.

Хотілось би розглянути деякі статті нового КК України з погляду судового медика.

Стаття про спричинення смерті через необережність може бути застосована до медичного працівника, коли смерть людини є результатом виконання професійних обов'язків як наслідок їх неналежного виконання. Це може бути дія чи бездія медичного працівника, що нерідко проявляється у вигляді грубого порушення або невиконання правил і настанов, неухважності, недбалства тощо. З юридичної точки зору як злочинні розглядаються діяння, коли смерть потерпілого перебуває у причинно-наслідковому зв'язку з діяннями або бездіяннями винуватого (медпрацівника), але без умисного спричинення смерті пацієнта. Це також належить до статті про необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження.

Кримінальна відповідальність передбачена за неналежне виконання медичним або фармацевтичним працівником його професійних обов'язків унаслідок недбалого чи несумлінного ставлення до них, яке спричинило зараження людини ВІЛ-інфекцією чи іншою невиліковною інфекційною хворобою, що є небезпечною для життя людини.

Як у попередньому, так і в новому КК України незаконне проведення абортів, тобто переривання вагітності, є умисним злочином, оскільки завдає шкоди здоров'ю вагітної жінки чи її життю. Медична спеціальність лікаря при цьому не має значення. А от дії, вчинені в стані крайньої необхідності, не передбачають кримінальної відповідальності.

Правопорушення відносно неналежного виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей стосується більшою мірою не медичних працівників, а осіб, які займаються утриманням і вихованням неповнолітніх в організованих колективах.

Суспільна небезпечність ненадання допомоги хворому медичним працівником визначається тим, що його здійснення є грубим порушенням професійного обов'язку, яке може призвести до тяжких наслідків чи смерті хворого. В основі цього правопорушення лежить бездіяльність. Зустрічаються і випадки неналежного, недбалого, злочинного надання медичної допомоги.

Порушення прав пацієнта та незаконне проведення дослідів над людиною, по суті, близькі за своїм змістом, оскільки в них іде мова про випробовування лікарських засобів або проведення різноманітних експериментів над людиною. І одне, і друге є протиправною дією. Різниця у тому, що згідно зі ст.141 забороняються клінічні випробовування лікувальних засобів на пацієнтах (хворих), а зі ст.142 – взагалі на людях (тобто і здорових).

У новому КК України передбачено також кримінальну відповідальність за порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин. Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" встановив певний порядок їхньої трансплантації. Зокрема, органи чи тканини можна брати у померлої людини. Співзвучна з

попередньою ст.144 КК України, яка передбачає насильницьке донорство або вилучення крові у людини обманним шляхом.

Лікар повинен зберігати професійну таємницю тільки тоді, коли від цього не страждають інтереси держави або суспільства. "Розголошення" лікарської таємниці є законним, якщо це стосується виявлення гострозаразних хворіб (зокрема венеричних), отруєнь, убивств, самогубств, нанесення тяжких тілесних ушкоджень, незаконного проведення абортів тощо. Керівники закладів охорони здоров'я на вимогу слідчих органів зобов'язані надавати відомості, оригінали чи копії медичних документів.

У КК України є ще дві нові статті, що безпосередньо стосуються правопорушень медичних працівників, – "порушення права на безоплатну медичну допомогу" (ст.184) та "незаконна видача рецепта на право придбання наркотичних або психотропних речовин" (ст.319). Дія статті про незаконну вимогу оплати за надання медичної допомоги в державних або комунальних закладах охорони здоров'я поширюється на всіх без винятку медичних і не медичних працівників.

Підсумовуючи, відзначимо, що чинне законодавство спрямоване проти визнання безгрішності чи безкарності лікаря. Медичний працівник повинен відповідати перед Законом на загальних підставах, як кожний громадянин. Правопорушення лікаря та фармацевта не тільки спричиняють шкоду хворому, а й підривають довіру до конституційно гарантованого права людини на охорону здоров'я. Лікар повинен відповідати за всі неправильні дії, які залежать від його необережності, злочинного недбальства, навмисного зловживання.

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ  
ОРГАНІВ І (АБО) ТКАНИН ЛЮДИНИ***Т. Гуцесова**Національний Університет "Кієво-Могилянська Академія"*

Охорона життя і здоров'я –вищих благ людини – на сьогоднішній день набуває першочергового значення. Цим визначається важливість вивчення суспільних відносин у сфері охорони здоров'я. Досить тривалий час в нашій країні не було реальної правової регламентації медичної діяльності. Законодавство про охорону здоров'я носило винятково декларативний характер, а правила надання медичної допомоги містились у відомчих нормативних актах, що не підлягали опублікуванню. Наслідки цього зараз відомі – пацієнти були повністю безправні, а лікарі точно не уявляли коло своїх прав і обов'язків і межу, за якою настає відповідальність.

Одним з найбільш прогресивних розділів сучасної медицини, що стрімко розвивається, є трансплантологія – наука, що займається проблемами пересадки (трансплантації) органів, тканин і клітин, яка ще на початку свого розвитку поставила перед суспільством низку правових, медичних і етичних проблем, більшість з яких до сих пір повністю не вирішено. Безспірним є факт більш успішного розвитку трансплантології в тих країнах, де є реальна законодавча база її існування. В той же час такі спеціальні питання трансплантації як констатація "смерті мозку" потенційного донора при збереженому кровообігу і життєздатності органів, проблема відключення засобів підтримання життя, право особи розпоряджатися власним тілом і органами, тобто дозволити їх вилучення для проведення трансплантації після смерті особи, залишаються доволі дискусійними.

Трансплантологія своїм розвитком зачіпає низку прав і свобод людини, головним з яких є право на життя, яке є об'єктом кримінально-правової охорони. Новий Кримінальний Кодекс прямо передбачає в статті 143 відповідальність за ті чи інші порушення у сфері трансплантації органів і тканин людини.

Проблеми кримінально-правової охорони встановленого законом порядку трансплантації починаються вже з самої назви ст.143 КК України. Виникають певні сумніви щодо коректності вживання законодавцем сполучника "або" при формулюванні назви ст.143 КК України, а саме: "Порушення порядку трансплантації органів або тканин людини", адже шляхом застосування граматичного тлумачення цього речення можна дійти висновку, що неможливо одразу порушити порядок трансплантації і органів, і тканин. Тому пропонується при формулюванні назви згаданої статті використовувати сполучники "і (або)".

Водночас, визначення поняття трансплантації міститься в Законі України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" від 16 липня 1999 року, який встановив певний порядок проведення таких операцій. Трансплантацією визнається спеціальний метод лікування, що полягає у пересадці реципієнту органа або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини чи у тварини. При цьому під анатомічними матеріалами розуміють органи, тканини, анатомічні утворення, клітини людини або тварини. За чинною редакцією ст.143 КК України до предмета даного злочину відносяться лише органи або тканини, тобто незаконні дії з такими біоматеріалами як клітини, фетальні матеріали залишаються поза увагою кримінального права. З огляду на те, що в сучасній медицині стрімкого розвитку набуває саме клітинна трансплантологія (йдеться про методи лікування, які базуються на використанні стовбурових клітин) такий підхід до визначення предмета даного злочину є неприпустимим, оскільки правова регламентація відносин, які вже виникли, сприяє розвитку бажаного для суспільства напрямку в цих відносинах, а у частині відносин, пов'язаних з відповідальністю, хоча вони і одиничні, їх правова регламентація має безсумнівне попереджувальне значення. З цього випливає, що ті недоліки, які зараз є в правовій регламентації трансплантації органів, тканин та клітин, а саме щодо кримінальної відповідальності за злочини у цій сфері, повинні після їх виявлення, бути подолані в процесі вдосконалення правових норм.

Окрім того, визначення поняття трансплантації, дане в Законі, є суто медичним і містить суттєві недоліки, тому для використання в кримінальному праві пропонуються наступні варіанти юридичного визначення трансплантації:



1) трансплантація – спосіб реалізації конституційного права громадян України на охорону життя і здоров'я, що являє собою особливий вид медичної діяльності, врегульованої законодавством, здійснюваний під контролем держави і який має правові наслідки для її учасників;

2) трансплантація (пересадка) органів і (або) тканин людини є засобом рятування життя і відновлення здоров'я громадян і повинна здійснюватись на підставі дотримання законодавства України і прав людини у відповідності з гуманними принципами, проголошеними міжнародним співтовариством.

При цьому необхідно більш детально зупинитись саме на кримінально-правовій охороні життя, здоров'я та забезпечення прав реципієнта і донора при застосуванні трансплантації. Щодо реципієнта можливі наступні порушення встановленого законом порядку трансплантації: 1) відсутність медичних показань до операції; 2) відсутність письмової згоди об'єктивно поінформованого реципієнта, а у випадках, коли реципієнт не досяг п'ятнадцятирічного віку чи визнаний судом недієздатним – його об'єктивно поінформованих батьків або інших законних представників; 3) проведення трансплантації будь-яких органів і (або) тканин, крім тих, які дозволені до трансплантації Міністерством охорони здоров'я; 4) проведення трансплантації установами охорони здоров'я чи науковими установами, які не мають права її проводити; 5) інші порушення встановленого законом порядку трансплантації. Уявляється можливим з метою створення кримінально-правових норм розглядати пересадку органів і (або) тканин за наступними складовими:

- процес вилучення органів і (або) тканин людини для наступної трансплантації;
- процес заготовки, зберігання і розподілу трансплантаційних матеріалів;
- оперативне втручання, спрямоване на пересадку трансплантата реципієнту.

В першому випадку відповідальність передбачається за забір (вилучення) органів і (або) тканин без попередньої згоди донора, а особливо вилучення трансплантаційного матеріалу у некомпетентних донорів (дітей, психічно хворих, осіб, що перебували у безпорадному стані або в матеріальній чи іншій залежності від винного), а також у осіб з обмеженим ступенем свободи (засуджені, які відбувають покарання у місцях позбавлення волі). За умови вилучення трупних органів і (або) тканин доцільно визначити ступінь суспільної небезпеки ігнорування незгоди померлої особи на посмертне вилучення її органів і (або) тканин, вираженої за життя або незгоди дружини, інших близьких родичів, законних представників померлих неповнолітніх, обмежено дієздатних та недієздатних осіб. При цьому слід мати на увазі, що злочинні діяння у сфері посмертного донорства можуть бути поєднані з незаконною торгівлею органами або тканинами людини, участю в транснаціональних злочинних організаціях, умисним вбивством донора з метою використання органів і (або) тканин потерпілого. При цьому слід мати на увазі, що умисне вбивство є більш тяжким злочином і потребує самостійної кваліфікації за ст.115 КК України. Пленум Верховного Суду України у своїй постанові №2 від 07.02.2003 року "Про судову практику у справах про злочини проти життя та здоров'я особи" роз'яснив, що умисне вбивство з метою подальшого використання органів чи тканин потерпілого в певних корисливих цілях (для подальшої трансплантації, незаконної торгівлі тощо) необхідно кваліфікувати як учинене з корисливих мотивів. З такою позицією важко погодитись, оскільки під корисливим мотивом розуміють бажання отримати певні матеріальні блага, майнові права, уникнути певних матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди. Коли ж винна особа вчиняє умисне вбивство для вилучення органів і (або) тканин і їх подальшої трансплантації, наприклад, заради задоволення наукового інтересу, таке вбивство не можна розглядати як учинене з корисливих мотивів, оскільки у такої особи відсутні будь-які чинники матеріальної винагороди. Тому більш прийнятним видається підхід до вирішення цього питання, відображений в Кримінальному Кодексі Російської Федерації, де в п. "м" ч.2 ст.105 передбачено кримінальну відповідальність за вбивство з метою використання органів і (або) тканин потерпілого. З огляду на вищевикладене, уявляється доцільним доповнити перелік обтяжуючих обставин умисного вбивства, передбачених ч.2 ст.115 КК України, відповідним пунктом, – "вчинене з метою використання органів і (або) тканин потерпілого для пересадки (трансплантації) іншій особі".

При заготовці, зберіганні та розподілі трансплантатів необхідно правовими методами заборонити продаж органів і тканин, їх розподіл без "листа очікування" реципієнтів, а також передбачити кримінальну відповідальність за умисне пошкодження трансплантата.

Щодо самої операції по трансплантації органів і тканин уявляється доцільним визначити міру відповідальності лікарів за невдало проведenu пересадку. При цьому повинні бути розроблені медико-правові стандарти для визначення успішної(неуспішної) трансплантації.

Аналіз кримінальної відповідальності медичних працівників за спричинення смерті з необережності дозволяє висунути припущення про можливість притягнення лікарів, що здійснюють трансплантацію, до кримінальної відповідальності за заподіяння смерті донору або реципієнту з злочинної самовпевненості чи недбалості. У першому випадку лікар міг передбачити можливість заподіяння смерті пацієнту, але без достатніх до того підстав самовпевнено розраховував на відвернення несприятливих наслідків. У випадку заподіяння смерті з злочинної недбалості йдеться про ситуацію, коли лікар, який здійснював пересадку, не передбачав можливості настання смерті пацієнта, хоча при необхідній уважності і передбачливості повинен був і міг передбачити негативні наслідки.

Окремо слід зупинитись на визначенні ступеню шкоди здоров'ю пацієнта в результаті негативних наслідків трансплантації. При цьому потрібно враховувати конкретну шкоду, яка була заподіяна хворому в результаті операції. Як правило, пацієнтами трансплантологічних стаціонарів є люди, часто єдиним засобом збереження здоров'я яких стає трансплантація органів або тканин. Це свідчить про низький рівень стану здоров'я. Іншими словами, передбачається окреме визначення шкоди, заподіяної здоров'ю пацієнта саме оперативним втручанням.

Таким чином, для вирішення питання про кримінальну відповідальність лікарів за злочини при трансплантації органів і (або) тканин слідчому і суду необхідно виявити наступні обставини:

- неправильність надання медичної допомоги;
- настання смерті чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень;
- наявність вини лікаря;
- причинно-наслідковий зв'язок між діями трансплантолога і наслідками, що настали;
- встановлення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину.

Ще один важливий аспект, на якому необхідно зосередити особливу увагу, – заборона оплатних угод з приводу трансплантатів – органів і тканин. В ст.18 Закону України "Про трансплантацію органів, тканин та інших анатомічних матеріалів людини" міститься заборона укладати угоди, що передбачають купівлю-продаж органів або інших анатомічних матеріалів людини, за винятком кісткового мозку. Для розширення сфери кримінально-правового захисту прав і інтересів особи при проведенні трансплантації уявляється необхідним заборонити не тільки купівлю-продаж органів або тканин людини, але й укладення будь-яких цивільно-правових угод, предметом яких є органи або тканини людини за винятком кісткового мозку. Особливого кримінально-правового значення дане положення набуває у світлі формулювання диспозиції ч.4 ст.143 КК України, де йдеться про незаконну торгівлю органами або тканинами людини.

Як видно з вищевикладеного, сьогодні назріла необхідність більш диференційованого підходу до суспільно небезпечних діянь при трансплантації органів і тканин. Чітко і повно сформульовані правові норми здатні безпосередньо впливати на діяльність медичних працівників і бути засобом забезпечення дотримання прав і свобод людини у сфері медичного обслуговування, полегшуючи вихід із складних ситуацій і запобігаючи вчиненню злочинів.

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА  
ПРАВА НАЙМАНИХ ПРАЦІВНИКІВ НА УЧАСТЬ У СТРАЙКУ  
(ст.174 КК УКРАЇНИ)**

*С. Лихова*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

В розділі 5 КК України містяться злочини, які посягають на основні конституційні права і свободи людини і громадянина. Серед цих злочинів і злочини проти трудових прав громадян. Але конституційна норма, яка закріплює ці права (ст.43 Конституції України) використовує термін не трудові права, а право на працю. Право на працю – термін за своїм змістом дещо ширший ніж трудові права. Відповідно до Конституції України особа може реалізовувати право на працю як шляхом укладання трудового договору чи контракту, так і в інших формах, наприклад, шляхом укладання цивільно-правових угод (договір підряду, договір про створення твору в галузі науки, літератури, мистецтва, договір про надання послуг та інші).

Громадяни мають право займатися підприємницькою діяльністю, а також вступати на військову службу та на службу в органи внутрішніх справ. В останньому випадку мова вже іде не про трудові, а про адміністративні правовідносини.

Таким чином термін "право на працю" є значно ширшим ніж "трудова права" і трудова права є, в свою чергу, окремим, самостійним компонентом (складовою частиною) конституційного права на працю.

Основні трудові права працівників передбачені в більш конкретному вигляді у ст.2 КЗпП України. І якщо ч.1 ст.2 КЗпП практично дослівно відтворює текст ст.43 Конституції України, то в ч.2 ст.2 КЗпП мова вже іде про більш широке коло трудових прав працівників ніж ті, що передбачені в Конституції України. Відповідно до КЗпП в їх коло включаються: право на здорові і безпечні умови праці, на об'єднання у професійні спілки і на вирішення колективних трудових конфліктів у встановленому законом порядку, на участь в управлінні підприємством, установою, організацією, на матеріальне забезпечення у порядку соціального страхування в старості, а також на випадок хвороби, повної або часткової втрати працездатності, на матеріальну допомогу на випадок безробіття, на право звернення до суду для вирішення трудових спорів незалежно від характеру виконуваної роботи або посади. Але і цей перелік є невичерпним, бо, як вказано в ч.2 ст.2 КЗпП, існують ще і інші трудові права, встановлені законодавством про працю.

Трудове законодавство крім цих загальних "конституційних" містить ще і інші елементи права на працю, які реалізуються в процесі виникнення та існування саме трудових правовідносин. Ст.43 Конституції України охоплює не всі елементи трудових прав. Такі права як право на страйк, право на відпочинок, право на об'єднання в професійні спілки з метою захисту своїх трудових прав та інтересів (ст.ст.36,44,45 Конституції України), прямо в ст.43 Конституції не передбачені. Але що стосується таких прав як право на страйк та право на відпочинок, то слід відзначити, що в тексті відповідних статей підкреслено, що такі права належать саме тим особам, які працюють.

Неузгодженість в термінології, яка вживається законодавцем в Конституції та в законодавстві про працю, породжує певні питання при застосуванні окремих норм. Не є зрозумілим, про чий права іде мова в ст.43 Конституції України – про права всіх осіб (людей) чи тільки громадян України і, таким чином, якщо ми розглядаємо право на страйк як складову частину трудових прав, то чи мають право на страйк іноземці та особи без громадянства, які працюють в Україні?

В ст.43 Конституції законодавець вживає термін не "громадянин", а "кожен". В той же час конституційним правам громадян відповідають (принаймні, повинні відповідати) конституційні обов'язки держави. Ці обов'язки сформульовані у ч.2 ст.43 Конституції. Неможливо не звернути увагу на певну узгодженість положень ч.1 і ч.2 ст.43 Конституції України. Змістом конституційних відносин є право на працю, якому кореспондує обов'язок держави забезпечити це право. Справа у тому, що у ч.1 ст.43 Конституції мова йде про право кожного (тобто про право людини). Між тим у ч.2 ст.43 Конституції йдеться про обов'язок держави щодо громадян. Це створює враження, що принцип рівних можливостей у виборі професій або роду трудової діяльності, зокрема, однакова для всіх

можливість просування по роботі на відповідні більш високі посади, не торкається іноземців та осіб без громадянства. Між тим подібне редакційне звуження права на працю не відповідає вимогам статей 6 та 7 Міжнародного Пакту про економічні, соціальні та культурні права, який Україною ратифікований.

В ст.44 Конституції мова іде про "тих, хто працює", але не вказано на підприємствах, установах, організаціях якої форми власності, а також не вказано, чи належить це право тільки працюючим громадянам України, чи і працюючим громадянам інших держав та особам без громадянства. Право на страйк офіційно визнане Європейською соціальною хартією, що була прийнята Радою Європи 18 жовтня 1961 року і набрала чинності з 26 лютого 1965 року після ратифікації її п'ятьма державами. Європейська соціальна хартія фактично є першою багатонаціональною угодою, що присвячена вирішенню трудових конфліктів. Хартія прямо визнала право на страйк. Зокрема, в ст.4 Хартії передбачене "право трудящих і роботодавців на колективні дії у вигляді конфліктів інтересів, включаючи право на страйк, за умови додержання зобов'язань, які можуть впливати з укладених раніше колективних договорів".

Таким чином, право на страйк – це колективне право і належить воно не окремій особі, а колективному суб'єкту. Рішення про оголошення страйку на підприємстві приймається за поданням органу профспілкової або іншої організації найманих працівників, уповноваженої представляти їх інтереси, загальними зборами (конференцією) найманих працівників шляхом голосування і вважається прийнятим, якщо за нього проголосувала більшість найманих працівників або дві третини делегатів конференції. Рішення про оголошення страйку оформлюється протоколом.

Право на страйк реалізується колективним суб'єктом трудових правовідносин, а право на участь у страйку є суб'єктивним правом окремого працівника. Положення Закону України від 3 березня 1998 року "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)" встановлюють сферу дії цього Закону і визначають трудовий конфлікт як розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудова відносин (ч.1 ст.1, ст.2 Закону). Сторонами ж соціально-трудова відносин Закон називає, з одного боку, найманих працівників та організації, утворені ними, а з іншого – власників підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності.

В тексті ст.174 КК України конкретно не вказано, щодо кого застосовується насильство або погроза застосувати насильство, або інші незаконні дії – щодо особи, яка має право на участь у страйку, чи до будь-якої іншої особи. На нашу думку, якщо такий вплив застосовується щодо особи, яка має право на участь у страйку, то, дійсно, мова іде про примушування особи до реалізації цього права. Але, якщо мова іде про насильницькі дії щодо осіб, які не мають права брати участь у страйку, то чи може іти мова про порушення їх трудових прав? В даному випадку слід вести мову про злочин проти особи (при наявності до цього підстав) без посилання на ст.174 КК України. Стороння особа, яка не має у відповідності до Конституції та законодавства про працю права на участь у страйку, не реалізує його, і примусити її до того, чого у неї немає, чи перешкодити здійснити те право, яке у неї відсутнє – неможливо.

Згідно зі ст.3 КЗпП законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності і галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичними особами. У даній статті не вживається термін "найманий працівник", однак посилання на трудовий договір як підставу виникнення таких відносин, підтверджує цей висновок. Визначення поняття "найманий працівник" дано у більш сучасному акті – Законі України "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)", згідно з яким найманий працівник – це фізична особа, яка працює за трудовим договором на підприємстві, в установі та організації, в їх об'єднаннях або у фізичних осіб, які використовують найману працю. Терміни "наймана праця" і "наймані працівники" стали базовими поняттями і застосовуються у законах та підзаконних актах.

Таким чином, право на участь у страйку може належати як громадянину України, так і іноземцю і особі без громадянства, якщо вони є найманими працівниками. На нашу думку, доповнення тексту диспозиції статті 174 КК України словами "щодо найманого працівника" внесло-б ясність в розуміння законності реалізації відповідними особами права на страйк.

Але не всі особи, які працюють і є найманими працівниками, мають право на участь у страйку. Право на участь у страйку є одним із елементів трудового права. Обсяг трудових прав іноземців та осіб без громадянства і громадян України суттєво відрізняється. Так, право займатися трудовою діяльністю згідно із Законом України від 4 лютого 1994 року "Про правовий статус іноземців" мають також і іноземці. Згідно із ст.8 цього Закону іноземці мають рівні з громадянами України права та

обов'язки в трудових правовідносинах, якщо інше не передбачене законодавством та міжнародними договорами України.

Іноземці, які постійно проживають в Україні, мають право працювати на підприємствах, в установах і організаціях або займатися іншою трудовою діяльністю на підставах і в порядку, що встановлені для громадян України.

Іноземці, які емігрували в Україну для працевлаштування на певний термін, можуть займатися трудовою діяльністю відповідно до отриманого у встановленому порядку дозволу на працевлаштування. Такий дозвіл оформляється і видається Державним Центром зайнятості Міністерства праці та соціальної політики України, або за його дорученням відповідними центрами зайнятості Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя для роботи на підприємстві, в установі, організації, які запросили іноземця на певну посаду (за фахом) відповідно до Порядку отримання іноземцями та особами без громадянства дозволу на працевлаштування в Україні, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 1 листопада 1999 р. №2028.

В той же час іноземці не можуть призначатись на окремі посади або займатися певною трудовою діяльністю, якщо відповідно до законодавства України призначення на ці посади або зайняття такою діяльністю пов'язане з приналежністю до громадянства України. Так, згідно зі ст.4 Закону України від 16 грудня 1993 року "Про державну службу" право на неї мають громадяни України незалежно від походження, соціального та майнового стану, расової і національної приналежності, статі, політичних поглядів, релігійних переконань, місця проживання, які здобули відповідну освіту і професійну підготовку і пройшли у встановленому порядку конкурсний відбір або за іншою процедурою, передбаченою Кабінетом Міністрів України. Правовий статус іноземців, які працюють в Україні на легальних підставах визначається цілою низкою міжнародних Угод про трудову діяльність і соціальний захист громадян України та іноземців, які працюють за межами кордонів своїх держав (угоди між Урядом України і Урядами РФ, Республіки Молдови, Республіки Вірменії, Республіки Білорусь, Латвійської Республіки). Укладено і ратифіковано двосторонні угоди про взаємне працевлаштування громадян та їх соціальний захист (угоди між Урядом України та Урядами Соціалістичної Республіки В'єтнам, Словацької Республіки, Литовської Республіки, Республіки Польща). Окремі положення про регулювання трудових відносин містяться і в деяких інших міжнародних договорах України. Серед них – Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейським Співтовариством і його державами, ратифікована 10 листопада 1994 року. У ст.24 цієї Угоди встановлено, що наскільки це дозволяється законами, умовами і процедурами, які прийняті в Україні, вона буде намагатися забезпечити громадянам держав – учасниць Співтовариства, які працюють на законних підставах на території України, відносини, вільні від будь-якої дискримінації залежно від громадянства в умовах праці, винагороди за труд або звільнення з роботи порівняно із її власними громадянами. Таким чином, трудові відносини іноземців та осіб без громадянства, які працюють легально на території України регулюються законодавством про працю України.

У деяких випадках міжнародні договори прямо передбачають, що трудові відносини громадян, які працюють по трудовим договорам з роботодавцями своєї держави, однак на території іншої держави, регулюються законодавством тієї держави, на території якої здійснюється трудова діяльність. Прикладом такого підходу є Угода між Урядом України і Урядом Республіки Білорусь про трудову діяльність і соціальний захист громадян України і Республіки Білорусь, які працюють за межами своїх держав. В ст.7 цієї Угоди (як і в Угоді Уряду України з Урядом Чехії) передбачена можливість того, що громадяни однієї держави можуть здійснювати трудову діяльність на території іншої держави на підставі не тільки трудового договору (контракту), укладеного між громадянином однієї держави і роботодавцем іншої, але і на підставі угоди, укладеної між суб'єктами господарської діяльності обох держав. Однак далі в ст.7 однозначно встановлено, що працівники користуються правами і виконують обов'язки, передбачені трудовим законодавством держави працевлаштування, під якою розуміється інша держава, ніж держава громадянства чи постійного проживання. Таким чином, труд громадян Республіки Білорусь, які працюють на підставі трудових договорів як з українськими, так і з білоруськими роботодавцями, але на території України, регулюються українським законодавством. Такий же підхід міститься і в інших Угодах. Важливо відзначити той факт, що в ст.200 КК Республіки Білорусь 1999 року міститься норма, яка передбачає кримінальну відповідальність за примушування до участі в страйку або до відмови від участі в законному страйку, якщо ці дії вчинені із застосуванням насильства або з погрозою його застосування.

Відповідно до ст.17 Порядку оформлення іноземцями та особами без громадянства дозволу на працевлаштування в Україні, іноземець або особа без громадянства, які оформилися на роботу без дозволу на працевлаштування, підлягає видворенню з України, яке здійснюється органами внутрішніх справ у порядку, визначеному постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р. "Про правила в'їзду іноземців в Україну, їх виїзд з України і транзитного проїзду через її територію".

Таким чином, все вищевикладене дозволяє дійти висновку, що іноземці та особи без громадянства, які є найманими працівниками і на легальних засадах здійснюють свою трудову діяльність на території України, мають право на участь з законному страйку нарівні з громадянами України – найманими працівниками і права обох цих категорій найманих працівників в рівній мірі захищаються нормою, яка міститься в ст.174 КК України.

Але слід зауважити наступні моменти, які мають істотне значення для розуміння як правової природи участі у страйку, так і механізму кримінально-правової охорони цього конституційного права людини і громадянина.

Кримінально-правовій охороні підлягає право найманого працівника на участь тільки у законному страйку, хоча єдності у підходах до вирішення цієї ситуації у науково-практичних джерелах немає. Так, М.І. Мельник вважає, що не утворює складу злочину, передбаченого ст.174 КК України, створення перепон участі у страйку, коли його проведення є незаконним. П.П. Андрушко вказує, що примушування до участі у страйку шляхом вчинення зазначених у ст.174 КК України дій є злочином незалежно від того, до участі у законному чи незаконному страйку примушується працівник, а перешкоджання участі у страйку – лише при вчиненні таких дій з метою перешкодити працівнику брати участь у законному страйку. Інші автори вважають, що не утворює складу злочину, передбаченого ст.174 КК України перешкоджання проведення страйку в тих випадках, коли його проведення законом забороняється.

На нашу думку, підхід тут може бути лише один. Норма, яка міститься в ст.174 КК України спрямована на охорону, безумовно, законного конституційного права найманих працівників на участь у законному страйку. Перешкодити, примусити виконувати чи не виконувати право можна тільки ту особу, яка це право має.

Права на участь у страйку працівники можуть не мати з двох причин: по-перше, визнання страйку незаконним і, по-друге, обмеження цього права, яке міститься в законах, які регулюють трудову діяльність окремих категорій працівників.

У відповідності до ст.22 Закону України від 3 березня 1988 р. "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)" незаконними визнаються страйки: оголошені з вимогами про зміну конституційного ладу, державних кордонів, адміністративно-територіального устрою України, а також з вимогами, що порушують права людини; оголошені без додержання найманими працівниками, профспілками, об'єднанням профспілок чи уповноваженими ними органами положень статей цього Закону; розпочаті з порушенням найманими працівниками, профспілками, об'єднаннями профспілок чи уповноваженими ними органами вимог цього Закону; які оголошені та/або проводяться під час здійснення примирних процедур, передбачених цим Законом.

Незаконним буде визнаватися також страйк, який проводиться за умов, якщо припинення працівниками роботи створює загрозу життю і здоров'ю людей, довікллю або перешкоджає запобіганню стихійному лиху, аваріям, катастрофам, епідеміям та епізоотіям та ліквідації їх наслідків. У разі оголошення надзвичайного стану Верховна Рада України або Президент України можуть заборонити проведення страйків на строк, що не перевищує одного місяця. Подальша заборона має бути схвалена спільним актом Верховної Ради України і Президента України. У разі оголошення воєнного стану автоматично настає заборона проведення страйків до моменту його відміни (ст.24 Закону України "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)").

Крім того в Україні діють закони, які забороняють окремим категоріям працівників (як правило, це працівники "подібні до найманих", а також працівники, праця яких носить характер не трудових, а адміністративних правовідносин) брати участь у страйках і взагалі проводити страйки. До таких законів слід віднести закони, які регулюють трудову діяльність працівників органів прокуратури, суду, Збройних Сил України, органів державної влади, безпеки та правопорядку.

Участь у страйку цих категорій працівників, як і участь у незаконному страйку не слід вважати реалізацією права на страйк, адже цього права дана категорія працівників не має.

З іншого боку законодавець не до кінця послідовний у встановленні кримінальної відповідальності щодо осіб, які порушують право працівників на участь у страйку. На нашу думку,

більш суспільно-небезпечним ніж примушування окремого працівника до участі у страйку або перешкоджання до участі у страйку є дії, які полягають в організації страйку. Ст.32 Закону України "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)" передбачає норму, у відповідності до якої особи, які є організаторами страйку, визнаного судом незаконним, або які не виконують рішення про визнання страйку незаконним, а так само особи, які перешкоджають припиненню незаконного страйку, притягаються до дисциплінарної або адміністративної відповідальності. Вважаємо, що доповнення ст.174 КК України спеціальною нормою, яка передбачала б встановлення кримінальної відповідальності за подібні дії, а саме за організацію страйку, визнаного судом незаконним, та за невиконання рішення про визнання страйку незаконним, послужило б вдосконаленню нормативного рівня механізму кримінально-правової охорони трудових прав найманих працівників.

## ПИТАННЯ ОБҐРУНТОВАНІСТІ ВЖИВАННЯ ПОНЯТТЯ "ЗЛОЧИНИ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ"

С. Лихова, П. Берзін

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Статтями 176, 177, 229, 231 та 232 чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) передбачається відповідальність за посягання на окремі об'єкти права інтелектуальної власності: а) об'єкти авторського права та суміжних прав (ст.176); б) об'єкти права промислової власності (ст.ст.177, 231 та 232), що захищаються патентним правом, та їх окремий вид – в) засоби індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, виробленої продукції та послуг, що надаються такими учасниками (ст.229).

Виділення злочинів, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності як особливого виду злочинів видається абсолютно правомірно обґрунтованим з огляду на викладене нижче.

1. Поняття "об'єкти права інтелектуальної власності" є конвенційним, тобто таким, що має відповідний нормативно-правовий зміст. Зокрема, у Конвенції, що засновує Всесвітню Організацію Інтелектуальної Власності, підписаній у Стокгольмі 14 липня 1967 р. і зміненій 2 жовтня 1979 р., об'єктами права інтелектуальної власності називаються всі права, які відносяться до інтелектуальної діяльності у виробничій, науковій, літературній і художній галузях. Таким чином, це поняття є загально визнаним у міжнародному праві, що дає юридичні підстави не тільки для виділення такої групи злочинів, але й для його використання у кримінально-правовій доктрині.

2. Наявність зазначеної групи злочинів логічно впливає із чинного законодавства України. Так, Цивільний кодекс України 2003 р. (далі – ЦК), який набрав чинності з 1 січня 2004 р., визначає зміст таких понять як "право інтелектуальної власності" (ч.1 ст.418), "об'єкти права інтелектуальної власності" (ст.420). Ст.155 Господарського кодексу України 2003 р., що набрав чинності з 1 січня 2004 р., визначає перелік об'єктів права інтелектуальної власності у сфері господарювання.

3. Виділення даного виду злочинів для потреб кримінально-правової доктрини не лише можливе, але й доцільне з точки зору особливої правової сутності, спільних ознак злочинних діянь, які охоплюються поняттям "об'єкти права інтелектуальної власності". Ці злочини виділяє те, що їх можна об'єднати у відповідну групу не за формальним розташуванням в Особливій частині КК залежно від того, в якій главі знаходяться статті про їх відповідальність, а за цілою низкою спільних обов'язкових ознак змістовного характеру: особливостей ознак об'єкта і об'єктивної сторони складу злочину.

4. З'ясовуючи те, які саме діяння, визнані КК злочинними, можна віднести до категорії злочинів, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, у першу чергу необхідно окреслити коло спільних обов'язкових ознак (конкретний зміст) родового (видового) об'єкта, предмета, об'єктивної та суб'єктивної сторін юридичних складів таких злочинів, на підставі чого слід сформулювати узагальнюючу дефініцію цього поняття.

4.1. На наш погляд, родовим об'єктом злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229, 231, 232 КК, є право інтелектуальної власності як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший *об'єкт права інтелектуальної власності*, визначений ЦК України та іншим законом (ч.1 ст.418 ЦК України).

Виходячи із змісту ч.1 ст.418 ЦК України, право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений ЦК України та іншим законом. Воно включає в себе особисті немайнові та майнові права суб'єктів права інтелектуальної власності, якими є творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності та інші особи, яким належать особисті немайнові та/або майнові права інтелектуальної власності.

Отже, право інтелектуальної власності включає в себе особисті немайнові та майнові права суб'єктів права інтелектуальної власності, якими є творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та/або майнові права інтелектуальної власності. Особистими немайновими правами інтелектуальної власності,



згідно зі ст.423 ЦК України, є: 1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; 2) право перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності; 3) інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві об'єкта права інтелектуальної власності. У випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не залежать від майнових прав інтелектуальної власності. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом. Майновими правами інтелектуальної власності є: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Причому законом можуть бути встановлені винятки та обмеження в майнових правах інтелектуальної власності за умови, що такі обмеження та винятки не створюють істотних перешкод для нормальної реалізації майнових прав інтелектуальної власності та здійснення законних інтересів суб'єктів цих прав. Майнові права інтелектуальної власності можуть, відповідно до закону, бути вкладом до статутного капіталу юридичної особи, предметом договору застави та інших зобов'язань, а також використовуватися в інших цивільних відносинах.

4.2. Для правової оцінки цієї групи злочинів велике значення має з'ясування питання про види права інтелектуальної власності, якими можна визнати: 1) авторське право, об'єктами якого є твори (літературні та художні твори, комп'ютерні програми, компіляції даних (баз даних) та інші твори); 2) суміжні права (виконання, фонограми, відеограми та програми (передачі) організації мовлення) та 3) право промислової власності (право на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, знаки для товарів і послуг (торговельні марки), раціоналізаторські пропозиції, наукові відкриття, компоновання (топографії) інтегральних мікросхем, сорти рослин, породи тварин, комерційні (фірмові) найменування, географічні зазначення, комерційні таємниці). Між тим, у цивілістичній літературі об'єкти права інтелектуальної власності традиційно поділялися на дві групи: 1) об'єкти авторського права та суміжних прав та 2) об'єкти права промислової власності, а у цивільному праві та в цивільному законодавстві склалося два самостійні правові інститути – авторське право і право промислової власності. Проте, як зазначає О.А. Підпригора, останніми роками намітилася тенденція до формування ще однієї – третьої групи – групи результатів творчої діяльності, яка відокремлюється від групи промислової власності і отримала назву засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. До цієї групи об'єктів права інтелектуальної власності відносяться знаки для товарів і послуг, фірмове найменування та найменування місця походження товару, які Паризькою конвенцією по охороні промислової власності від 20 березня 1883 р., зміненою 2 жовтня 1979 р., визнаються об'єктами охорони промислової власності. У цілому в названій Конвенції об'єктами охорони промислової власності визнаються патенти на: 1) винаходи; 2) корисні моделі; 3) промислові зразки; 4) товарні знаки; 5) знаки обслуговування; 6) фірмові найменування; 7) вказівки про походження чи найменування місця походження; 8) припинення недобросовісної конкуренції. Тому слушною видається пропозиція П.П. Андрушка, що виокремлення засобів (правових засобів) індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, товарів і послуг в окрему підгрупу об'єктів права промислової власності чи в окрему групу об'єктів права інтелектуальної власності є виправданим. Але зазначені засоби індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, виробленої продукції та послуг, що ними надаються, суттєво відрізняються від інших об'єктів промислової власності як за своїм функціональним призначенням, так і рівнем творчості. Зокрема, одна справа створити винахід, інші – знак для товарів і послуг, промисловий зразок чи фірмове найменування. У цілому об'єкти промислової власності мають своїм призначенням підвищення ефективності виробництва, зниження собівартості продукції тощо, а засоби індивідуалізації – індивідуалізувати товаровиробника, показати відмінність товару одного виробника від подібного товару іншого виробника. Тому значимість об'єктів промислової власності дещо вища, ніж засобів індивідуалізації, а останні не дуже вписуються в групу об'єктів промислової власності, принаймні за своїм функціональним призначенням. Підтвердженням цьому може служити те, що прийнятим 22 травня 2003 р. Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо правової охорони інтелектуальної власності" №850-IV кваліфіковане зазначення походження товару як об'єкт права промислової власності виправдано стало об'єктом кримінально-правової охорони не ст.177 КК, а ст.229 КК, оскільки воно разом із знаком для товарів і послуг та фірмовим найменуванням є засобом індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, товарів і послуг.

О.Ю. Кашинцева, яка, проаналізувавши відмінності у моменті виникнення права на знак для товарів і послуг як об'єкт права промислової власності та авторського права, зазначає, що як об'єкт права промислової власності він є символом, який індивідуалізує однорідні товари і послуги. Знак, як об'єкт авторського права, – це, на її думку, створене творчою працею розробника позначення, яке може бути виражено у будь-якій матеріальній формі, і з моменту його створення є об'єктом авторського права. Але у даному випадку, об'єкт авторського права і матеріальний об'єкт, в якому він існує – знак для товарів і послуг – не повинні ототожнюватися. Думається, що подальше визнання у ст.421 ЦК України творця (творців) будь-якого із зазначених у ст.420 ЦК об'єктів права інтелектуальної власності, яким належать особисті немайнові та/або майнові права інтелектуальної власності суб'єктом права інтелектуальної власності (автор, виконавець та ін.), є зайвим тому підтвердженням. Але на практиці, як правильно зазначає П.П. Андрушко, стосовно засобів індивідуалізації інколи взагалі не можна визначити їх творця як суб'єкта права інтелектуальної власності (зокрема, авторського права), якого у них може і не бути взагалі, наприклад, у кваліфікованого зазначення походження товару чи фірмового найменування. Отже, виділення засобів (правових засобів) індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, вироблених товарів та послуг, що надаються такими учасниками, в окрему групу об'єктів права промислової власності, також як і виділення їх в окремій статті КК (ст.229) в якості об'єктів кримінально-правової охорони є, на нашу думку, цілком виправданим. За таких умов в якості належного особі (групі осіб) нематеріалізованого блага і одного із різновидів (проявів) цінностей, на які посягають злочини, передбачені ст.ст.177 та 229 КК (видовим об'єктом цих злочинів), можна розглядати право інтелектуальної власності на об'єкти права промислової власності, які є результатом творчої діяльності їх авторів (винахід, корисна модель, промисловий зразок, топографія інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторська пропозиція) та засобами (правовими засобами) індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, вироблених товарів та послуг, що надаються такими учасниками (знак для товарів і послуг, фірмове найменування та кваліфіковане зазначення походження товару).

Основним безпосереднім об'єктом цієї категорії злочинів можна вважати право інтелектуальної власності на окремі об'єкти інтелектуальної власності:

а) ст.176 КК – право інтелектуальної власності на твір (авторське право) та суміжні права (право на виконання, фонограму, відеограму, програму мовлення);

б) ст.177 КК – право інтелектуальної власності на окремі об'єкти права промислової власності, які є результатом творчої діяльності їх авторів (зокрема, винахід, корисна модель, промисловий зразок, топографія інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторська пропозиція);

в) право інтелектуальної власності на окремі об'єкти права промислової власності, які є засобами індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту, виробленої продукції та послуг, що надаються такими учасниками (зокрема, торговельна марка (знак для товарів і послуг), фірмове найменування та кваліфіковане зазначення походження товару);

г) ст.ст.231, 232 КК – право інтелектуальної власності на комерційну таємницю.

4.3. Суб'єктами права інтелектуальної власності є творець об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та/або майнові права інтелектуальної власності. Крім цього, право інтелектуальної власності може належати кільком особам спільно, що врешті-решт обумовлює здійснення його реалізації спільно за договором між ними. Основні склади злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229 та 232 КК, сформульовані законодавцем як матеріальні, тобто обов'язковими ознаками їх суб'єктивної сторони є наслідки у вигляді матеріальної шкоди у великому (особливо великому) розмірі (ст.ст.176, 177, 229 КК) чи істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності (ст.232 КК). Склад злочину, передбачений ст.231 КК, є формально-матеріальним – вчинення дій, спрямованих на отримання відомостей, що становлять комерційну таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей (комерційне шпигунство), є злочином з формальним складом, а незаконне використання відомостей, що становлять комерційну таємницю, є злочином, якщо такими діями спричинено істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності.

Стосовно ст.ст.176, 177 та 229 КК законодавець не визначає, кому саме має бути завдана матеріальна шкода. У Примітках до ст.ст.176, 229 КК визначається лише розмір (великий та особливо великий) завданої матеріальної шкоди. Так, завдання матеріальної шкоди у двісті і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – нмдг) складає великий розмір, а у розмірі тисяча і більше нмдг – особливо великий розмір. Проте, слід зазначити, що у названих статтях безпосередньо не визначається ні коло потерпілих, ні критерії визначення матеріальної шкоди. Отже, коло потерпілих від злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229, 231 та 232 КК, законодавцем визначено лише у ст.ст.231 та 232 КК – суб'єкти господарської діяльності. Тому при з'ясуванні кола

потерпілих від злочинів, передбачених ст.ст.176, 177 та 229 КК, слід мати на увазі, що суспільно небезпечні наслідки у вигляді матеріальної шкоди від таких діянь локалізуються тільки на майнових правах окремої особи (суб'єкті права інтелектуальної власності) або їх груп (в цьому, до речі, їх схожість зі злочинами проти власності) інтелектуальної власності на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності (зокрема, на об'єкт авторського права, або на об'єкт суміжних прав чи об'єкт права промислової власності). Отже, потерпілим в результаті вчинення злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229 КК, є суб'єкт (група суб'єктів) майнових прав інтелектуальної власності на певний об'єкт права інтелектуальної власності. А потерпілим при вчиненні злочинів, передбачених ст.ст.231 та 232 КК – суб'єкт (група суб'єктів) господарської діяльності, якому (яким) належать відомості, що становлять його (їх) комерційну таємницю. Так, суб'єктом майнових прав інтелектуальної власності на будь-який із засобів індивідуалізації учасників цивільного (господарського) обороту (ст.229 КК) та комерційну таємницю (ст.ст.231, 232 КК) – юридична (ні) особа(и) – суб'єкт(и) господарської діяльності чи фізична(ні) особа(и) – суб'єкт(и) підприємницької діяльності. Таким чином, право інтелектуальної власності як належне особі (групі осіб) нематеріалізоване благо і водночас один із різновидів (проявів) цінностей, на які посягає група злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229, 231 та 232 КК, – це особисті немайнові та/або майнові права суб'єктів права інтелектуальної власності на певний об'єкт (об'єкти) права інтелектуальної власності, необхідні для забезпечення захисту результату творчої праці людини, її моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності.

4.4. Аналіз конкретного змісту юридичних складів злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229 КК, дозволяє виділити наступні їх спільні ознаки:

- 1) їх родовим об'єктом є право інтелектуальної власності;
- 2) предметом цих злочинів, як і предметом злочинів, передбачених ст.ст.231, 232 КК, є окремі об'єкти права інтелектуальної власності;
- 3) діяння, що утворюють їх об'єктивну сторону, є фактично тотожними – умисне порушення права інтелектуальної власності на певні об'єкти права інтелектуальної власності;
- 4) за особливостями конструкції об'єктивної сторони юридичні склади цих злочинів є матеріальними, оскільки обов'язковою ознакою їх суспільно небезпечних наслідків є матеріальна шкода;
- 5) умисел щодо здійснення порушення права інтелектуальної власності на зазначені об'єкти права інтелектуальної власності;
- 6) за ч.ч.1, 2 їх юридичного складу суб'єкт злочину є загальним, а за ч.3 – спеціальним (службова особа, яка вчинила таке умисне порушення права з використанням свого службового становища щодо підлеглої особи).

Таким чином, та обставина, що предметом юридичних складів злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229, 231, 232 КК, є окремі об'єкти права інтелектуальної власності, на наш погляд, і визначає спільність їхніх основних безпосередніх об'єктів. Тому, як видається, зазначені злочини за родовим об'єктом й можна об'єднати в одну групу – злочини, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності. При цьому, можливість визнання права промислової власності видовим об'єктом злочинів, передбачених ст.ст.177, 229 КК, якраз і дозволяє виділити в складі зазначеної групи злочинів, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, окрему підгрупу злочинів, що посягають на право промислової власності.

Залежно від виду об'єкта права інтелектуальної власності, сфери його незаконного використання та форми порушення права на нього, кожен із злочинів, передбачених ст.ст.176, 177, 229, 231 та 232 КК, має додаткові (обов'язкові) безпосередні об'єкти. Зокрема, для злочинів, передбачених ст.ст.177 та 229 КК, таким додатковим об'єктом є встановлений порядок охорони та використання об'єктів права промислової власності, саме у сфері матеріального (товарного) виробництва, пов'язаної з організацією використання майна для виготовлення (виробництва) та реалізації продукції, товарів, виконання робіт та надання послуг (тобто в сфері господарської діяльності).

Отже, виходячи із зазначеного вище, такими, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, можна визнати злочини, які полягають у незаконному використанні об'єктів права інтелектуальної власності, а також іншому умисному порушенні права інтелектуальної власності на них.

## ЗЛОВЖИВАННЯ ДОВІР'ЯМ ЯК СПОСІБ ШАХРАЙСТВА

*К. Попов*

*Національний технічний університет України "КПІ"*

Кримінально-правовим та кримінологічним проблемам шахрайства в юридичній літературі присвячено досить багато праць (Б.С. Нікіфорова, Г.Н. Борзенкова, М.І. Панова, А.А. Пинасва та ін.). Однак, питання, пов'язані з таким способом скоєння шахрайства як зловживання довірою, на нашу думку, не дістають свого достатньо чіткого та ясного висвітлення. Поряд з тим, що такому способу шахрайського посягання в порівнянні з характеристикою обману приділяється небагато уваги, науковці не знаходять єдиної точки зору в поглядах на зміст поняття зловживання довірою.

Перша і найбільш чисельна група науковців вважає зловживання довірою одним із видів обману. При цьому одні (Г.А. Кригер, П.С. Матишевський, С.Ю. Романов) визнають, що при зловживанні довірою відсутнє введення потерпілого в оману, інші ж (зокрема, С.І. Сирота), навпаки, вказують на наявність стану омани в даному випадку. До зловживання довірою відносять такі, наприклад, діяння:

- здійснення посередницьких послуг з придбання товарів без наміру виконати свої зобов'язання;
- укладення договору позики без наміру віддати борг;
- отримання передплати за договором купівлі-продажу, поставки без наміру виконати свої зобов'язання, тощо. Як бачимо, при цьому зловживання довірою ототожнюється з обманом стосовно майбутніх намірів.

З твердженням про тотожність обману та зловживання довір'ям не погоджуються інші дослідники. Зокрема, Р.А. Сабітов вказує на те, що у всіх подібних ситуаціях немає обману, оскільки відсутній вплив на психіку іншої особи з метою введення її в оману стосовно яких-небудь обставин. З такою точкою зору погоджується і Б.С. Нікіфоров, який вважає, що шахрайське зловживання довірою не повинно й не може містити в собі ознак шахрайського обману.

Певна група авторів, визнаючи зловживання довірою окремим від обману способом скоєння шахрайства, наполягають на тому, що зловживання довір'ям має на меті введення в оману потерпілого. Такому розумінню, можливо, сприяє, й позиція Пленуму Верховного Суду України, який вказує на те, що обман чи зловживання довір'ям при шахрайстві застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість про вигідність або обов'язковість передачі йому майна або права на нього. Іншими словами, з метою введення в оману потерпілого.

Зустрічаються і досить оригінальні думки з цього приводу. Як зазначає Б.С. Нікіфоров, зловживання довір'ям як спосіб вчинення шахрайства означає, що потерпілий без будь-якого обману з боку винного і не передаючи йому свого майна, не застосував тих "запобіжних заходів", які б були ним вжиті в іншому випадку, наприклад, стосовно іншої особи. Слід сказати, що незважаючи на те, що подібні міркування в різному вигляді зустрічаються й у деяких інших дослідників, вони мають під собою, на наш погляд, досить слабо обґрунтовану основу. Оскільки в такому разі основний акцент робиться не на діях злочинця, а на застосуванні (або незастосуванні) певних заходів потерпілим, від чого в принципі не може залежати кримінально-правова оцінка діяння.

На наш погляд, слід підтримати позицію тих дослідників, які вважають, що зловживання довір'ям не є різновидом обману і не пов'язане із введенням потерпілого в оману, оскільки в протилежному випадку, як мінімум, втрачає сенс саме формулювання законодавцем складу шахрайства, поданого у статті 190 КК України. Обман та зловживання довірою згадуються тут як окремі способи скоєння злочину.

В українській мові довіра (довір'я) – це ставлення до кого-небудь, що виникає на основі віри в чийсь правоту, чесність, щирість і т. ін. Зловживати ж означає вживати, використовувати що-небудь на зло або шкоду комусь; користуватися чим-небудь у більшій, ніж належить кількості.

Згаданий спосіб скоєння злочину передбачає в першу чергу наявність довірчих відносин між потерпілим та злочинцем. Такі відносини можуть бути обумовлені як юридичними підставами (довіреність, певні повноваження, надані законом тощо), так і фактичними обставинами (родинні

стосунки, сусідство, близьке знайомство тощо). Здавалося б, що за такого простого розуміння цього питання, тут не місце будь-яким труднощам у його кримінально-правовому тлумаченні та практичному застосуванні. Проте, досить широкий спектр неузгодженостей, що існують у юридичній літературі стосовно різних аспектів розуміння цього способу шахрайства, його співвідношення з іншим – обманом, свідчить, як бачимо, про протилежне.

Однак, незважаючи на досить істотні розбіжності в поглядах на розуміння зловживання довір'ям, більшість вчених погоджується в тому, що обман та зловживання довір'ям настільки тісно переплітаються, що іноді їх важко відокремити одне від одного. В цьому зв'язку постає питання розмежування обману та зловживання довір'ям.

Для того, щоб довір'ям потерпілого можна було зловживати, воно повинно знайти своє вираження у певних відносинах сторін. Таке вираження довір'я може бути, а може і не бути пов'язане з наданням певних майнових повноважень. В останньому випадку важко уявити ситуацію, коли злочинець, використовуючи довір'я потерпілого йому ж на шкоду, може шахрайським шляхом заволодіти майном останнього, не застосовуючи при цьому обману. Вказані відносини довір'я можуть лише полегшувати використання обману для здійснення злочинних намірів. Злочинцю при цьому не потрібно спрямовувати свої зусилля на те, щоб викликати довіру до себе у потерпілого, без якої успішне застосування обману для заволодіння майном було б неможливим.

У тому ж випадку, коли довір'я потерпілого було пов'язане з наданням потерпілим певних майнових повноважень іншій особі, остання може використати їх на шкоду потерпілому, заволодіваючи при цьому його майном або набуваючи право на нього. В такому разі можливі дві ситуації. По-перше, коли довір'я було викликане за допомогою застосування обману злочинцем. Тут, дійсно, має місце введення в оману потерпілого, але при цьому неможливо говорити про чисте зловживання довірою, воно буде 'язане з обманом. І, по-друге, коли потерпіла сторона виявляє довір'я без застосування обману з боку злочинця, і він, зловживаючи ним, заволодіває майном. Але в такому разі не можна вести мову про введення в оману потерпілого, він виходить з дійсного розуміння ситуації. Якщо цього немає, він діє під впливом помилки. Шахрай таким чином здійснює обман, замовчуючи помилку, крім випадків коли сам знаходиться під впливом помилки, але тоді не буде й самого злочину.

Отже, зловживання довір'ям в якості способу шахрайського заволодіння майном може використовуватись по суті двояким чином. По-перше, якщо зловживання довір'ям пов'язане з обманом. Тобто злочинець або здійснює обман при наявності відносин довіри, або застосовує обман з метою викликати довіру потерпілого. По-друге, якщо зловживання довір'ям виступає у якості окремого способу злочину. В такому випадку потерпілий при здійсненні майнових дій та наданні майнових повноважень виходить з дійсного розуміння ситуації, не перебуваючи під впливом омани. При цьому злочинний умисел на заволодіння майном повинен виникати вже після передачі майна або прав на нього. В іншому випадку буде мати місце обман стосовно дійсних намірів злочинця. Оскільки приховуючи свої майбутні наміри в момент отримання майна (пасивна форма обману), шахрай тим самим вводить в оману потерпілого, спотворюючи адекватне відображення ситуації передачі у свідомості останнього.

Пленум Верховного Суду України, проте, вважає, що отримання майна під умовою виконання якого-небудь зобов'язання може кваліфікуватися як шахрайство лише в тому разі, коли винна особа ще в момент заволодіння цим майном мала мету його присвоїти, а зобов'язання не виконувати. Хоча з такою позицією не погоджуються деякі вчені, слід сказати, що в протилежному випадку мова може йти вже не тільки про заволодіння майном шляхом зловживання довірою, а й про привласнення ввіреного, і ситуація, таким чином, ще більше ускладнюється.

Отже, скоєння шахрайських посягань шляхом одного лише зловживання довір'ям можливе тільки у випадках надання потерпілою особою винному певних повноважень на вчинення майнових дій (зокрема видачі довіреності), але не самого майна (у вузькому розумінні). Але й у такій ситуації виникає необхідність відмежування заволодіння майном шляхом зловживання довір'ям від спричинення майнової шкоди згаданим способом. Таким чином, на долю випадків, які можуть кваліфікуватись як заволодіння майном шляхом одного лише зловживання довірою, припадає дуже мале коло правопорушень, державне реагування щодо яких у вигляді кримінальної відповідальності не є, на нашу думку, доцільним. Захист інтересів особи в такому разі було б достатньо здійснювати у цивільно-правовому порядку.

Як бачимо, випадки шахрайського заволодіння чужим майном шляхом так званого "чистого" зловживання довір'ям дуже рідкісні. Мабуть саме тому багато вчених, як вже згадувалось на початку,

вважають зловживання довірою одним із видів (хоча інколи й специфічним) обману. Інші ж намагаються визначити навіть таке вузьке коло випадків. Зокрема, на думку Б.С. Нікіфорова, якщо винний, використовуючи довір'я до нього потерпілого, вселяє в цього останнього надію на настання певних подій (які за своїм характером не можуть скласти предмет неправдивої обіцянки у власному сенсі) і, в результаті, поводить, як зі своїм власним, з майном потерпілого, проте за відсутності ознак привласнення або розтрати цього майна, або набуває претензій як власник на це майно, його дії утворюють склад шахрайського зловживання довірою.

Таким чином, переважна більшість дослідників або ототожнює зловживання довірою з обманом, або вказує на тісний їх зв'язок один з одним та дуже рідкісні випадки вчинення шахрайства лише шляхом зловживання довірою. Ситуація, як бачимо, ускладнюється ще й тим, що велика кількість майнових посягань, які вчиняються шляхом зловживання довірою, кваліфікуються за іншими статтями Кримінального кодексу. Сюди можна віднести, наприклад, кримінально-правові норми про привласнення або розтрату чужого майна, заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою тощо.

В цьому зв'язку виникає логічне запитання щодо доцільності окремого виділення в складі шахрайського посягання такого способу заволодіння майном або придбання права на майно як зловживання 'ям. Висловлюються навіть пропозиції про зміну згаданої кримінально-правової норми шляхом виключення зловживання довірою, не пов'язаного з обманом.

Тому вважаємо, що сьогодні необхідно приділити особливу увагу дослідженню питань, пов'язаних із вдосконаленням, модернізацією існуючого законодавчого визначення шахрайства. Від себе можемо запропонувати викласти частину першу статті 190 КК України в такій редакції: "Обманне заволодіння чужим майном або придбання права на майно, поєднане зі зловживанням довір'ям або без такого". Таке визначення дозволить, на наш погляд, по-перше, позначити специфіку шахрайського посягання саме як обманних дій, а, по-друге, врахувати при вирішенні питання про кримінально-правову оцінку діяння винної особи недобросовісне використання нею довір'я потерпілого.

## ВІДМЕЖУВАННЯ ПОГРОЗИ ЗНИЩЕННЯ МАЙНА ВІД СУМІЖНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ

*І. Газдайка-Василишин*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

У чинному Кримінальному кодексі кардинально змінено підхід до кримінально-правової охорони власності, яка базується на принципі рівності захисту прав усіх власників. Натомість у Кримінальному кодексі 1960 року посилена кримінально-правова охорона надавалась державній та колективній формі власності. Таму протягом майже п'яти років, починаючи з 28 червня 1996 року, чинне на той час кримінальне законодавство не відповідало Конституції України, в якій зазначено: "усі суб'єкти права власності рівні перед законом". Прийняттям нового кодексу цю невідповідність усунуто.

Чинний Кримінальний кодекс України містить також новий склад злочину проти власності – погроза знищення майна (ст.195). Раніше погроза знищити чуже майно тягнула кримінальну відповідальність лише в двох випадках:

- коли вона стосувалася певного кола потерпілих;
- коли вона виступала способом вчинення іншого злочину.

Безумовно, закріплення нової кримінально-правової норми, що передбачає відповідальність за погрозу знищення майна, з кримінологічної точки зору є вагомим засобом загальної превенції. Проте, з точки зору кримінально-правової науки та правозастосовчої діяльності ця новела має ряд проблемних аспектів. Перш за все, це стосується відмежування погрози знищення майна від суміжних складів злочинів:

- коли погроза знищення майна вчиняється щодо певного кола потерпілих і у зв'язку з їх професійною чи громадською діяльністю;
- коли погроза знищення майна виступає способом вчинення іншого злочину;
- коли погроза знищення майна поєднується з умисним знищенням майна.

У першому випадку має місце конкуренція загальної та спеціальної норми і за загальним правилом застосуванню підлягає лише спеціальна норма. Тобто, погроза знищення майна, вчинена щодо працівника правоохоронного органу; державного чи громадського діяча; службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок; судді, народного засідателя чи присяжного; захисника чи представника особи (або їх близьких родичів), повністю охоплюється відповідно ст.345; ст.346; ст.350; ст.377; ст.398 і не потребує додаткової кваліфікації за загальною нормою – ст.195 Кримінального кодексу України. Але це стосується лише тих випадків, коли погроза знищення їх майна здійснюється у зв'язку з їх професійною чи громадською діяльністю; якщо ж погроза викликана іншими мотивами, вчинене слід кваліфікувати за загальною нормою – за ст.195 Кримінального кодексу України (за умови наявності усіх інших ознак складу злочину).

У другому випадку йдеться про співвідношення погрози знищення майна з такими злочинами, як:

- примушування до вступу у статевий зв'язок (ч.2 ст.154);
- порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії (ч.2 ст.161);
- вимагання (ст.189);
- протидія законній господарській діяльності (ст.206);
- примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків (ст.280);
- примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст.355);
- перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст.386).

Коли ці злочини вчиняються із застосуванням погрози знищення майна, наявна конкуренція частини і цілого. А отже, кваліфікацію вчиненого слід проводити з врахуванням критерію суспільної небезпечності (порівняння суворості санкцій) і виходити з правила, що менш суспільно небезпечне діяння не може поглинути більш суспільно небезпечне. Тобто, якщо санкція статті, що встановлює відповідальність за погрозу знищення майна, була б більш суворою, ніж санкція статті, що описує

злочин, де така погроза виступає способом вчинення – вчинене підлягало б кваліфікації за сукупністю. Проте чинний Кримінальний кодекс України за злочини, способом вчинення яких може бути погроза знищення майна, передбачає більш суворі санкції, ніж санкція ст.195. Тому недопустимою в таких випадках є додаткова кваліфікація вчиненого ще й за ст.195 Кримінального кодексу України.

У третьому випадку йдеться про ситуацію, коли особа спочатку вчинила погрозу знищення майна, а через деякий час привела погрозу у виконання, знищивши майно. Чи повинна така особа підлягати відповідальності за обидва злочини? Або ж, можливо, погрозу слід вважати лише виявленням наміру знищити певне майно, а тому вчинене повністю охоплюється ст.194 КК України?

В теорії кримінального права та на практиці ці питання можуть знаходити далеко неоднозначні, не однотипні відповіді. Адже, за загальним правилом, виявлення наміру вчинити злочин не є стадією злочинної поведінки, а тому в даному випадку не можна керуватися загальним правилом кваліфікації, яке стверджує, що "найбільш пізня стадія злочинної діяльності поглинає усі попередні".

Не слід ототожнювати погрозу знищення майна з наміром знищити майно. Це різні за змістом поняття. Далеко не кожний висловлений винним намір знищити майно є підставою кримінальної відповідальності. Кримінально-правовій кваліфікації підлягає лише такий висловлений назовні намір знищити майно, який доведений до його власника чи законного володільця, особи, у віданні чи під охороною якої знаходиться це майно, іншої особи, яка зацікавлена у його збереженні. Також це повинен бути намір знищити майно лише певним, зазначеним у диспозиції ст.195 КК України, способом – шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом. Окрім цього, такий намір повинен сприйматися потерпілим, як реальний. При визначенні реальності погрози знищення майна слід виходити із суб'єктивного ставлення до неї винного та суб'єктивного сприйняття її потерпілим. Реальність погрози для потерпілого означає усвідомлення ним того, що небезпека заподіяння шкоди, якою погрожує винний, може стати дійсністю. Реальність погрози ж для винного зовсім не означає, що він дійсно має намір її виконувати. Достатньо, щоб він вважав, що залякування, яке він застосовує, сприймається потерпілим як таке, що цілком може бути реалізоване.

Отже, погроза знищити майно, як злочин, передбачений ст.195 КК України, – це не намір вчинити знищення майна; це активні дії словом, спрямовані на залякування потерпілого, вчиняючи які винний може і не мати в дійсності наміру привести погрозу до виконання.

При вчиненні злочину, передбаченого ст.195 КК України, шкода завдається не тільки і не стільки відносинам власності, як основному безпосередньому об'єкту, скільки відносинам з приводу психічної недоторканості особи, як додатковому обов'язковому об'єкту. Адже погроза спрямована не до майна, а до особи, яка зацікавлена в його збереженні. Погроза знищити певне майно залякує цю особу, позбавляє її душевного спокою, спонукає до вчинення дій, які б вона ніколи не вчинила добровільно, завдає моральних страждань. Коли ж після завдання такого роду шкоди, винна особа ще й знищує майно, приводить погрози до виконання, то навряд чи може кваліфікація вчиненого лише за ст.194 КК України охопити усі дії винного. Таке вирішення ситуації порушувало б принцип повноти кримінально-правової кваліфікації.

Тому правильною видається позиція, що особа, яка вчинила погрозу знищення майна, а згодом і реальне його знищення, повинна підлягати кримінальній відповідальності за ст.194 та за ст.195 Кримінального кодексу України, незалежно від того, який проміжок часу минув між погрозою і реальним виконанням, і незалежно від того, чи встиг потерпілий до реального знищення майна звернутися у правоохоронні органи із заявою про погрозу такого знищення.

Окремого пояснення потребує відмежування погрози знищення майна від закликів до вчинення дій, що загрожують громадському порядку, які утворюють склад злочину, передбаченого ст.295 КК України. В останньому випадку, на відміну від погрози, мова йде не про залякування певних осіб знищенням їх майна, а про прагнення викликати у невизначеній кількості осіб намір знищити певне майно, про підбурювання їх до вчинення зазначених дій.

Усі вище перераховані проблеми, що можуть виникнути у практиці застосування ст.195 Кримінального кодексу України, вирішуються насамперед шляхом офіційного тлумачення цієї норми, дачі роз'яснень стосовно її застосування. На даному ж етапі, для однотипного, однакового застосування цієї кримінально-правової норми можна запропонувати зазначені у цій доповіді шляхи вирішення цих спірних питань.



**ЧИ МОЖЕ ФІЗИЧНА ОСОБА, ЩО ЗДІЙСНЮЄ ПІДПРИЄМНИЦЬКУ  
ДІЯЛЬНІСТЬ БЕЗ СТВОРЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ,  
ВИЗНАВАТИСЬ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ?**

*П. Андрушко*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Як в період дії КК 1960 р., так і нині окремі вчені вважали (вважають), що громадянин-підприємець, який здійснює підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, може визнаватись службовою особою. Зокрема М.І. Мельник вважає, що громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності має визнаватись службовою особою у разі, коли у нього реально виникає можливість виконання вказаних у п.1 примітки до ст.364 КК обов'язків, а саме у випадку, коли такий громадянин на умовах трудового договору наймає працівників для сприяння йому у здійсненні підприємницької діяльності, оскільки за таких обставин він набуває організаційно-розпорядчих повноважень стосовно найманих працівників (право ставити перед ними певні завдання, визначати розмір заробітної плати, розпорядок робочого дня, застосовувати дисциплінарні стягнення тощо). На думку М.І. Мельника, зазначене не поширюється на випадки, коли сприяння громадянину – суб'єкту підприємницької діяльності здійснюється на умовах цивільно-правового договору підядру, а не трудового договору.

В.І. Тютюгін взагалі допускає можливість визнання приватного підприємця службовою особою не лише за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих, а й адміністративно-господарських обов'язків. На його думку, громадянин-підприємець може бути визнаний службовою особою, яка виконує організаційно-розпорядчі обов'язки, тоді, коли він стає керівником трудового колективу тих найманих робітників, які на умовах укладеного з ним трудового договору сприяють йому у здійсненні підприємницької діяльності. Що стосується адміністративно-господарських обов'язків, то підприємець може виконувати їх, на думку В.І. Тютюгіна, тоді, коли здійснює функції з управління чи розпорядження або тим майном, яке належить іншим фізичним чи юридичним особам, або тим належним йому майном, яке вноситься (пайовий внесок) у статутний фонд створюваного підприємцем разом з іншими особами підприємства (організації) і тим самим стає спільною власністю, розпоряджатися якою чи контролювати операції з якою одноосібно він вже не має права і може управляти нею лише за згодою з іншими особами, які спільно з ним здійснюють підприємницьку діяльність.

При цьому В.І. Тютюгін зазначає, що, по-перше, сам по собі факт реєстрації особи як суб'єкта підприємницької діяльності або одержання нею дозволу (ліцензії) на право зайняття певними видами такої діяльності ще не перетворює громадянина у службову особу, оскільки лише свідчить про придбання такою особою права на зайняття відповідними видами професійної, виробничої, господарської та іншої діяльності, та що, по-друге, службовою не може бути і особа, яка керує виключно сама собою або управляє тільки своїм власним майном.

Зазначимо, що суддя Верховного Суду України В.Р. Мойсик у 1995 р. в період дії ст.148<sup>2</sup> КК 1960 р. до внесення до неї змін Законом від 5 лютого 1997 р. писав, що "оскільки приватний підприємець здійснює функції, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих і адміністративно-господарських обов'язків, він, відповідно до ч.2 ст.164 КК України, є службовою особою і може бути суб'єктом ухилення від сплати податків". Проте пізніше В.Р. Мойсик обґрунтовано, на наш погляд, відмовився від висловленої позиції і дійшов висновку, що громадянин-підприємець не може визнаватись посадовою особою.

З позицією М.І. Мельника та В.І. Тютюгіна, на наш погляд, однозначно (беззаперечно) погодитися не можна. По-перше, громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності фактично щодо майна, яке використовується ним при здійсненні підприємницької діяльності, об'єктивно вчинює завжди дії по розпорядженню ним, які за змістом фактично співпадають із змістом адміністративно-господарських обов'язків службової особи, тобто фактично виконує адміністративно-господарські обов'язки, а тому виникає питання, чому М.І. Мельник та В.І. Тютюгін такого громадянина не визнають службовою особою за ознакою виконання таких обов'язків?

По-друге, і перед особами, праця яких громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності використовується на умовах договору підядру, такий громадянин, як і взагалі будь-яка фізична особа,

яка використовує найманих працівників відповідно до чинного законодавства, також має повноваження ставити певні завдання, визначати розмір оплати праці, розпорядок робочого дня тощо. Зокрема, угода про працю, в тому числі і трудовий договір, може укладатись між будь-якою фізичною особою і працівником, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, а фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю і угодою сторін.

Наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 8 червня 2001 р. №260 затверджені Форма трудового договору між працівником і фізичною особою та Порядок реєстрації трудового договору між працівником і фізичною особою (ОВУ. – 2001. – №27. – Ст.1219). Зазначений Порядок поширюється на фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності без створення юридичної особи з правом найму працівників та фізичних осіб, які використовують найману працю, пов'язану з наданням послуг (кухарі, няні, водії тощо). Названою Формою трудового договору передбачається визначення у ньому найбільш істотних умов роботи: вимоги до рівня виконання роботи (за обсягом, якістю, норм та нормативних завдань, дотримання правил з охорони праці) строків виконання роботи, розмір заробітної плати, час виконання роботи, вихідні дні, щорічна оплачувана відпустка. Вирішення питань, не передбачених безпосередньо у договорі, здійснюється на підставі загальних норм законодавства про працю України. За логікою М.І. Мельника та В.І. Тютюгіна, будь-яка фізична особа, яка використовує найману працю інших фізичних осіб, мала б визнаватись службовою особою, оскільки щодо найманих працівників вона наділена організаційно-розпорядчими обов'язками.

На наш погляд, виходячи із буквального тлумачення тексту п.1 примітки до ст.364 КК, обов'язковою ознакою поняття службової особи є обіймання нею певної посади (у широкому розумінні) на підприємстві, в установі чи організації, яка (посада) і надає їй організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків (повноважень), або ж обіймання якої може бути підставою для наділення особи такими обов'язками за спеціальним повноваженням.

Підставою для висновку, що законодавець не відносить громадян – суб'єктів підприємницької діяльності до службових осіб, є також альтернативне визначення видів суб'єктів окремих злочинів безпосередньо у статтях розділу VII – Особливої частини КК, – у яких в якості таких називаються як громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності, так і службові особи суб'єктів господарської (підприємницької) діяльності:

- суб'єктами ухилення від повернення виручки в іноземній валюті у ст.207 альтернативно названі службові особи підприємств, установ чи організацій незалежно від форм власності та особи, які здійснюють господарську діяльність без створення юридичної особи;
- суб'єктами незаконного відкриття або використання за межами України валютних рахунків у ст.208 альтернативно названі службові особи підприємств, установ чи організацій та особи, які здійснюють господарську діяльність без створення юридичної особи;
- суб'єктами ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів у ст.212 альтернативно названі службові особи підприємства, установи чи організації незалежно від форми власності та особи, які займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи;
- суб'єктами фіктивного банкрутства у ст.218 альтернативно названі громадяни – засновники або власники суб'єкта господарської діяльності, його службові особи та громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності;
- суб'єктами шахрайства з фінансовими ресурсами у ст.222 альтернативно названі громадянин-підприємець, громадянин-засновник чи власник суб'єкта господарської діяльності та службова особа такого суб'єкта.

У законодавчому визначенні поняття службової особи (пункт1 Примітки до ст.364 КК) вказується на п'ять видів функцій чи обов'язків, виконання яких особами, наділеними правом на їх виконання, є підставою для визнання їх службовими особами: 1) функції представника влади; 2) організаційні обов'язки; 3) розпорядчі обов'язки; 4) адміністративні обов'язки; 5) господарські обов'язки. При цьому виконання останніх чотирьох видів обов'язків окремо недостатньо для визнання особи службовою, такою вона може визнаватись при їх поєднанні: одночасно або організаційні і розпорядчі, або адміністративні і господарські.

Виходячи із функціональних прав і обов'язків, які на них покладаються і ними виконуються, тобто із змісту компетенції (повноважень) та характеру вчинюваних дій, службових осіб можна поділити на такі категорії: 1) особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади; 2) особи, які виконують організаційно-розпорядчі обов'язки у зв'язку з постійним чи тимчасовим обійманням

посади на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності чи виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням; 3) особи, які виконують адміністративно-господарські обов'язки у зв'язку з постійним чи тимчасовим обійманням посади на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності чи виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням. Оскільки у п.1 Примітки до ст.364 КК говориться про виконання за спеціальним повноваженням обов'язків, а не функцій, а стосовно визначення представників влади говориться лише про здійснення ними функцій таких представників, то логіко-граматичне тлумачення тексту цієї норми дає підстави для висновку, що представниками влади можуть визнаватись лише особи, які здійснюють їх функції постійно чи тимчасово, тобто здійснення особою за спеціальними повноваженнями функцій, які об'єктивно співпадають із функціями представників влади, якщо вона постійно чи тимчасово не виконує функції представника влади, не перетворює її у службову особу.

Класифікація службових осіб, тобто виділення їх видів, на наш погляд, можливо за різними критеріями, зокрема за: 1) за характером (видами) виконуваних функцій чи обов'язків; 2) за правовими підставами виконання функцій чи обов'язків. За першим критерієм можна виділити три категорії службових осіб: 1) особи, які виконують функції представників влади; 2) особи, які виконують організаційно-розпорядчі обов'язки; 3) особи, які виконують адміністративно-господарські обов'язки. За другим критерієм можна також виділити три категорії службових осіб: 1) особи, які виконують зазначені функції чи обов'язки постійно; 2) особи, які виконують зазначені функції тимчасово; 3) особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки за спеціальним повноваженням. Щодо виконання функцій представників влади, то вони, виходячи з буквального логіко-граматичного тлумачення тексту п.1 Примітки до ст.364 КК, як уже зазначалось, то вони можуть виконуватись лише постійно чи тимчасово і не можуть виконуватись за спеціальним повноваженням. Класифікацію службових осіб можна здійснювати і за іншими критеріями, зокрема, за їх "правовим статусом": обіймання певної виборної посади (Народний депутат України, депутат місцевої ради тощо); виконання обов'язків перед державою (військовослужбовець, який залучається до охорони громадського порядку); обіймання певної посади на підприємствах, в установах чи організаціях; особа, на яку покладено разове зобов'язання виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки тощо.

Можуть бути й інші підходи до класифікації службових осіб. Зокрема, П.С. Матишевський виділяє три категорії службових осіб: 1) особи, які здійснюють функції представників влади; 2) особи, які обіймають на підприємствах, в установах чи організаціях, незалежно від форми власності, службові посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків; 3) особи, які виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки за спеціальним повноваженням. Фактично критерієм поділу службових осіб на види П.С. Матишевський бере характер взаємовідносин особи із підприємством, установою, організацією та правові підстави виникнення у особи повноважень чи обов'язків – обіймання посади чи наділення спеціальними повноваженнями.

Схожий підхід до класифікації службових осіб у В.І. Тютюгіна, який вважає, що до числа службових закон відносить чотири категорії осіб, які постійно чи тимчасово: а) здійснюють функції представників влади; б) обіймають на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків; в) обіймають у тих же організаціях посади, пов'язані з виконанням адміністративно-господарських обов'язків; г) виконують зазначені обов'язки за спеціальним повноваженням. Відмінність позиції В.І. Тютюгіна від позиції П.С. Матишевського в тому, що П.С. Матишевський не ділить осіб, які виконують організаційно-розпорядчі обов'язки та адміністративно-господарські обов'язки на два окремих види службових осіб, а В.І. Тютюгін такий поділ здійснює. Раніше В.І. Тютюгін виділяв лише три категорії службових осіб: особи, які 1) здійснюють функції представників влади або обіймають посади, пов'язані з виконанням 2) організаційно-розпорядчих чи 3) адміністративно-господарських обов'язків, тобто в основі такого поділу інший критерій – характер наявних у особи повноважень чи обов'язків.

Потребує відповіді питання, чи є обов'язковим обіймання особою певної посади на підприємствах, в установах чи організаціях, у зв'язку з чим у особи є комплекс прав та обов'язків (повноважень) виконання яких пов'язане із здійсненням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, чи у зв'язку з обійманням якої вона уповноважується на виконання таких обов'язків. Це стосується, перш за все, визнання службовими осіб, які виконують зазначені обов'язки за спеціальним повноваженням, оскільки щодо інших двох категорій службових осіб прямо вказано у законі, що службовими вони визнаються у зв'язку із обійманням (постійним чи

тимчасовим) посад на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків. Як видається, підставою для покладання на особу обов'язків виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки має бути наявність у неї трудових чи договірних правовідносин із відповідними підприємствами, установами, організаціями. При цьому, згідно з роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду України, що містяться в абз.5 п.1 згадуваної постанови, зазначені функції чи обов'язки мають бути покладені на неї правомочним органом або правомочною особою. У постанові не говориться про можливість покладання на особу виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків (функцій) безпосередньо законом, а тому особи, які вчинюють на підставі закону (уповноважені законом) дії, які за своїми об'єктивними ознаками (за змістом) співпадають з діями, які вчинюються службовими особами, визнаватись службовими не можуть (наприклад, приватні нотаріуси).

Визначення змісту понять "організаційно-правові обов'язки" та "адміністративно-господарські обов'язки" дається у п.1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. №5 "Про судову практику у справах про хабарництво". Під організаційно-розпорядчими обов'язками розуміються обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідуючі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробі, бригадири тощо).

Адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо.

Щодо можливості визнання приватного підприємця службовою особою за ознакою виконання ним адміністративно-господарських обов'язків, зазначимо, що ГК України розрізняє поняття "управління підприємством" та "керівництво господарською діяльністю підприємства". Згідно зі ст.65 ГК України, власник здійснює свої права щодо управління підприємством безпосередньо або через уповноважені ним органи, а для керівництва господарською діяльністю підприємства власник (власники) або уповноважений ним орган призначає (обирає) керівника підприємства. Ст.14 Закону України "Про підприємства в Україні" від 27 березня 1991 р. також передбачено, що власник підприємства здійснює свої права по управлінню підприємством безпосередньо або через уповноважений ним орган, а найняття (призначення, обрання) керівника підприємством є правом власника (власників) майна підприємства і реалізується безпосередньо або через уповноважені ним органи.

Згідно зі ст.23 Закону України "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991 р. управління товариством здійснюють його органи, склад і порядок обрання (призначення) яких здійснюється відповідно до виду товариства. При цьому у ч.2 ст.23 названого Закону визначається, що посадовими особами органів управління товариства визнаються голова та члени виконавчого органу, голова ревізійної комісії, а у товариствах, де створена рада товариства спостережна рада), – голова та члени ради товариства (спостережної ради).

Поняття "пай", "пайовий внесок" у законодавстві вживаються лише щодо позначення частки особи у майні кооперативних організацій. Зокрема, згідно із ст.1 Закону України "Про кооперацію" від 10 липня 2003 р., пай – це майновий поворотний внесок члена (асоційованого члена) кооперативу у створення та розвиток кооперативу, який здійснюється шляхом передачі кооперативу майна, в тому числі грошей, майнових прав, а також земельної ділянки. Із пайових внесків членів кооперативу при його створенні формується пайовий фонд, який є одним із джерел формування майна кооперативу. Виробничим кооперативом, відповідно до ч.1 ст.95 ГК України, є добровільне об'єднання громадян на засадах членства з метою спільної виробничої або іншої господарської діяльності, що базується на їх особистій трудовій участі та об'єднанні майнових пайових внесків, участі в управлінні підприємством та розподілі доходу між членами кооперативу відповідно до їх участі у його діяльності.

Підприємство, створене двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), яке діє на основі об'єднання їх майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому числі через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства, є корпоративним підприємством. До корпоративних підприємств відносяться кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб (ч.5 ст.63 ГК України).

Приватний підприємець, який є співзасновником колективного підприємства, має такі ж права та обов'язки, як і співзасновники – фізичні чи юридичні особи.

Майно, яке вноситься будь-якою особою, в тому числі і громадянином – підприємцем до статутного фонду корпоративного підприємства, є спільною частково (як правило) чи сумісною власністю всіх засновників (учасників) такого підприємства. Право спільної часткової власності здійснюється співвласниками за їхньою згодою. Проте слід враховувати, що юридичні особи у формі товариства є організаціями, створеними шляхом об'єднання осіб (учасників) (ч.2 ст.83 ЦК України), а не їх майна. Товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства або виробничі кооперативи (ч.1 ст.84 ЦК України). Майно, яке передається господарському товариству його учасниками у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу, є власністю товариства, а не його учасників. Учасники ж здійснюють управління не майном товариства, а управлінням товариством шляхом: 1) участі у роботі зборів учасників та прийнятті ними рішень з питань та в порядку, визначеними установчими документами товариства та чинним законодавством; 2) призначення (обрання) виконавчого органу товариства. Кожен учасник товариства, незалежно від того, який його правовий статус – просто фізична особа, громадянин-підприємець, юридична особа – має однаковий статус у товаристві – статус його учасника. При створенні товариства громадянин-підприємець виступає не як такий, а як фізична особа – засновник товариства. В установчих документах при цьому не зазначається, що дана фізична особа є підприємцем, який здійснює підприємницьку діяльність без створення юридичної особи. Учасники товариства (як і члени виробничих кооперативів) не є службовими особами, такими є члени його виконавчого органу.

Щодо можливості визнання приватного підприємця (громадянина-підприємця) службовою особою у разі здійснення ним функцій з управління майном, яке належить іншим фізичним чи юридичним особам, то при вирішенні цього питання слід виходити з того, що таке управління майном може здійснюватись на підставах і в порядку, передбаченими цивільним законодавством.

Згідно зі ст.1030 ЦК України, предметом договору управління майном можуть бути підприємство як єдиний майновий комплекс, нерухома річ, цінні папери, майнові права та інше майно. За договором управління майном, який укладається в письмовій формі, одна сторона (установник управління), яким є власник майна, передає другій стороні (управителю), яким може бути суб'єкт підприємницької діяльності, на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача) (див.: ст.ст.1029,1031,1032,1033 ЦК України). Управитель управляє майном відповідно до умов договору (ст.1037 ЦК України). Приватний підприємець, який згідно з договором є управителем майна, є стороною у договорі, а не якоюсь службовою особою. Якщо погодитись з В.І. Тютюгіним, що громадянин-підприємець, який здійснює функції з управління майном в цивільно-правовому розумінні, виконує адміністративно-господарські обов'язки в розумінні п.1 примітки до ст.364 КК, то тоді необхідно визнавати службовими особами будь-яких фізичних осіб, які за цивільно-правовими (господарсько-правовими) договорами розпоряджаються майном, яке їм не належить.

В літературі також висловлена точка зору (Л.П. Брич), що власника приватного підприємства, який не має найманих працівників, не можна визнавати службовою особою, оскільки функціями службової особи не може охоплюватись керівництво самим собою чи своїм власним майном.

Такі ж аргументи спільно наводять в обґрунтування невизнання службовою особою власника приватного підприємства Л.П. Брич та В.О. Навроцький. При цьому вони, критикуючи позицію О. Дудорова, який вважає, що керівник – власник приватного підприємства має також визнаватись службовою особою, оскільки він керує не самим собою, а працівниками, які перебувають у його службовій підлеглості, а майно приватного підприємства відокремлене від майна його власника, обґрунтовують її неправильність. На наш погляд, керівник будь-якого, в тому числі і приватного підприємства, незалежно від того, є чи ні він його власником (співвласником), є службовою особою.

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ОБМАНУ  
ЯК СПОСОБУ ЗДІЙСНЕННЯ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ  
ЗНАКА ДЛЯ ТОВАРІВ І ПОСЛУГ, ФІРМОВОГО НАЙМЕНУВАННЯ  
ТА КВАЛІФІКОВАНОГО ЗАЗНАЧЕННЯ ПОХОДЖЕННЯ ТОВАРУ**

*П. Берзін*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності" від 22 травня 2003 р. №850-IV, виклавши ст.229 Кримінального кодексу (далі – КК) у новій редакції, передбачив відповідальність за незаконне використання знака для товарів і послуг (далі – знак), фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару, а також інше умисне порушення права на ці об'єкти.

Визнаючи одним із способів такого незаконного використання обман, слід зазначити, що будь-яка фальсифікація справжності прав на знак, фірмове найменування, кваліфіковане зазначення походження товару незалежно від того, наскільки вона є переконливою і умілою, фактично "залишає поза увагою" ступінь обачності або легковажності потерпілого (споживача продукції, сторони ліцензійного договору та ін.). Незважаючи на те, що значення має лише відсутність усвідомлення з боку потерпілого факту застосування щодо нього обману при незаконному використанні цих об'єктів інтелектуальної власності, можна виділити наступні обмеження, пов'язані з характеристикою особи потерпілого від обману. Зокрема, потерпілими від цього злочину не можуть бути особи, які в силу різних причин (психічних вад, сильного сп'яніння) не здатні до нормального волевиявлення, не розуміють характер і зміст своїх дій або не здатні керувати ними при передачі прав на ці об'єкти іншій особі. Вважається, що у даному випадку в їх згоді на перехід таких прав відсутня юридично значима воля, а тому їх набуття шляхом зловживання таким неповноцінним волевиявленням хоча і утворює порушення певних прав (наприклад, щодо видачі власником свідоцтва на знак дозволу (ліцензії) на його використання на підставі укладеного ліцензійного договору, або щодо використання таким власником, що здійснює посередницьку діяльність, на основі договору з виробником товарів або особою, що надає послуги, свого знака поряд із знаком зазначених осіб, а також замість їх знака), але не є обманом.

Сам по собі обман має активний характер і означає свідоме перекручення або приховування істини, при якому винна особа повідомляє потерпілій відомості про певні факти, обставини, події, якими можуть бути умисне неправильне позначення організаційно-правової форми юридичної особи при укладенні ліцензійного договору на використання знака чи кваліфікованого зазначення походження товару, або використання контрагентом неправдивого (фальшивого) кваліфікованого зазначення походження товару при укладенні договору на передачу права його використання або такого зазначення, що вводить споживача в оману щодо справжнього місця походження товару. Можливий і пасивний обман, тобто умисне замовчування юридично значимої інформації, неповідомлення потерпілому певних даних, який винний зобов'язаний був повідомити, наприклад, при укладенні ліцензійного договору, угоди співвласників знака на його використання, або при наданні дозволу на використання знака, коли його власник взагалі заборонив іншим особам використовувати таке позначення без надання свого дозволу тощо. Адже кримінальна відповідальність за бездіяльність настає лише тоді, коли особа повинна була і могла вчинити дії, спрямовані на відвернення такого порушення права на зазначені об'єкти інтелектуальної власності. Для його інкримінування необхідно встановити, що бездіяльність винної особи призвела до помилки потерпілої особи щодо обов'язковості або вигідності певних прав на них злочинцеві, причиново обумовила їх добровільну передачу. Скажімо, від власника свідоцтва на знак для товарів і послуг приховується факт ліквідації або реорганізації юридичної особи, якій за ліцензійним договором було надано право використання такого знака. У цьому випадку, певні особи – колишні керівники (співвласники) такої юридичної особи, не повідомивши власника такого знака про цей факт (ліквідації чи реорганізації), продовжують користуватись таким позначенням при виготовленні певної продукції чи наданні послуг.

Не можна визнати порушенням прав на цей об'єкт права інтелектуальної власності свідоме замовчування певною особою чужої помилки, виникненню якої вона ніяк не сприяла. Наприклад, ліцензіат, що отримав від ліцензіара право використання такого знака для товарів і послуг, свідомо замовчує помилку останнього щодо його організаційно-розпорядчої форми, найменування чи юридичної адреси. Мотивом таких дій може стати ухилення цього недобросовісного користувача (ліцензіата за договором) від сплати платежів за надане йому право використання такого знака. Справа в тому, що отримання ліцензіаром сум певних коштів за надання ліцензіату права використання знака для товарів і послуг (видачу ліцензії) не передбачається ч.5 ст.16 Закону України "Про охорони прав на знаки для товарів і послуг" від 15 грудня 1993 р. №3689-ХІІ як обов'язкова умова такого договору. Тому ухилення від сплати цих платежів, сума яких оговорена сторонами в укладеному між ними ліцензійному договорі, слід визнавати порушенням права власника свідоцтва на знак щодо видачі будь-якій особі дозволу (ліцензії) на використання цього об'єкту інтелектуальної власності на підставі ліцензійного договору. Єдиною обов'язковою умовою, зазначеною в цій частині ст.16 названого Закону, є те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва на такий знак і що останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови. Тому порушення такої умови й перешкоджає власнику такого свідоцтва реалізувати закріплене в ч.5 ст.16 даного Закону право здійснювати контроль за якістю товарів і послуг, виготовлених чи наданих ліцензіатом за ліцензійним договором.

За зовнішніми проявами обман при порушенні прав на зазначені об'єкти права інтелектуальної власності може бути словесним (усним чи письмовим) або виражатись у діях. Відповідно до особливостей визначених вище форм такого порушення права можна виділити наступні різновиди обману:

*а) обман у предметі угоди* (наприклад, продаж за ліцензійним договором певного позначення під виглядом зареєстрованого знака, в якості власника свідоцтва на який фігурує неіснуюча (ліквідована, реорганізована чи незареєстрована) юридична особа);

*б) обман у тотожності чи схожості об'єкта права інтелектуальної власності* (наприклад, передача за ліцензійним договором такого позначення, яке є тотожним чи схожим із зареєстрованим знаком чи фірмовим найменуванням);

*в) обман у видовій назві знака для товарів і послуг чи кваліфікованого зазначення походження товару*. Наприклад, передача кваліфікованого зазначення походження товару, яке завдяки неконтрольованому використанню, позбавлено розрізняювальних властивостей, які воно мало на момент реєстрації чи на початку використання. Або передача за ліцензійним договором замість зареєстрованого знака такого позначення, яке є загальнозживаним;

*г) обман у передачі позначення, схожого чи імітуючого настільки, що його можна сплутати з вже зареєстрованим кваліфікованим зазначенням походження товару та/або таким (-ми), на яке (які) вже отримано право використання, що відомі в Україні та належать цим та/або іншим особам, незалежно від того, чи отримано особою, яка здійснює таку діяльність, свідоцтва на право використання такого позначення* (не зважаючи на передбачену ст.7 Закону "Про охорони прав на знаки для товарів і послуг" неможливість реєстрації такого позначення як кваліфікованого зазначення походження товару та/або отримання права на його використання);

*д) обман у кількості предметів (одиниць товарів та/або послуг), що позначаються знаками для товарів і послуг або кваліфікованими зазначеннями походження товару*. Тут особа застосовує певний знак або кваліфіковане зазначення походження товару для маркування інших товарів (послуг), ніж ті, що зазначені у ліцензійному договорі (свідоцтві на право використання кваліфікованого зазначення походження товару).

Обман як спосіб незаконного використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару може набувати так званих конклюдентних дій. П.С. Матишевський наводить приклади дій, які породжують помилку потерпілого щодо передачі майна винному: використання форменого одягу особою, яка не має права його носити; користування завідомо неправильними мірними або лічильними засобами, полегшеними гирями під час відпуску товарів із наступним оберненням на свою користь різниці – результату такого обману; споживання продуктів харчування з демонстрацією готовності сплатити за них; зміна зовнішнього вигляду, форми або властивостей предметів тощо. Думається, що аналогічно можна визначити наступні види конклюдентних дій, що породжують помилку потерпілого щодо набутих ним прав на зазначені засоби індивідуалізації: перешкодження користувачем здійсненню власником свідоцтва на нього контролю за рівнем якості товарів (послуг), що виготовляються (надаються) таким

користувачем, як обов'язкової умови ліцензійного договору; використання завідомо неправдивого (фальшивого) кваліфікованого зазначення походження товару або такого зазначення, що вводить споживача в оману щодо справжнього місця походження товару; використання особою знака з демонстрацією готовності укладення ліцензійного договору з власником свідоцтва на нього щодо видачі останнім ліцензії на його використання чи передачу права власності; зміна зовнішнього вигляду, форми або властивостей товарів, які позначаються цими правовими засобами індивідуалізації тощо.

Таким чином, підсумовуючи сказане, можна зазначити, що обман, будучи факультативною ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст.229 КК, та маючи іррелятивний характер (зокрема, цей спосіб не передбачений як ознака ні основного, ні кваліфікованого складу цього злочину, а відповідно до ст.ст.66,67 КК він також не може бути визнаний обставиною, що обтяжує чи пом'якшує покарання), виконує допоміжну функцію щодо здійснення незаконного використання зазначених об'єктів інтелектуальної власності.



**СПІВВІДНОШЕННЯ БЕЗПОСЕРЕДНЬОГО ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ,  
ПЕРЕДБАЧЕНОГО ст.271 КК УКРАЇНИ,  
З РОДОВИМ ОБ'ЄКТОМ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ВИРОБНИЦТВА**

*О. Бахуринська*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Стаття 271 КК України 2001 року, що передбачає кримінальну відповідальність за порушення вимог законодавства про охорону праці, розміщена у розділі X Особливої частини КК "Злочини проти безпеки виробництва". Порівняно з КК України 1960 року, в якому відповідна ст.135 розміщувалася у главі 4 "Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав та свобод людини та громадянина", підхід законодавця щодо встановлення родового об'єкта злочинів, передбачених ст.ст.271-275 чинного Кодексу, змінився. В зв'язку з цим виникає питання співвідношення змісту безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст.271 КК України, зі змістом родового об'єкта злочинів, що посягають на безпеку виробництва.

Проблема визначення поняття "безпека виробництва" в кримінально-правовому аспекті на сьогодні є актуальною. Для кримінального законодавства України це поняття є новим, а його законодавчого визначення немає. Державний Стандарт України, визначаючи терміни та основні поняття в галузі охорони праці, вживає термін "безпечність виробничого процесу". Так, відповідно до п.12 ДСТУ 2293-99 "Охорона праці. Терміни та визначення основних понять", безпечність виробничого процесу – це властивість виробничого процесу відповідати вимогам безпеки праці під час проведення в умовах, встановлених нормативною документацією.

Видається, що формулювання "безпечність виробничого процесу" не може бути використане як синонім терміну "безпека виробництва" у зв'язку з вузькістю змісту. Поняттям "виробництво" охоплюються його сфери – матеріальна та нематеріальна, всі його галузі в межах цих сфер, а також всі фази, з яких складається виробництво як процес суспільної праці – безпосереднє виробництво, розподіл, обмін та споживання. Термін "виробничий процес" використовується для визначення окремих видів виробничої діяльності, обумовлених технічною специфікою окремих галузей виробництва і відповідно до його фази.

В юридичній літературі визначення власне поняття безпеки виробництва зустрічається, зокрема, у роботах В.І. Борисова. В одних джерелах професор Борисов визначає безпеку виробництва як "відносини, які забезпечують безпеку виробництва". Видається, що таке визначення не розкриває змісту даного поняття. У іншій науковій праці безпека виробництва визначається Борисовим В.І. як "такий технічний стан, при якому нейтралізується можливість уражуючого впливу на людей, майно та навколишнє середовище небезпечних та шкідливих виробничих факторів". Таке визначення є, на наш погляд, більш вдалим, оскільки відображає суть безпеки виробництва як виду суспільної безпеки.

Погоджуючись в цілому з таким визначенням та спираючись на нього, необхідно поширювати родові ознаки при визначенні змісту безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст.271 КК України. Зважаючи на те, що вказаний злочин є двооб'єктним, треба розглядати питання з урахуванням системного зв'язку між основним та додатковим безпосередніми об'єктами, а також ознаками потерпілого від даного злочину.

Ст.43 Конституції України проголошує право кожного громадянина на належні, безпечні та здорові умови праці. Це конституційне положення розвиває та доповнює цілий ряд законів та інших нормативно-правових актів, серед яких Закон України від 14 жовтня 1992 р. "Про охорону праці" (в редакції Закону від 21 листопада 2002 р.), Кодекс Законів України про працю, Національна програма поліпшення стану безпеки, гігієни праці та виробничого середовища на 2001-2005 роки, затверджена постановою Кабінету Міністрів України №1320 від 10 жовтня 2001 року та ін.

Держава має обов'язок гарантувати та забезпечити це право, а засоби його забезпечення конкретизуються в нормативно-правових актах і є досить різноманітними. Серед таких засобів особливе місце займає охорона праці.

Згідно зі ст.1 Закону України "Про охорону праці" охорона праці – це система правових, соціально-економічних, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних і лікувально-профілактичних заходів та засобів, спрямованих на збереження здоров'я і працездатності людини в процесі праці.

Безпека праці, виступаючи основним видом безпеки виробництва, є елементом системи охорони праці (поряд з гігієною праці та виробничого середовища) і виступає засобом забезпечення конституційного права громадян на належні, безпечні та здорові умови праці. Створення та підтримання стану безпечних та здорових умов праці на підприємствах, в установах, організаціях всіх форм власності, яке покладається на власника чи уповноважений ним орган (ст.153 Кодексу Законів України про працю), сприяє реалізації цього права. Відповідно, незабезпечення стійкого стану безпеки праці є порушенням права громадян здійснювати трудову діяльність в безпечних та здорових умовах і тим самим створюється загроза заподіяння шкоди їх здоров'ю чи життю.

Переважає більшість вчених-криміналістів як радянського, так і пострадянського періоду визнає безпосереднім об'єктом порушення вимог законодавства про охорону праці безпеку праці (безпеку умов праці, безпечні умови праці) – видається, що певні термінологічні відмінності не мають принципового значення, так як не суперечать нормативно-правовому визначенню даного поняття. Визначення безпеки праці як категорії інституту трудового права "Охорона праці" дається в п.14 ДСТУ 2293-99 "Охорона праці. Терміни та визначення основних понять"; безпека праці визначається як такий стан умов праці, за якого вплив на працівника небезпечних або шкідливих виробничих чинників усунуто, або вплив шкідливих виробничих чинників не перевищує гранично допустимих значень (відповідно до п.20 ДСТУ 2293-99, гранично допустиме значення виробничого чинника – це значення величини такого чинника, вплив якого на людину в разі його щоденної регламентованої тривалості не призводить до зниження працездатності і захворювання в період трудової діяльності та наступний період життя).

Безпеку праці як безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст.271 КК України, можна визначити як соціальний зв'язок між учасниками правовідносин у сфері забезпечення права громадян на безпечні та здорові умови праці. Суб'єктами вказаних правовідносин виступають роботодавці (точніше – власники або уповноважені ними службові особи підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, а також громадяни-підприємці) з одного боку, з іншого – особи, трудова (службова) діяльність яких постійно чи тимчасово пов'язана з відповідним підприємством, установою, організацією чи громадянином-підприємцем. Як зазначає В.І. Борисов, "саме з потребами останніх формується відносина безпеки праці".

Змістом правовідносин у сфері забезпечення безпечних та здорових умов праці є кореспондуючі між собою права працівників здійснювати свою трудову (службову) діяльність в безпечних і здорових умовах та обов'язки роботодавців забезпечити такі умови праці згідно з нормативно-правовими положеннями.

У випадку злочинного порушення вимог законодавства про охорону праці соціальний зв'язок як елемент правовідносин піддається безпосередньому злочинному впливу. В результаті відбувається його дезорганізація, послаблення і, відповідно, знижується встановлений рівень безпеки.

Кримінальна відповідальність за посягання на безпеку праці настає у випадку заподіяння реальної шкоди здоров'ю чи життю працівника. В зв'язку з цим потребує вирішення питання про включення таких соціальних цінностей як життя та здоров'я працівників у зміст безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст.271 КК України.

Згідно з теоретичними положеннями основний безпосередній об'єкт завжди є визначальним для законодавця при створенні юридичного складу злочину, саме для його охорони такий юридичний склад створюється в КК; основний безпосередній об'єкт визначає характер суспільної небезпечності даного виду злочину і за таким об'єктом необхідно оцінювати якісну специфіку даного злочину. Додатковий об'єкт – це соціальні цінності іншого роду, але в силу органічної єдності з основним безпосереднім об'єктом терпить шкоду від злочинного посягання поряд з основним і саме завдяки цій органічній єдності здійснює вплив на характер суспільної небезпечності злочину.

Законодавець, встановивши кримінальну відповідальність за порушення вимог законодавства про охорону праці, сконструював основний та кваліфікований склад цього злочину як матеріальні з чітко визначеними суспільно небезпечними наслідками у вигляді шкоди здоров'ю чи життю потерпілого. Таким чином, він поставив під охорону не тільки безпеку праці, але і їх життя та здоров'я.

З аналізу змісту поняття "безпека праці" випливає логічний висновок, що безпека праці, перш за все, передбачає відсутність небезпеки заподіяння шкоди здоров'ю чи життю працівників. Відповідно, шкода здоров'ю чи життю як додатковим безпосереднім об'єктам спричиняється, як вірно зазначає В.І. Борисов, опосередковано шляхом посягання на основний безпосередній об'єкт.

"При посяганні на основний об'єкт одночасно (як супутній та неминучий наслідок) спричиняється шкода або створюється загроза її заподіяння додатковому безпосередньому об'єкту, що обумовлено як наявністю тісного зв'язку... суспільних відносин, так і характером злочинного діяння, здійснення якого пов'язане із заподіянням шкоди не тільки основному, але і додатковому об'єктам. Останні об'єднані актом посягання й тому знаходяться, стосовно конкретного злочину в нерозривній єдності".

Таким чином, у злочині, передбаченому ст.271 КК України, безпека праці виступає основним безпосереднім об'єктом, а життя та здоров'я працівників – додатковими.

Як вже зазначалося вище, потерпілими від злочинних посягань на безпеку праці можуть бути тільки такі особи, трудова (службова) діяльність яких постійно чи тимчасово пов'язана з відповідним підприємством, установою, організацією чи громадянином-підприємцем. При цьому важливо наголосити на тому, що маються на увазі працівники як виробничої, так і невиробничої сфери – кримінальний закон однаково охороняє безпеку праці обох вказаних категорій працівників.

З урахуванням цього моменту можна зробити висновок, що безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст.271 КК України, є безпека праці у виробничій та невиробничій сферах.

Основний безпосередній об'єкт злочину завжди лежить в площині родового і є (повинен бути) його конкретним проявом. Ґрунтуючись на даному положенні, а також враховуючи зміст поняття "безпека виробництва", необхідно констатувати, що безпека праці за своїм змістом є більш широким поняттям, ніж безпека виробництва – останнє не включає в себе безпеку праці в невиробничій сфері.

Отже, якщо безпеку виробництва визнавати родовим об'єктом всіх злочинів (в тому числі і злочину, передбаченого ст.271), розміщених в розділі X Особливої частини КК України, то порушення вимог законодавства про охорону праці в невиробничій сфері статтями цього розділу охоплюватись не можуть. Саме в цьому плані зміст ст.271 виходить за межі змісту родового об'єкту. В зв'язку з цим виникає питання про місце даної статті в системі Особливої частини КК України.

Систематизація норм в Особливій частині КК повинна відбуватися не лише для "зручності" пошуку відповідної норми, а в першу чергу в основу такої систематизації повинен бути покладений змістовно-юридичний критерій. Розділи Особливої частини КК України як окремі підсистеми утворюються шляхом виділення законодавцем відносно самостійної соціальної цінності, яка є родовим об'єктом певної групи злочинів. Родове поняття покликане зафіксувати загальне та особливе тієї чи іншої групи об'єктів посягань, що об'єднує та відрізняє їх від об'єктів інших груп злочинів.

Розміщення статей, що передбачають відповідальність за злочини певних видів, в межах окремих розділів Особливої частини КК, як правило, здійснюються з урахуванням спільності рис безпосередніх об'єктів, на які посягають зазначені злочини, а також з урахуванням їх змісту. Виходячи з викладеного, можна зробити висновок про доцільність перегляду підходу законодавця щодо встановлення родового об'єкту злочинів, розміщених у розділі X Особливої частини КК України. У зв'язку з цим пропонуємо розширити зміст родового об'єкту вказаної групи злочинів і сформулювати назву розділу X Особливої частини КК наступним чином: "Злочини проти безпеки праці та безпеки виробництва". Як видається, такий підхід в певній мірі вирішить питання співвідношення змісту родового та безпосереднього об'єктів порушень вимог законодавства про охорону праці.

**ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ  
"БАНКРУТСТВО" ТА "СТІЙКА ФІНАНSOVA НЕСПРОМОЖНІСТЬ"  
ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ**

*В. Гордієнко*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Статтями 218-221 чинного Кримінального кодексу України передбачена кримінальна відповідальність за фіктивне банкрутство, доведення до банкрутства, приховування стійкої фінансової неспроможності та незаконні дії у разі банкрутства суб'єктів господарювання. Для з'ясування об'єктивної сторони цих злочинів необхідно з'ясувати насамперед значення понять "банкрутство" та "стійка фінансова неспроможність", що використовуються законодавцем при побудові юридичних конструкцій цих статей.

Чинне законодавство України, а саме Закон "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" (Відомості Верховної Ради України, 1999 р., №42-43, ст.378) вважає поняття "неспроможність" та "банкрутство" синонімами, оскільки поняття банкрутства статтею 1 цього Закону дається через визначення неспроможності боржника.

Поруч з тим, ні в законодавстві України, ні в науковій літературі ми не знайшли тлумачення терміну, введеного чинним Кримінальним кодексом України – "стійка фінансова неспроможність". Ні Кримінальний кодекс України, ні Закон України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" (Відомості Верховної Ради України, 1999 р., №42-43, ст.378) не містять визначення поняття "стійка фінансова неспроможність".

У відповідності до Постанови Правління Національного банку України №479 від 24.09.99. "Про затвердження Положення про порядок емісії платіжних карток і здійснення операцій з їх застосуванням" "фінансова неспроможність – будь-яка ситуація, при якій банк – член платіжної системи не може функціонувати і/або виконувати свої зобов'язання щодо розрахунків відповідно до умов угоди з платіжною організацією, як от банкрутство, вилучення ліцензії на здійснення банківських операцій, неплатоспроможність при розрахунках тощо". Іншими словами наведена Постанова Національного банку України ототожнює поняття "фінансова неспроможність" з "банкрутством" та "неплатоспроможністю при розрахунках". Тлумачний новий словник української мови у чотирьох томах дає наступне визначення терміну "стійкий" – для якого характерні стабільність, постійність. Синонімами є тривкий, сталий.

Отже, на нашу думку, "абсолютна неплатоспроможність", "стійка фінансова неспроможність" є синонімами поняття "банкрутство", використаному в законодавстві України. А відмінністю між постійною, абсолютною або "стійкою фінансовою неспроможністю" і "банкрутством" може бути тільки встановлення цього стану боржника у випадку "банкрутства" ухвалою господарського суду.

Хоча законодавець і зайняв таку позицію по відношенню до проблеми співвідношень понять "неспроможність" і "банкрутство", це питання не можна вважати до кінця вирішеним.

На нашу думку таке співвідношення понять "неспроможність" та банкрутство" є помилковим, оскільки ці поняття мають бути розмежовані на цивільно-правове – "неспроможність" та кримінально-правове – "банкрутство".

Як зазначав В.Н. Ткачев, під час провадження справ про неспроможність можна виділити три категорії боржників. Перша категорія боржників – повністю добросовісні, які нас мало цікавлять і до яких, в провадженні справ про банкрутство, не застосовуються норми кримінального права. Друга – боржники, в процесі банкрутства яких деякі суб'єкти повели себе недобросовісно, порушуючи тим самим кримінальні заборони (сам боржник не знав і не міг знати про протиправну поведінку вказаних осіб. В якості прикладу можна навести ситуацію, коли арбітражний керуючий без відома комітету кредиторів вчиняє дії або укладає договори в інтересах третіх осіб. Або коли треті особи у своїх інтересах приховують майно боржника. І нарешті третя категорія – боржники, які своїми діями порушили норми кримінального права. Сюди слід віднести також ситуації, коли кредитори або треті особи діяли протизаконно з відома боржника.

Очевидно, що з точки зору визначення цивільно-правових та кримінально-правових меж в провадженні процедури банкрутства ці категорії боржників суттєво відрізняються між собою. Однак у відповідності до діючого законодавства України всі вони вважаються банкрутами. Ми вважаємо, що цей термін не може визначати всі три категорії боржників, оскільки вони суттєво відрізняються за діями один від одного. Цей термін повинен визначати одну категорію боржників, як вимагає того юридична термінологія. На жаль суттєвим недоліком нашого законодавства з питань банкрутства є те, що одним і тим самим терміном визначаються абсолютно різні правові явища.

Спроба диференціювати ці правові явища була зроблена в Росії ще в Статуті про банкрутів 1800 року. В статті 131 цього Статуту вказувалося, що для визначення безвинного банкрута слід застосовувати термін "неспроможний", оскільки це звання означає нещасну, а не безчесну людину; необережного і злісного слід називати "банкрутом". Вже тоді почала формуватися теорія про те, що банкрут – нечесна людина, яка мала умисел на завдання шкоди кредиторам. Саме такої думки притримувалися більшість російських юристів.

І.Я. Фойницький, характеризуючи співвідношення неспроможності і банкрутства, зазначав, що кримінально-правове поняття банкрутства відрізняється від цивільно-правового поняття неспроможності, але останнє охоплює перше; не будь-який неспроможний є банкрутом, але банкрутом може бути тільки неспроможний. Г.Ф. Шершеневич писав, що під банкрутством слід розуміти необережне або умисне завдання шкоди кредиторам шляхом зменшення або приховування майна. Він розглядав банкрутство як кримінально-правову сторону цивільних відносин (неспроможності), підкреслюючи, що воно не є необхідним супутником неспроможності і називав його " випадковим ускладненням" цивільних відносин. А.Н. Трайнін вказував, що банкрутство є делікт своєрідний: він складається з двох елементів, з яких один (неспроможність) – поняття цивільного права, другий (банкрутське діяння) – поняття кримінального права.

Є.В. Смірнова, на підставі вивчення дореволюційного російського конкурсного права робить наступні висновки про чотири ознаки банкрутства, які на нашу думку, можна застосовувати в практиці і сьогодні.

По-перше, оскільки банкрутство являло собою діяння неспроможного боржника, то обов'язковою його ознакою було наявність неспроможності. По-друге, банкрутство вважалось злочином і тоді, коли в основі злочинного діяння лежала і необережність боржника. Якщо ж злочинні діяння вчинювалися з умислом на завдання шкоди кредиторам, банкрутство вважалось злісним і каралося набагато суворіше, ніж необережне банкрутство. В-третьє, банкрутство як злочин існувало, тільки у випадку завдання шкоди кредиторам. В-четвертє, шкода, що завдавалась, також могла полягати у зменшенні або у укритті цінностей, що належали до майна боржника.

Дуже чітко поняття "неспроможність" і "банкрутство" розмежовувалося у Франції. З історії є відомим наступний цікавий факт: під час обговорення в Державній Раді проекту відповідного закону Наполеон Бонапарт наполягав на тому, що банкрутом слід називати кожного неспроможного боржника, поки він не доведе відсутність наміру у завданні шкоди кредиторам і не отримає від суду свідоцтво, що його виправдовує. Однак ця пропозиція була визнана надто суворою і не увійшла до закону.

Навіть в радянські часи періоду НЕПу були спроби розмежувати вказані поняття. Так А.Ф. Клейнман писав, що сама по собі неспроможність не розглядається як банкрутство, тобто соціально небезпечне діяння, яке має мати наслідком застосування заходів соціального захисту (кримінального покарання, – авт.), – але якщо в процесі ліквідації виявляться такі моменти в діяльності неспроможного, які свідчать про зловживання довірою або обмані зі сторони боржника з ціллю отримання майнових вигод, то суд повинен буде порушити проти винуватого кримінальне переслідування за ст.169 КК РСФСР.

Один з авторів Закону Росії "Про неспроможність (банкрутство)" П. Боренбойм зазначав, що в законодавстві деяких країн використовується виключно термін "неспроможність", в законодавстві США – тільки поняття "банкрутство", а в республіці Беларусь поняття "неспроможність" чітко відділена від поняття "банкрутство". П. Боренбойм пише, що російський законодавець вчинив правильно, підкріпивши новий термін "неспроможність" розповсюдженням і доволі енергійним терміном "банкрутство".

Однак на нашу думку це невірно, оскільки мова іде не про емоційне забарвлення цих понять, а все таки про їх значення та принципову різницю. Ця різниця, у разі її законодавчого закріплення, могла і повинна була б спричинити різні правові наслідки для неспроможних осіб і банкрутів.

І розмежування понять "банкрутство" та "неспроможність" має бути не за економічними критеріями, а за критерієм суспільно-небезпечних діянь, які завдають шкоду кредиторам, що більше відповідає принципам кримінального права та підставам криміналізації суспільно-небезпечних діянь.

Тому ми погоджуємось з цими науковцями та вважаємо, що необхідно закріпити законодавчо розмежування термінів "неспроможність" та "банкрутство". На даний час у вітчизняному законодавстві існує ситуація, при якій у визначенні одного і того ж явища (цивільно-правової неспроможності) використовуються два різних терміни "неспроможність" та "банкрутство". Також парадоксальним є ситуація за якою кримінально-правовий термін "банкрутство" у диспозиціях статей Особливої частини Кримінального кодексу України підміняється його цивільно-правовим синонімом "стійка фінансова неспроможність". Таке положення на нашу думку не свідчить про високий рівень юридичної техніки в державі. Тому ми вважаємо, що застосування поняття "банкрутство" в законодавстві України повинно мати місце виключно у випадках, коли внаслідок суспільно-небезпечних діянь особи була спричинена шкода кредиторам, тобто виключно в кримінальному значенні цього поняття, оскільки це буде сприяти більш точній юридичній кваліфікації цього явища та його сутності.

## ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЕКОНОМІКО-КРИМІНОЛОГІЧНОЇ ОЦІНКИ ТРАНСФОРМАЦІЇ ЕКОНОМІКИ ЗА РИНКОВИМ ТИПОМ В УКРАЇНІ

*А. Бойко*

Стрімке зростання економічної злочинності в Україні з початку 90-х років минулого сторіччя і до сьогодні, а також істотна зміна її структури та характеру, обумовлені цілим комплексом складних соціальних факторів, в тому числі і тих, котрі безпосередньо пов'язані з реформуванням економічних відносин у період переходу від соціалістичної системи до системи з ринковою економікою.

Висхідним етапом трансформації економіки в Україні виступала планова система господарювання колишнього Радянського Союзу, яка була спрямована на забезпечення ефективного перерозподілу ресурсів, забезпечення високих темпів зростання важкої промисловості, ВПК та забезпечення споживчими товарами населення, але якій не вдалося ні витримати конкуренції власної продукції на світовому ринку, ні добитися адекватної відповіді на виклики другої та третьої хвилі "технологічної революції", ні ліквідувати дефіцит продукції на споживчому ринку. До того ж планова економіка роз'їдалася надмірним адмініструванням, відомчістю, зрівнялівкою, тощо.

Все зазначене й обумовило особливості моделі реформування економічної системи нашої країни у перехідний період.

Однією з найбільш важливих закономірностей перехідного періоду у нашій країні є формування механізмів аллокації ресурсів і влади. Сьогодні ми маємо такий стан суспільства й економіки, в якому суттєву роль відіграють механізми корпоративного регулювання. Суть цього специфічного механізму аллокації ресурсів в тому, що окремі ланки економічної системи в силу певних причин (високого рівня концентрації ресурсів і капіталу, монопольного становища у виробництві важливої продукції, контролю над постачанням енергоносіїв, тощо) значною мірою впливають на параметри виробництва певної продукції, соціальну сферу регіону, ціноутворення. Тому на сьогодні ми маємо економіку, яка до певної міри регулюється неекономічним суперництвом корпоративно-бюрократичних структур (кланів), зіткненням їх інтересів та важелів впливу. Ці корпоративно-бюрократичні структури (клани) об'єднують керівників потужних підприємницьких структур, банкірів, високих державних чиновників, депутатів, кримінальних злочинців. Ступінь та характер впливу корпоративно-бюрократичних структур настільки значний, що призвів до зміни структури й характеру функціонування цілого ряду політичних, економічних і соціальних інститутів у країні. Саме ці структури отримали можливість, керуючись своїми інтересами, впливати на формування правового поля у різних сферах соціальної діяльності, визначати пріоритетні напрямки як локального, так і загальнодержавного розвитку у сферах підприємництва, фінансів та політики.

Специфічною рисою перехідної економіки є також політика зміни колишньої державної власності у приватну, яка полягала у сприянні незалежному розвитку приватної власності на основі легалізації тіншового капіталу і первісного накопичення капіталу державними чиновниками. У міру здійснення приватизації все відчутніше виявлявся її вплив на політичний і моральний клімат у суспільстві. Саме приватизація визначила ставлення населення до реформ, та його оцінку легітимності і соціальної справедливості змінам, що проводились. Гострого, а іноді і кримінального характеру набувала боротьба за володіння приватизованою власністю і її перерозподіл. Із засобу підвищення економічної ефективності приватизація перетворилась у спосіб набуття політичного впливу і влади.

Треба також зазначити, що обраний метод перетворень не мав поетапного та продуманого характеру, зміна буквально в короткий період правил поведінки суб'єктів господарювання призвела до раптового й стрімкого зростання цін на більшість товарів і настільки ж стрімкого зниження життєвого рівня населення і зубожіння його значної частини.

Починаючи з 1995-1996 рр. правляча еліта в Україні нарешті зрозуміла, що реальна політична незалежність неможлива без незалежної економіки. Хронічна нездатність парламенту й уряду країни розпочати проведення радикальних реформ, потрібних для трансформації економіки, подолання кризи платежів, соціальної стабілізації, заохочення іноземних інвестицій, створення багатоальтернативних джерел постачання енергоносіїв і стратегічно важливої сировини поставили країну на межу катастрофи. Усе це об'єктивно примусило правлячу еліту висунути програму економічних реформ як центральну тезу внутрішньої та зовнішньої політики України. Проте чисельні хаотичні корекції

програми, як і непослідовність її впровадження призвели до широкомасштабних економічних і соціальних негараздів.

І до найбільш болючих наслідків переходу до ринкових відносин можна віднести інфляцію. У прихованому, подавленому стані вона існувала до початку реформ і відображала хронічні диспропорції планової економіки, зокрема, відставання виробництва споживчих товарів. Лібералізація перевела її у відкриту форму і ціни відразу пішли вгору. І хоча хвилю подорожчання вдалося у подальшому оговтати, наслідки її ще відчуваються.

Сповільнення темпів інфляції в Україні, що розглядається як успіх ринкових перетворень, має свою і зворотну сторону. Воно досягнуто, зокрема, за рахунок збільшення зовнішнього і внутрішнього боргу до критичних розмірів. Так, для прикладу, зовнішній борг України з 3,624 млрд. доларів США у 1994 р., зріс до 11,24 млрд. доларів США у 1999 р. Стримували інфляцію і багатомісячні затримки у виплаті заробітної плати та пенсій. У результаті жорстких обмежень грошової і кредитної емісії, а також бюджетних видатків економіка почала відчувати нестачу платіжних засобів. Оборотні кошти підприємств знизились нижче встановлених нормативів. Показник грошової маси у % до ВВП знизився з 79% у 1990 р. до 10-15% у 1997 р. У розвинутих країнах Заходу, і навіть у європейських країнах із перехідною економікою він у 3-4 рази вищий, причому зниження його до 30% вважається уже критичним. Гострий дефіцит грошової маси заповнюється квазігрошима. Цю роль беруть на себе бартерні операції, іноземна валюта, тощо.

Безумовно, що такого роду негативні наслідки економічних перетворень вплинули на різні сфери життя суспільства. Зокрема, це призвело до нівелювання багатьох моральних цінностей, втрати соціально-корисних орієнтацій, нігілістичного ставлення населення до встановлених державою правил поведінки. Населення почало психологічно нейтрально ставитись до існування криміногенних чинників економічної злочинності. Безкарність протиправної економічної діяльності, породило у її суб'єктів, і не лише у них, відчуття всюдозволеності. Такого роду тенденції становлять небезпеку не тільки для економічного розвитку країни, але і для всіх інших соціальних сфер.

Тож після стількох років перетворень стає очевидним, що ключ до успіху – не у швидкому темпі проведення реформ і не в ступені монетарних та фіскальних обмежень, а перш за все - у змістовності, послідовності й наступності окремих кроків реформування, а саме тих, які спрямовані на створення та забезпечення належного функціонування ринкових інститутів, а також технічну й управлінську реструктуризацію промисловості і окремих підприємств, а в кінцевому результаті – формування якісно нового соціально-економічного стану.

Але в умовах відсутності політичної підтримки населення правляча еліта, що знаходиться при владі, спрямовує свою діяльність на реформування соціально-економічних та політичних інститутів шляхом підміни змістовного характеру цих реформ питаннями безпеки режиму та збереження за собою влади, що може посилити негативні наслідки реформування, в тому числі й існування криміногенних чинників економічної злочинності.



## ТЕНДЕНЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ В РЕГІОНІ

*Ю. Абросімова*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

За останнє десятиріччя в Україні відбулись значні зміни у тенденції росту злочинності серед неповнолітніх, що у свою чергу сприяло стійкому зростанню загальної злочинності в Україні, а особливо у її регіонах. Ріст злочинності неповнолітніх в Україні за вказаний період відбувався нерівномірно, тобто періоди відносної стабілізації чи навіть деякого зниження змінювались періодами інтенсивного росту кількості зареєстрованих злочинів, впливаючи на відповідні соціально-економічні процеси, які відбувались у суспільстві. Протягом 1996-2001 рр. переважала тенденція "омолодження" злочинності неповнолітніх в Україні, що є прямим наслідком соціально-економічної кризи, яка охопила суспільство.

Тенденція "омолодження" злочинності серед неповнолітніх відбувається з швидкими темпами. Наприклад, у західному регіоні України (Львівська, Тернопільська, Волинська, Івано-Франківська області) кількість суспільно-небезпечних діянь, що вчиняються підлітками, котрі не досягли віку кримінальної відповідальності, є значно вищою, ніж рівень злочинності 14-15-літніх. Темп цього росту у 14-15-літніх є вищим, ніж у 16-17-літніх, а темп росту 16-17-літніх є вищим ніж у 18-24-літніх. Таким чином, слід зазначити, що відбувається набуття кримінального досвіду молодшою віковою категорією, наростає група осіб, що приходять у наступну вікову категорію вже з набутим кримінальним досвідом. Звідси.

По-перше, за рахунок набутих кримінальних навичок, а саме: організованості, кримінального професіоналізму, пристосування до здійснення суспільно-небезпечних діянь з прихованням слідів, навичок конспірації, озброєності, психологічного звикання до зухвалості та жорстокості, посилення впливу рецидивістів, організованих злочинних угруповань – відбувається усіма віковими категоріями неповнолітніх злочинців, вчинення нетрадиційних видів злочинів.

По-друге, помітною стала участь неповнолітніх у бандах, у вбивствах на замовлення, що вчиняються за попередньою змовою групою осіб, серед яких у ролі виконавців присутні підлітки 16-17-років; у злочинах, пов'язаних з викраденням дітей, де нерідко у ролі пособників зустрічаються підлітки 14-15 років, участь у розбійних нападах, вимаганнях. Усе частіше підлітків затримують за участь у кримінальному бізнесі: торгівлі наркотиками, зброєю, шахрайстві з валютою та ін. Вкрай несприятливою є тенденція росту числа злочинів, пов'язаних з наркотиками. Вона може серйозно погіршити криміногенну ситуацію не тільки у регіоні, а в цілому по Україні. Оскільки сьогодні в країні, на жаль, мають місце усі об'єктивні та суб'єктивні передумови для подальшого поширення наркоманії.

По-третє, збільшується число злочинних угруповань неповнолітніх: дедалі частіше вони об'єднуються не по типу "компанії однолітків (однокурсників)", а різновікових категорій, тобто ватажки є старшими від інших членів групи, а малолітні використовуються для допоміжних функцій. Така структура дозволяє групі (банді) бути добре організованою, здатною вирішувати самостійні та різноманітні завдання. Це у свою чергу, дозволяє зберегти автономність, а іноді навмисно та наполегливо прагнути її від "дорослої" злочинності.

У такий спосіб відбувається перетворення групової злочинності неповнолітніх в організовану, а потім у професійну.

По-четверте, серед неповнолітніх, що вчинили злочини, мають, як і раніше, перевагу особи чоловічої статі.

По-п'яте, в останнє п'ятиріччя, має місце тенденція різкого зростання числа жінок, притягнутих до кримінальної відповідальності за злочини, пов'язані з наркотиками, тяжкими посяганнями насильницького та корисливо-насильницького характеру. Основу для поповнення лав злочинців жіночої статі становлять неповнолітні дівчата, енергія яких не знайшла свого застосування у суспільно-корисних справах. Навернення неповнолітніх дівчат до протиправних дій пояснюються такими обставинами: вони викликають більше співчуття з боку оточуючих; менше замислюються про

наслідки вчинюваних злочинів; у силу слабого розвитку інстинкту самозбереження неповнолітні дівчата більш сміливо йдуть на вчинення злочинів.

Отже, за останні 10 років в Україні спостерігається тенденція "омолодження" злочинності неповнолітніх. Інтенсивніше відбувається криміналізація у сфері підлітків та молоді. Найбільш криміногенними є група 16-17 літніх. Питома вага представників трьох основних груп працюючих (робітників, селян, службовців) серед неповнолітніх, які скоїли злочини, постійно скорочується. Разом з цим значною мірою збільшилась частка учнів та, особливо, безробітних молодих людей.

Значний ріст серед безробітних злочинців свідчить про формування в умовах соціально-економічної кризи закономірності, що полягає у включенні до злочинної діяльності нових осіб шляхом соціальної дезадаптації (втрата або залишення роботи, навчання та ін.). Наявність такої тенденції свідчить про існування значної небезпеки для суспільства та потребує соціально-економічних заходів у країні в цілому та в регіонах зокрема.

Між регіонами та областями України існує значна відмінність у рівні та динаміці злочинності. Найбільш несприятливі показники характерні для великих промислових областей з високим рівнем міграції, з перевагою серед населення мешканців міст та високою густотою населення.

За останні роки спостерігається тенденція збільшення темпу росту злочинності неповнолітніх в областях з відносно невисоким її рівнем (Полтавська, Волинська, Закарпатська та Чернігівська області).

Позитивним можна оцінювати стан і тенденції злочинності неповнолітніх у Вінницькій, Хмельницькій, Рівненській, Івано-Франківській, Чернівецькій та Тернопільській областях, які характеризуються збалансованістю промислових та сільськогосподарських секторів економіки або перевагою останнього.

Зберігається тенденція концентрації злочинних проявів підлітків у містах та селищах міського типу (біля 80% всієї злочинності). Разом з цим за останні п'ять років відбулось зближення темпів росту міської та сільської злочинності, а у 1999-2000 роках остання зростала інтенсивніше за міську. За аналізований період зростання злочинності неповнолітніх відзначалось на всій території України, але її концентрація та показники динаміки в окремих її регіонах та областях значно відрізняється. Таким чином, до основної властивості у територіальному розподілі злочинності неповнолітніх слід віднести наступне:

- високі темпи росту числа зареєстрованих злочинів у таких областях як Київська, Житомирська, Черкаська, Луганська, Дніпропетровська, Донецька, Харківська та Сумська свідчать про появу нових регіонів концентрації злочинності.
- відносно стабільною можна вважати ситуацію у Львівській, Полтавській, Волинській, Закарпатській та Чернігівській областях та благополучною у Вінницькій, Хмельницькій, Рівненській, Івано-Франківській областях.

Дослідження злочинності неповнолітніх дозволило зробити висновок про чітку тенденцію у зменшенні віку осіб, які вчиняють протиправні діяння в регіонах. Дана обставина зумовлена цілою низкою чинників, чільне місце серед яких посідають психологічні. Молоді люди зі своїми здебільшого максималістськими поглядами більш схильні до того, щоб бути завербованими до злочинних організацій. Передусім це відбувається тому, що за допомогою життєвої енергії молоді можна втілити будь-яку ідею до абсолюту. Отже, усвідомивши той факт, що бурхлива життєва енергія є іманентною характеристикою більшості індивідів, яким не виповнилося 18 років, можна буде розробити спеціальний механізм сублімації цього потоку, а енергію молоді скерувати в корисне русло побудови демократичної держави. На жаль, поки що не повністю вдається виконати це завдання.

## КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА СУБ'ЄКТА ПОДРУЖНЬОГО ВБИВСТВА

*О. Зазимко*

*Національний технічний університет України "КПІ"*

Проблема особистості злочинця є однією з найбільш актуальних, водночас складних та найменш розроблених. Без знань, що стосуються особистості важко пояснити не тільки причини конкретного злочину, але й злочинності взагалі. Дані щодо особистості злочинця є необхідною умовою розробки і ефективної реалізації заходів боротьби із злочинністю в цілому. Не є виключенням і злочинність в сфері подружніх стосунків, зокрема, подружнє вбивство. Від комплексу знань, що стосується особистості суб'єктів подружнього вбивства, їх характеристики за віком, станом здоров'я, культурно-освітнім рівнем, соціально-ролевими якостями, залежить вірна оцінка стану і динаміки цього виду злочинності.

Знання про особистість суб'єкта подружнього вбивства має істотне значення для вивчення типових ситуацій скоєння цих злочинів, що має суттєве значення для організації ефективної роботи по попередженню цих злочинів.

Важливим специфічним фактором, що впливає на вибір варіанту поведінки є стать злочинця, обумовлюючи своєрідність вирішення міжособистого конфлікту.

Як показало проведене автором соціологічне дослідження, в порівнянні із жінками поведінка в сім'ї чоловіка характеризується значно більшим ступенем криміногенності. І, як наслідок, переважна більшість (80%) подружніх вбивств було скоєно чоловіками.

Вважаємо, що причини меншої криміногенності жінок у порівнянні із чоловіками при скоєнні подружніх вбивств пояснюється не більш високою моральністю і свідомістю перших, а тими соціальними умовами, які визначають роль жінки у суспільстві. В більшості своїй вони пов'язані із соціально – побутовими ролями, які традиційно виконуються жінками, і більш завищеними вимогами, які пред'являються до них суспільством. Те, що соціальні ролі чоловіків і жінок не співпадають, обумовлено історично сформованою структурою поведінки, яку обумовлюють як специфіка виховання чоловіків і жінок, так і різний їх реальний статус як в побуті, так і на виробництві, специфіка їх потреб і інтересів, особливості мікросередовища і відносин з оточуючим світом тощо.

Хоча зовнішнє середовище впливає на поведінку особистості не прямо, а проходячи через призму внутрішніх закономірностей її розвитку, що зобов'язує при вивченні особистості злочинця враховувати природну основу, яка здатна коригувати соціальний вплив при формуванні мотивації людської поведінки. При цьому статеві, психофізіологічні особливості жінок виконують лише роль умов, а не причин злочинності, у зв'язку з чим впливають не на сам факт злочинного прояву, а лише на форму злочинної поведінки.

Однією із найбільш важливих кримінологічних ознак, які характеризують суб'єктів подружнього вбивства є вік. Саме вік, значною мірою, визначає фізичний стан і можливість особи, коло її потреб та інтересів, життєвих установок та ціннісних орієнтирів, бажань та прагнень. Із збільшенням віку спостерігаються не тільки фізіологічні та психологічні зміни, а й соціальні умови її проживання, що безперечно, впливає на поведінку людини.

Проведене нами дослідження подружніх вбивств за матеріалами кримінальних справ показало, що подружні вбивства переважно (близько 70%) скоюють особи зрілого віку (30-55 років). Причому найбільш криміногенною є група осіб віком 32-47 років, на долю яких припадає 62% подружніх вбивств. На другому місці за ступнем криміногенності знаходиться вікова група 55-60 років, на яку припадає 23% вказаних злочинів і, нарешті, третє місце займають злочинці віком 24-30 років (6%). При цьому, було зафіксовано лише один випадок, коли злочинцю ледве виповнилось 19 років (останній позбавив життя свою співмешканку, яка була старшою від нього на 15 років, приревнувавши її до іншого чоловіка).

Те, що переважно більшість серед осіб, які скоюють злочини даної категорії, становлять особи зрілого віку, можна частково пояснити тим, що на вікову групу населення 30-55 років припадає найбільша кількість осіб, які перебувають в шлюбі чи в фактичних шлюбних стосунках.

Окрім того, вікові межі 30-55 років охоплюють найбільш активну і мобільну в соціальному плані частину населення. Результати дослідження підтвердили наше припущення, що в період високої соціальної активності накопичується небезпечний потенціал тяжких переживань, афективних проявів і конфліктів ситуацій особистості, зростає почуття тривоги за себе, загострюються конфлікти індивідуально – психологічного характеру і соціально – психологічного характеру.

В даній віковій групі в сфері подружніх відносин найбільш гостро проявляється байдужість один до одного, несумісність інтересів, подружня невірність, пияцтво, висока ступінь агресивності, які, в свою чергу, обумовлюють конфліктність відносин і зростаючу гостроту міжособистих стосунків. Саме цим, на наш погляд, пояснюється висока криміногенність осіб вказаної вікової групи.

Не викликає сумніву, що загально – освітній рівень людини має важливе значення для формування її інтересів, потреб, ціннісних орієнтирів, мотивів і цілей її поведінки, способів і форм реагування на конкретні (в тому числі і несприятливі) життєві ситуації. Він також тісно пов'язаний із характеристикою культури особистості, її соціальним статусом, життєвими планами і можливостями їх реалізації. Чим вищий рівень освіти індивіда, тим менша імовірність формування у нього антигромадських звичок і їх зовнішніх проявів на рівні суспільства.

Як показало проведене дослідження, освітньо – культурний рівень осіб, які скоїли подружнє вбивство, в цілому нижчий від рівня освіти населення взагалі. Зокрема, 60% суб'єктів, зазначеного злочину мали середню загальну освіту, 17% – неповну середню освіту, 15% – середню спеціальну освіту і тільки 3% – вищу освіту.

Наведені дані свідчать, що навіть при відсутності прямої кореляційної залежності між рівнем освіти і скоєнням злочинів, можна зробити висновок, що вказані злочини скоюють, в основному, неосвічені особи, а оскільки саме їм властиві примітивні інстинкти, егоїстичні інтереси, слабкий рівень критичної оцінки власної поведінки, обмежений світогляд та своєрідне сприйняття навколишнього світу, примітивні потреби та інтереси, застосування фізичної сили як основного способу вирішення конфліктних ситуацій. Особи із більш високим рівнем освіти і відповідно рівнем культури, як правило, виходять із подружнього конфлікту іншим, незлочинним шляхом: безпосередні переговори, візити до більш досвідчених родичів, примирення і, в крайньому випадку, розлучення.

Для об'єктивного вивчення особистості злочинця велике значення має аналіз її соціального статусу, оскільки це сприяє виявленню особистісних і професійних проявів в процесі життєдіяльності. Крім того, дані про соціальний статус осіб, які скоїли подружнє вбивство, дозволяють зробити висновок про те, в яких соціальних верствах і групах мають найбільше розповсюдження вказані злочини.

В результаті дослідження було отримано такі дані щодо соціального статусу осіб, які скоїли подружнє вбивство: робітники низької кваліфікації – 30%, робітники високої кваліфікації – 10%, пенсіонери – 25%, працівники правоохоронних органів – 1%, не працювали і не навчались – 34%.

Отже, серед вказаних злочинців переважна більшість мала низький соціальний статус: некваліфіковані робітники, пенсіонери та особи, які ніде не працювали та не навчались становили 89%. Необхідно також враховувати, що соціальному статусу саме цих категорій притаманний низький освітній та відповідно культурний рівні, що не могло не позначитись на їх поведінці.

Особливу увагу звертає на себе той факт, що серед вказаних осіб велика кількість взагалі не працювала і не навчалась. Не викликає сумніву, що небажання працездатної особи працювати або навчатись, призводить до негативних наслідків – соціальної деградації особи, зменшенню зовнішнього контролю, втрати позитивних зв'язків з колективом. Разом із тим незайнятість соціально корисною працею погіршує матеріальний стан, позбавляє сім'ю постійних засобів для існування. А це, в свою чергу, призводить до погіршення морально – психологічного клімату в сім'ї, сприяє загостренню конфліктів між подружжям.

В контексті викладеного, не можна не погодитись з висновком провідного вченого в області психології агресії Л. Берковцем, який, досліджуючи причини насильства в сім'ї, дійшов висновку, що "люди, чия професійна підготовка, рівень освіти і (чи) прибутків дозволяє їм зайняти лише невисоке місце на соціальній драбині, з більшою вірогідністю демонструють агресивну поведінку, ніж ті, хто знаходиться на її вищих сходинках".

Важливе значення як в теоретичному, так і в практичному аспектах при вивченні особистості злочинця має питання щодо стійкості його антигромадської спрямованості та протиправної поведінки. Найбільш об'єктивним критерієм для оцінки цього питання є рецидив злочину.

Як свідчать результати проведеного автором дослідження, значна частина із числа суб'єктів подружнього вбивства (46%) ще до вчинення останнього злочину вже мали проблеми, пов'язані із порушенням закону. Із числа засуджених майже кожен п'ятий (22%) був раніше судимий, при чому близько 10% з них мали дві і більше судимості. В основному до кримінальної відповідальності вказані особи раніше притягалися за крадіжки та хуліганство. Решта вбивць (24%) до вчинення злочину притягалися до адміністративної відповідальності за дрібне хуліганство, розпиття спиртних напоїв або за появу в громадських місцях в нетверезому стані. До суб'єктів, які на момент вчинення вбивства працювали, застосовувалися міри дисциплінарного впливу.

Наведені дані свідчать, що вказані вище суб'єкти характеризуються стійкою антисоціальною спрямованістю особистості, яка має тенденцію до погіршення.

Результати, одержані в процесі дослідження, свідчать про те, що в етіології подружніх вбивств виключно висока роль пияцтва. Так, в стані алкогольного сп'яніння було скоєно 90% подружніх вбивств. При цьому, звертає на себе увагу, що 60% потерпілих також знаходилися в стані алкогольного сп'яніння. Окрім цього, слід зазначити, що 16% вбивць страждали від хронічного алкоголізму. Отже, криміногенне значення алкоголю на вчинення подружнього вбивства не викликає сумніву. Безперечно і те, що побутове пияцтво та алкоголізм впливають на подружні стосунки в цілому, маючи дезорганізуюче значення. У осіб, які постійно вживали алкоголь, мали місце втрата самоконтролю, моральна деградація, безвідповідальність. У зв'язку з чим, вказані особи досить часто відрізняються жорстокістю, грубістю, нетактовністю і часто протиправністю.

Особливість дії алкоголю на психіку, на виникнення мотиву та на формування умислу скоїти вбивство проявляється в тому, що під дією алкоголю спостерігається збудження підкірки, а нормальна робота кори головного мозку порушується в результаті розвитку в ньому процесу гальмування. Ця дія алкоголю гальмує роботу інтелектуальних центрів суб'єкта, сприяє вивільненню у людини тваринних інстинктів, які лежать в основі злочинних потреб та інтересів. Пияцтво сприяє посиленню цинічності, зухвалості, жорстокості та інших найбільш негативних характеристик протиправних дій, які в своїй сукупності підвищують їх суспільну небезпечність.

Згідно даним окремих дослідників, злочинна активність осіб хворих на алкоголізм, перевищує злочинну активність осіб, які вживають спиртні напої, але помірно, майже в 100 разів.

Проведене нами дослідження показало, що у більшості осіб, які скоїли подружнє вбивство, наявні стійкі відхилення в емоційно – вольовій, ціннісно – нормативній та психологічній сферах. Окрім того, серед вказаних осіб спостерігається висока концентрація таких якостей, як озлобленість, емоційна збудженість та афективні "спалахи", психопатичні риси поєднані із жорстокістю та агресивністю, високий рівень особистої напруженості, слабкий вольовий та емоційний контроль за власною поведінкою, слабка здатність прогнозування можливих наслідків своїх дій, примітивність інтересів, викривленість методів задоволення їх основних життєвих потреб, егоцентричність, при якій власні бажання і почуття розглядаються як ті, що підлягають безперечному негайному задоволенню.

Саме вивчення особистості злочинця даної категорії, особливостей його поведінки дозволяє виявити ряд загальних закономірностей і рис, що дає можливість створити узагальнюючий соціальний портрет суб'єкта подружнього вбивства, який визначається певними факторами, діючими в комплексі:

- вбивства вчинюються, як правило у віці від 30 до 55 років;
- низький професійний, освітньо – культурний рівні та соціальний статус суб'єктів подружнього вбивства;
- стійкість антисоціальної спрямованості та антигромадської поведінки;
- зловживання спиртними напоями;
- наявність агресивно – насильницьких орієнтирів у вирішенні подружніх конфліктів;
- знецінення значення сім'ї.

Найбільш жорстокі подружні вбивства характеризуються раптовістю, вибуховоподібністю, зовнішньою неадекватністю поштовху для злочинної поведінки.

Запропонований соціально – кримінологічний портрет суб'єкта подружнього вбивства має значення для вирішення не тільки кримінально – правових, але й кримінологічних проблем.

## **РОЗВИТОК СПОСОБІВ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ У БАНКІВСЬКІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ З ВИКОРИСТАННЯМ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ**

*В. Поливанюк*

*Запорізький юридичний інститут МВС України*

Банківська система життєдіяльності держави, яка пов'язана з накопиченням, розподілом і використанням державних і приватних коштів, є однією з найбільше притягальних для окремих злочинців і, особливо, організованих злочинних груп. У даній системі на теперішній час вчинюється значне число різного роду фінансових афер, здійснюваних частіше за все при різних банківських операціях.

Найбільш привабливою сферою, яка широко використовується для відмивання кримінальних доходів, залишається банківська та кредитно-фінансова системи. При цьому широко використовуються міжнародні грошові розрахункові системи. Особливе занепокоєння правоохоронних органів України викликають високі темпи криміналізації банківської системи (у цій сфері протягом 2002 року виявлено майже 3,1 тис. злочинів.) За висновками фахівців Національного банку України, майже кожний третій український банк на сьогодні є проблемним. Банківська система перетворилася на центральну ланку технологічного ланцюга з відмивання капіталів, добутих злочинним шляхом. До кримінальної відповідальності за вчинення корисливих злочинів безпосередньо в банках притягувались 367 працівників, з яких 54 – керівники банківських установ.

На початку 90-х років в Україні розпочалася глобальна комп'ютеризація суспільства, яка стала не просто фактом науково-технічного прогресу, а і надійно увійшла в професійну діяльність, побут, науку, освіту, культуру. Комп'ютери стали незамінними помічниками людини.

У нашій країні вже сьогодні знаходиться досить розвинена система електронного зв'язку, яка не може бути абсолютно надійною та захищеною. Така ситуація надає можливість злочинцям отримувати несанкціонований доступ до комп'ютерних інформаційних систем для проведення незаконних маніпуляцій у корисливих цілях. Процес комп'ютеризації суспільства призводить до збільшення кількості комп'ютерних злочинів, зростання їх ваги за розмірами сум, що використовуються в загальній частині матеріальних витрат, у порівнянні із звичайними видами злочинів.

У криміналістичній літературі спосіб розкрадання прийнято вважати ключовим елементом криміналістичної характеристики, оскільки він в значній мірі визначає методику і тактику слідства, планування та організацію розслідування.

Способи вчинення банківських злочинів із використанням інформаційних технологій дуже різноманітні і з кожним роком вони змінюються. Дане явище зумовлене як складністю самих засобів комп'ютерної техніки, так і різноманітністю та постійним нарощуванням інформаційних операцій, багато з яких відображають рух фінансових і грошових коштів, науково-технічних розробок тощо.

Злочин легше попередити, ніж розкрити вже вчинений. Це аксіома. Як показує міжнародний досвід боротьби із злочинністю одним з найбільш ефективних способів є активне використання правоохоронними органами різноманітних засобів профілактичного характеру. До таких засобів відносять інформування населення про діяльність правоохоронних органів та, в більшій мірі, про покарання, що несуть злочинці за вчинене. Особливо це важливо для профілактики злочинів у сфері високих технологій, тому що більшість підлітків-хакерів зберігають ілюзію власної безкарності.

## СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ І КРИМІНАЛІСТИКИ

### ПУБЛІЧНІСТЬ, ЗМАГАЛЬНІСТЬ І ДИСПОЗИТИВНІСТЬ ЯК ОСНОВА КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ

*В. Нор*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Нормативне регулювання кримінального судочинства нерозривно пов'язане з соціально-економічним і політичним станом суспільства як цілісної органічної системи. Суспільно-політична практика людства яскраво продемонструвала, що в демократичних державах з розвинутим інститутом приватної власності, розподілом державної влади на законодавчу, виконавчу і судову та чітким механізмом противаг і стримувань у їх взаємодії, рівністю громадян перед законом і судом (принаймні формальною) в міру розвитку їх (держав) у цьому напрямку розшукна модель кримінального процесу поступово звужувалась і поступалась місцем процесу змагальному. Державно-правовий розвиток України за останнє десятиріччя – яскраве тому підтвердження.

2. З відновленням Україною в 1991 р. своєї незалежності, переходом мирним шляхом від командно-адміністративної системи у всіх сферах суспільного життя до демократичних форм правління, утвердження ринкових відносин та формування інститутів громадянського суспільства неминуче зумовило зміну пріоритетів у системі взаємовідносин між державою, людиною (громадянином) і суспільством. Навряд чи знайдуться опоненти тому, щоб характеризувати суспільно-політичні процеси в Україні протягом останніх 12-13 років, як кардинальний поворот в її розвитку, що змінив вектор пріоритетності інтересів від державних до людини. Проголошення ідеї, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є для держави Україна найвищою соціальною цінністю (ст.3 Конституції), по суті зробило переворот у поглядах на світ, суспільство, державу та місце людини в них, на їх відносини з людиною, а так само відносини між людьми. Названа ідея знайшла своє багатогранне відображення і в сфері кримінального процесу. Власне під її впливом і на її реалізацію законодавець по-новому формулював і завдання кримінального судочинства, істотно розширив правові гарантії захисту особи від безпідставного притягнення її до кримінальної відповідальності і засудження, а так само гарантії захисту прав і законних інтересів потерпілих від злочину (жертв злочину), надав більшої ваги і розширив дію засади змагальності на досудових стадіях кримінального процесу, поклавши її в основу судового розгляду і вирішення кримінальної справи по суті пред'явленого особі обвинувачення та в контрольних судових стадіях кримінального судочинства. Аналіз як чинного кримінально-процесуального законодавства (КПК) України, так і проекту нового КПК (проект 2003 р., прийнятий Верховною Радою України в першому читанні) дає підставу характеризувати кримінальний процес України не лише як процес змішаний, що характерний для переважної більшості європейських держав, а як процес з переважними елементами змагальності. І це є закономірним явищем. Правова держава вимагає регулювання кримінально-процесуальних відносин методом змагальності, що вимагає, власне, змагальної форми кримінального судочинства.

3. Конституція України (ч.3 ст.129) змагальність судочинства, у тому числі і в кримінальних справах, закріпила як основний принцип (керівну ідею). Це положення потягло за собою кардинальні зміни у формі кримінального судочинства. Закріпивши конституційне положення, що розгляд кримінальних справ у судах відбувається на засадах змагальності, ст.16<sup>1</sup> КПК чітко розмежувала кримінально-процесуальні функції – обвинувачення, захист, розгляд і вирішення справи (інакше – правосуддя або юстиції). Оскільки засада змагальності знаходить свій прояв у реалізації протилежних за своїм змістом функцій обвинувачення і захисту, то учасники процесу, які реалізують названі функції, фактично є сторонами процесу, що й було детально підтверджено новою редакцією ст.261 КПК. Згідно з названою нормою до сторони обвинувачення належать: прокурор, потерпілий і цивільний позивач та їх представники, а до сторони захисту – підсудний, його захисник, законний представник неповнолітнього підсудного, цивільний відповідач і його представник. Обидві сторони наділені рівними правами на заявлення відводів і клопотань, подання доказів, участь у їх дослідженні

та доведенні їх переконливості, виступ у судових дебатах, оскарження процесуальних рішень суду. Реалізація сторонами перелічених процесуальних прав дає можливість на засаді змагальності успішно виконувати властиву їм процесуальну функцію.

4. Новий підхід до засади змагальності зумовив усунення з кримінально-процесуального законодавства положень, які їй суперечили. Так, зокрема, в ст.22 КПК "всебічне, повне і об'єктивне дослідження обставин справи" Законом від 21.06.01 р. з числа суб'єктів, на яких покладено обов'язок (публічний), вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виключено суд, оскільки покладання на суд зазначеного обов'язку (а це не властива йому функція) є елементом розшукного процесу. Істотній зміні піддана у цьому зв'язку і ст.260 КПК. Ця норма знову ж таки покладає на суддю (головуючого в судовому засіданні) обов'язок спрямування судового слідства не "на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи", а "на забезпечення здійснення сторонами своїх прав".

Кардинальним змінам були піддані норми КПК, які давали право судові (або покладали на нього обов'язок) порушувати кримінальні справи публічного обвинувачення тощо.

5. Державницька (публічна, від лат. publicum – народ) ідея лежить в основі будь-якої моделі кримінального процесу (розшукної, змагальної, змішаної) та реальної форми її реалізації. Власне, засада (принцип) публічності (офіційності), за загальним правилом, є рушійною силою будь-якої форми кримінального процесу. Проте, якщо у розшукному процесі пріоритетними є інтереси держави (публічні інтереси), то у змагальному – на першому плані знаходяться інтереси особи, її права і свободи. Тому й не випадково, що змагальний процес одним з перших своїх завдань ставить "охорону прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб" (ст.2 КПК), "захист особи від безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності і засудження невинуватих" (п.2 ст.2 проекту КПК). Власне, пріоритетність завдань кримінального процесу визначає правове положення особи у ньому, а останнє – форму процесу. Побудова кримінального судочинства на засаді публічності не заперечує його змагальної форми, хоч і може впливати на деякі її елементи.

6. В чинному КПК України принцип публічності (офіційності) одержав своє закріплення в ст.4, згідно якої суд, прокурор, слідчий і орган дізнання **зобов'язані** в межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання. Проект КПК 2003 р., не змінюючи суті самої засади, вербально більш рельєфно надає їй державницького забарвлення: "Кримінальне переслідування від імені держави у кримінальних справах публічного і приватно-публічного обвинувачення здійснюють прокурор, а також слідчий та особа, яка здійснює дізнання" (ч.1 ст.179).

Правова конструкція принципу публічності (офіційності) передбачає наступні правила:

1) прокурор, слідчий, орган дізнання зобов'язані порушити кримінальну справу в кожному випадку, коли їм стане відомо про вчинений злочин або такий, що готується;

2) орган дізнання, слідчий, прокурор зобов'язані з'ясувати всі істотні для справи обставини, зібравши і перевіrivши необхідні докази. При цьому активна правозастосувальна діяльність перелічених суб'єктів процесу відбувається незалежно від прохань чи бажань будь-яких зацікавлених осіб. Держава (публіка, народ) зобов'язує їх діяти таким чином, оскільки вона взяла на себе обов'язок підтримувати правовий порядок, охороняти і захищати права і свободи фізичних і юридичних осіб.



## ЗНАЧЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ УГОЛОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА И ЕЕ ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ

*В. Шпак*

*Белорусский государственный университет*

Вся уголовно-процессуальная деятельность осуществляется непременно в рамках установленной законом процедуры, которую принято называть процессуальной формой уголовного производства. От того, как регламентирована эта деятельность, во многом зависит успех достижения задач уголовного процесса. Крупнейшие страны Запада, стремящиеся к осуществлению оптимизации и рационализации процесса, сочли целесообразным дифференцировать в своем законодательстве процессуальную форму досудебного производства. Поэтому среди проблем, привлекающих внимание отечественных юристов, как ученых, так и практиков, особое место занимает вопрос о путях дальнейшего развития уголовного процесса и роли дифференциации процессуальной формы в нем. Для правильного понимания сути проблемы и поиска возможных решений необходимо вначале определить значение и содержание процессуальной формы.

Термин "процессуальная форма" широко применяется в юридической литературе. Однако до сих пор еще не сформировалось общепризнанное и четкое определение процессуальной формы. Ярким подтверждением тому служит следующее высказывание: "Процессуальная форма как научная конструкция, общая модель структуры правовой формы – явление внутреннего, глубинного порядка. Благодаря этому точное установление ее онтологического характера и реальной модели – занятие трудоемкое и не всегда результативное". Мы все же попытаемся раскрыть содержание уголовно-процессуальной формы.

Мы солидарны с В.Н. Шпилевым, и считаем наиболее приемлемым то определение внешней процессуальной формы (формы процессуальной процедуры), которое охватывает не только совокупность условий, предусмотренных в законе для производства процессуальных действий, но и их последовательность, порядок закрепления и оформления таких действий, процессуальные сроки.

Уголовный процесс представляет собой вид познавательной деятельности, отличающейся своим содержанием и задачами. Уголовно-процессуальная форма, аккумулируя многолетний опыт борьбы с преступностью, строится, прежде всего, с учетом общих методологических закономерностей познавательной деятельности. Характеризуя значение процессуальной формы ученые отмечают, что она создает стабильный, устойчивый, юридически определенный режим производства по уголовным делам, призвана обеспечить законность в деятельности органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, общественно-воспитательный результат их деятельности, содержит гарантии прав и законных интересов граждан, участвующих в уголовном процессе, создает условия для правильного и справедливого применения закона, решает те же задачи, что и уголовный процесс.

По нашему мнению, в самом общем виде уголовно-процессуальная форма – это совокупность однородных процессуальных требований, нормативно закрепляющих образ поведения участников уголовного процесса, направленных на достижение уголовно-правового результата. Процессуальная форма имеет еще одну, не менее важную сторону – обеспечение оптимальных путей достижения задач уголовного процесса. В этой связи обоснован интерес к проблеме дифференциации форм расследования преступлений и, в частности, к ускоренному производству.

В юридической литературе понятие "дифференциация", в основном, не подвергалось глубокому исследованию, она воспринималась как нечто общеизвестное, не нуждающееся в формализации. На самом деле значительная часть споров вокруг проблемы дифференциации уголовного процесса связана с тем, что различные ученые неоднозначно трактуют это понятие.

Одна группа ученых под дифференциацией понимает исключительно упрощение уголовного процесса, связанное с ликвидацией части процессуальных гарантий. Другие понимают дифференциацию как тенденцию развития уголовно-процессуального законодательства, которая приводит к возникновению внутри уголовного процесса производств, различающихся между собой по

степени сложности как в сторону ускорения производства, так и в сторону усиления процессуальных гарантий по определенным категориям преступлений. Различными учеными в это понятие вкладывается разное содержание – от возможности осуществления предварительного расследования в форме дознания либо в форме предварительного следствия, наличия различной подследственности и подсудности по разным категориям преступлений, обязательного участия защитника, предусмотренного в определенных законом случаях, до различного количества стадий, которые проходят дела разных категорий.

В словарях под термином "дифференциация" понимается разделение, расчленение, расслоение целого на многообразные формы, ступени. Из этого можно сделать вывод, что дифференциация уголовного процесса предполагает наличие различных производств, отличающихся между собой. Вести речь о дифференциации уголовного процесса, а следовательно, и уголовно-процессуальных производств, можно лишь в случае наличия существенных различий, в противном случае следовало бы признать, что в действующем уголовном процессе существует значительное число производств, различающихся зачастую лишь мелкими деталями. Дифференциация уголовно-процессуальной формы не должна вести к их пестроте.

Различные категории преступлений и, соответственно, дела по ним существенно отличаются друг от друга: умышленное убийство и оскорбление, разбой и злостное уклонение от уплаты алиментов – эти и многие другие, предусмотренные уголовным законом деяния, при всех различиях по степени общественной опасности, по юридическим свойствам и по характеру фактических обстоятельств охватываются общим понятием – преступление – и могут быть предметом уголовного процесса.

В зарубежной уголовной теории существуют различные точки зрения по поводу системы и оснований классификации преступлений. Наиболее существенные из этих оснований могут быть сведены к трем группам, относящимся: 1) к содержанию преступлений; 2) к их наказуемости; 3) к процессуальным условиям преследования и рассмотрения преступлений. В нашем уголовном праве не привилось, осталось чуждым известное зарубежному праву трехчленное деление уголовно-наказуемых деяний на преступления, проступки и правонарушения (французские – crimes, delicts, contravention; немецкие – Verbrechen, Vergehen, Ubertretungen). И если отечественное уголовное право не разделяет преступления на две или три группы, то это не устраняет различий между теми или иными категориями преступлений. Не проводя такой классификации Уголовный кодекс Республики Беларусь в ст.12 выделяет, с одной стороны, тяжкие и особо тяжкие преступления, а с другой – преступления, не представляющие большой общественной опасности, и менее тяжкие преступления.

Классификации преступлений по степени общественной опасности придается не только уголовно-правовое, но и процессуальное значение. В связи с этим под дифференциацией уголовного процесса чаще всего понимается выделение в системе процесса ускоренных производств, производств с более сложными процессуальными формами либо их совокупности. При этом получается следующая система:

- Ускоренные производства.
- Обычные производства.
- Производства с более сложной процессуальной формой.

Под усложнением или ускорением обычно подразумевается некое исходное производство, относительно которого и происходит ускорение или усложнение. Это производство называют основным (обычным) производством. Обычное производство регулируется общими правилами УПК без существенных изъятий, как это свойственно процессу регулирования ускоренных и усложненных производств. Такое досудебное производство осуществляется в форме дознания или предварительного следствия. В реальной правоприменительной деятельности обычное производство имеет значительно больший удельный вес в сравнении с иными производствами. Именно оно принимается за основу при ускорении производства по отдельным категориям преступлений.

Порядок производства с более сложными процессуальными формами необходим по делам о тяжких преступлениях или иным делам наибольшей сложности, или особого общественно-политического значения. Сюда нужно включить следующие производства: 1) по делам несовершеннолетних; 2) по делам в отношении лиц, страдающих психическими или физическими недостатками; 3) по делам о преступлениях, за совершение которых в качестве меры наказания может быть назначена смертная казнь. Более простой, ускоренный порядок производства должен быть

предусмотрен по ряду преступлений, не представляющих большой общественной опасности, относительно несложных в расследовании и не имеющих большого общественно-политического значения.

Уголовный процесс, сохраняя свое единство, выраженное в единстве основных процессуальных гарантий, в единстве принципов, строится в значительной мере дифференцированно. В соответствии с уголовно-процессуальным законодательством досудебное производство в Республике Беларусь осуществляется в форме: 1) предварительного следствия; 2) дознания; 3) ускоренного производства. Наличие же в уголовном процессе производств, различающихся между собой по степени сложности, свидетельствует о дифференциации уголовного процесса. Однако только сложность уголовно-процессуальной формы не может описать всех характерных черт производства по делу, не исчерпывает их. Дифференциация означает "разделение, расчленение целого на многообразные формы, ступени".

Мы не можем полностью согласиться с Ю.К. Якимовичем, А.В. Ленским и Т.В. Трубниковой, предлагающими под дифференциацией уголовного процесса понимать "существование в системе уголовного процесса самостоятельных производств", которые, по их мнению, должны характеризоваться "наличием определенной материально-правовой базы". Под дифференциацией уголовно-процессуальной формы мы понимаем наличие в системе уголовного процесса различных видов самостоятельных производств, которые в силу тех или иных оснований (критериев дифференциации) характеризуются существенными различиями по сравнению с обычным производством.

Спор ученых о том, каким быть уголовному процессу, в последнее время был законодательно разрешен в пользу дальнейшей дифференциации формы досудебного производства, хотя еще десятилетие тому назад многие ученые были настроены крайне негативно по отношению к любому возможному ускорению уголовного процесса, выступали за его единство и сохранение этого единства.

Уголовно-процессуальное законодательство Республики Беларусь в п.2 ст.1 УПК предусматривает, что установленный им порядок производства по материалам и уголовному делу является единым и обязательным для всех органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс, а также для иных участников уголовного процесса. Это положение имеет огромное значение. Говоря о едином и обязательном порядке производства, законодатель подчеркивает тем самым чрезвычайно важный момент – неизбежность демократических и глубоко гуманных по своей сути принципов уголовного процесса, процессуальных прав личности и их гарантий, значимость процессуальной формы для полного, всестороннего, объективного расследования преступлений и для оптимального достижения задач уголовного процесса.

Характерной чертой уголовно-процессуальной формы также является ее единство. О единстве процессуальной формы речь идет лишь постольку, поскольку она построена на единых принципах и направлена на достижение одних и тех же задач по всем уголовным делам без исключения. Принципы же уголовного процесса служат теми границами, за которые не вправе заходить законодатель при установлении как ускоренного порядка производства, так и при введении порядка производства с более сложными процессуальными формами. Только в этом смысле, в смысле наличия одной системы таких принципов и отсутствия различных процессуальных порядков в зависимости от ведомств и звеньев судебно-следственной системы следует понимать указание п.2 ст.1 УПК. Единство процессуальной формы в таком его понимании не исключает наличия особенностей в порядке производства по различным категориям преступлений.

Чтобы лучше понять значение дифференциации и ее возможные последствия для уголовного процесса, необходимо рассмотреть и проанализировать тенденции развития науки уголовно-процессуального права с точки зрения дифференциации ее процессуальной формы. Начало обширной дискуссии в юридической литературе положила выдвинутая М.Л. Якубом в 1964 году идея дифференциации процессуальной формы. В последующем такая идея имела немало как сторонников, так и противников.

М.С. Строгович утверждал, что решающее значение в развитии уголовного процесса проявляется в определенной тенденции, получившей характер закономерности: развитие уголовно-процессуального законодательства идет в направлении установления единства форм по всем делам о преступлениях с устранением каких либо изъятий, ограничений. В то время большинство ученых также отвергало возможность дифференциации, отождествляя ее лишь с ликвидацией процессуальных

гарантий. Однако встречались и авторы, считавшие, что дифференциация все-таки возможна, но лишь в направлении усложнения отдельных видов производств.

Определенные изъятия из обычного порядка производства всегда имели место в уголовном процессе. На этом основании ряд ученых выступил с идеей дифференциации уголовно-процессуальной формы. Задачи уголовного процесса обуславливают необходимость его дифференцированного построения, т.к. с различиями в свойствах дел неодинаковы и процессуальные условия их расследования и судебного разбирательства, которые обеспечивают оптимальное достижение задач уголовного процесса. Идея же унификации, как полагал М.Л. Якуб, приводит к исканию "средней линии" в построении порядка уголовного производства, к исканию таких его форм, которые не были бы слишком сложными для одних категорий дел и слишком примитивными для других. Унификация является тормозом в развитии процессуальных форм и гарантий, необходимых по делам о тяжких преступлениях, а с другой стороны – приводит к бюрократизации и усложнению процесса по делам ряда других категорий преступлений.

Сторонники дифференциации исходили из того, что при несомненной важности единообразного соблюдения установленного порядка производства по всем уголовным делам этот порядок должен в ряде случаев дифференцироваться с учетом характера дела, находящегося в производстве, личности обвиняемого и других обстоятельств. Достижение социально обоснованных целей уголовно-правовой политики может быть осуществлено в условиях действия процессуальной формы, отличающейся значительной гибкостью. Такое требование вытекает из самой сущности уголовного процесса, выступающего в качестве особой и единственной формы, в которой протекает установление факта преступления и обеспечение реализации норм уголовно-материального права.

По изложенным причинам одинаковое построение порядка производства по всем категориям уголовных дел, без учета их специфики, было бы неправильным. Дифференцированный порядок производства по делам всех категорий преступлений является необходимым условием эффективного и рационального построения процесса, а признание правомерности дифференциации уголовного производства в рамках единого процесса – одна из предпосылок совершенствования уголовно-процессуального законодательства. Процессуальные формы только тогда могут отвечать своему функциональному назначению, когда они строятся сообразно со свойствами отдельных категорий преступлений.

Идея унификации процесса, выдвинутая еще в 50-х годах, имела положительное значение, поскольку была направлена против ограничения процессуальных гарантий по тем или иным делам, тех или иных проявлений правового нигилизма, против выдвигаемых в свое время предложений о необходимости "двух процессов": одного – с развитыми процессуальными формами и гарантиями для общеуголовных дел, другого – со свернутыми процессуальными формами и гарантиями для государственных преступлений. Унификация процессуальной формы выразилась в том, что для всех дел публичного обвинения, не зависимо от их характера, была создана единая процессуальная форма, не считая некоторого различия между дознанием и предварительным следствием.

В современных условиях идея создания единого процессуального порядка по всем уголовным делам без исключения при всей ее привлекательности не может лежать в основе развития уголовно-процессуального права, она не базируется на историческом опыте развития процессуальной формы, не учитывает, что ее дифференциация в зависимости от характера дел существовала и существует во всех правовых системах. Она направлена против дифференцированного построения процесса, тормозит развитие процессуальных форм и гарантий. Именно поэтому пришлось искать другие формы расследования преступлений (в начале была протокольная форма досудебной подготовки материалов, после – ускоренное производство). Процессуальный порядок развивается в направлении создания наиболее оптимальных процессуальных условий для выполнения задач уголовного процесса.

Не вызывает сомнения, что рост преступности неизбежно будет сопровождаться увеличением количества уголовных дел в производстве органов дознания и предварительного следствия, которые уже сейчас не справляются с существующей нагрузкой. Поэтому, как считают ученые, использование ускоренных производств оправдано и в дальнейшем найдет широкое применение на практике.

Процессуальные формы, как разновидности форм трудовой деятельности, должны отвечать требованиям научной организации труда. В свете этого требование дифференциации процессуальной формы означают не что иное, как установление в законе и использование на практике наиболее

рациональных процессуальных средств и способов реализации задач уголовного процесса. Границы же применения ускоренных процессуальных форм не являются жесткими и неизменными и при определенных условиях могут сужаться. Когда конкретное преступление, по которому возможно ускоренное производство, оказывается достаточно сложным, по нему производится дознание. Всегда должна оставаться возможность перехода от более простых форм расследования к более сложным. Это делает уголовный процесс гибким орудием в борьбе с преступностью.

Дифференциация уголовно-процессуальной формы как для установления дополнительных правовых гарантий, так и для ускорения той или иной процедуры – явление объективное и социально оправданное. Процесс дифференциации уголовно-процессуальной формы должен соответствовать новым явлениям в общественной жизни и не снижать достигнутый уровень процессуальной системы охраны прав и законных интересов граждан. Еще в 1983 году на подготовительном коллоквиуме к XIII Международному конгрессу уголовного права была принята резолюция, в которой предлагалось шире использовать процедуры, заменяющие обычный ход уголовного процесса. С нашей точки зрения, процесс демократизации уголовно-процессуального законодательства непременно будет сопровождаться дифференциацией форм уголовного производства.

**ДИНАМІКА ФОРМУВАННЯ ПУБЛІЧНОГО ОБВИНУВАННЯ  
ТА ЗНАЧЕННЯ ЙОГО ПАРАДИГМИ  
В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ*****В. Юрчишин****Прокуратура Чернівецької області*

Обвинувачення взагалі та публічне зокрема за своєю структурою не є однозначним. Як зазначається в літературі, розподіл обвинувачення на частини має не тільки теоретичне значення, а й вкрай необхідне для практики.

Однією з суттєвих складових обвинувачення (серед його фабули і кваліфікації) є його формулювання. Про це сказано в ст.334 КПК України стосовно мотивувальної частини вироку. У ст.314 КПК РФ ця частина обвинувачення названа дещо по-іншому – "Описание преступления". Однак зміст формулювання обвинувачення, опис злочину в плані обвинувачення означає в широкому розумінні одне і те ж, а саме визначення доведеним місця, часу, способу вчинення та наслідків злочину, форми вини і мотивів злочину, обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання. При такому підході формулювання обвинувачення, по суті, зводиться до наслідків доказування обставин справи, що зазначені ст.64 КПК України.

Формулювання обвинувачення в постанові про притягнення як обвинуваченого законодавець зводить до відомостей про обвинуваченого та злочин, у вчиненні якого обвинувачується певна особа, час, місце та інші обставини вчинення злочину, наскільки вони відомі слідчому (ст.132 КПК України). У ст.223 КПК, присвяченій обвинувальному висновку взагалі, говориться про коротке викладення в його резолютивній частині суті пред'явленого обвинувачення із зазначенням статті кримінального закону, яка передбачає такий злочин.

За законом Росії (ст.205 КПК РФ) в резолютивній частині обвинувального висновку викладається формулювання пред'явленого обвинувачення з вказівкою відповідної статті чи статей кримінального закону.

П.М. Давидов пише про те, що поряд з формулюванням обвинувачення в теорії процесу відоме і таке поняття, як "формула обвинувачення", при цьому інколи не проводиться розмежування між "формулою і формулюванням обвинувачення". Проте за своїм обсягом формула обвинувачення порівняно з формулюванням повинна бути більш короткою з використанням юридичних термінів, що містяться в статті кримінального закону.

Таким чином, формулу обвинувачення можна розуміти як технічний прийом, що полегшує з'ясування загальної суті кримінальної справи. Однак все ж таки сутність пред'явленого обвинувачення повинна викладатися у вигляді формулювання з тим, що обвинувачений та інші учасники процесу точно і визначено знали, в чому конкретно, у яких напрямках обвинувачується особа. Тоді вони можуть більш предметно здійснювати і свою процесуальну діяльність в кримінальній справі.

Зміст формулювання обвинувачення має свою структуру, свої елементи, що відображають ознаки конкретного злочину, у якому обвинувачується особа. Правильне розуміння змісту і структури обвинувачення дає можливість компетентним органам найбільш ефективно організувати виконання принципу всесторонності, повноти й об'єктивності при розслідуванні злочинів і розгляду кримінальної справи в суді, найбільш предметно спланувати діяльність по справі та кваліфікувати злочин, викласти суть обвинувачення в постанові про притягнення як обвинуваченого, в обвинувальному висновку та інших процесуальних документах.

Формулювання обвинувачення бере свій початок вже зі стадій вирішення питання про порушення кримінальної справи і може бути зазначено в постанові про порушення кримінальної справи. Після порушення кримінальної справи інтенсивно йде пошук підтвердження чи не підтвердження обвинувачення, для чого проводяться необхідні слідчі дії: допити, відповідні огляди, експертизи, виїмки тощо; а формулювання конкретного обвинувачення набуває своєї динаміки і проходить свої етапи. Найбільш суттєвим із них є притягнення особи як обвинуваченого, де повинно

бути вказано на вчинення злочину певною особою, що зазначається у відповідній постанові (ст.131 КПК).

Парадигма обвинувачення, в плані його зразка, моделі, конструкції, що викладена в постанові про притягнення особи як обвинуваченого має принципове значення для подальшої обвинувальної діяльності, її динаміки і розвитку. Якщо під час досудового слідства виникає необхідність змінити пред'явлене обвинувачення або його доповнити, слідчий зобов'язаний заново пред'явити обвинувачення з виконанням вимог, встановлених законом. При складанні обвинувального висновку слідчий повинен суворо дотримуватися змісту обвинувачення, викладеного при пред'явленні обвинувачення, але при перевірці прокурором справи з обвинувальним висновком, він не має права змінити обвинувачення на більш тяжке або таке, що істотно змінює обвинувачення з фактичних обставин (ст.235 КПК), тобто те, яке сформулював слідчий. Таке обвинувачення В.С. Зеленецький називає слідчим. Обвинувачення, що формується на досудовому слідстві, має пряме відношення і до процесу визначення обсягу вини обвинуваченого, що визначається на рівні обвинувачення, яке розглядається елементом функції розслідування злочинів і предметом розгляду в суді. Визначення вини здійснюється з позицій можливого постановлення вироку від імені України та призначення покарання при усій реалізації засад судочинства.

Розгляд справи в суді проводиться тільки стосовно підсудних і тільки в межах пред'явленого їм обвинувачення (ст.275 КПК). Коли ж в судовому слідстві буде встановлено, що підсудний вчинив злочин, з якого йому обвинувачення не було пред'явлене і нове обвинувачення тісно зв'язане з початковим, а окремий розгляд їх не можливий, вся справа повертається для додаткового розслідування (ст.276 КПК). Таке рішення має бути прийняте і тоді, коли прокурор під час судового розгляду змінив обвинувачення, чим порушуються правила про підсудність або обов'язковість проведення досудового слідства. А якщо прокурор ставить питання про застосування кримінального закону, що передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин чи про зменшення обсягу обвинувачення, то суд роз'яснює потерпілому та його представнику їх право підтримувати обвинувачення в раніше пред'явленому обсязі. Якщо вони від цього відмовляються, то суд роз'яснює підсудному, що той буде захищатись в судовому засіданні від нового обвинувачення, для чого йому, захиснику і законному представнику надається три доби для підготовки до захисту проти нового обвинувачення (ст.277 КПК).

В обвинувальному вирокі повинні міститися формулювання обвинувачення, визначеного судом як доведеним, а у виправдувальному – обвинувачення, що пред'явлене підсудному і визнане судом недоведеним (ст.333 КПК).

Апеляційний суд змінює вирок у випадку зміни кваліфікації злочину і застосування кримінального закону про менш тяжкий злочин (ст.373 КПК). Якщо є підстави для застосування кримінального закону про більш тяжкий злочин, що засудженому не пред'являлось і якщо з цих підстав була подана апеляція прокурора чи потерпілого або його представника, апеляційний суд скасовує вирок і повертає справу на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд (ст.374 КПК). Апеляційний суд також скасовує вирок суду першої інстанції і постановляє свій вирок у випадку необхідності застосування закону про більш тяжкий злочин чи збільшення обсягу обвинувачення за умови, що засудженому було пред'явлено також обвинувачення і від нього він захищався в суді першої інстанції (ст.378 КПК).

За касаційним поданням прокурора або скарги потерпілого чи його представника касаційний суд може скасувати обвинувальний вирок у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або більш суворе покарання (ст.397 КПК).

З аналізу законодавства видно, що обвинувачення, викладене в постанові про притягнення як обвинуваченого, має вирішальне значення при прийнятті рішення про закінчення досудового слідства. Особливо звертається увага на обсяг, тяжкість, межі обвинувачення, його кваліфікацію як злочину. Таким чином, первісно прийнята парадигма обвинувачення в принципі, має бути "еврикою" в конкретній кримінальній справі і складатися з усіх елементів складу злочину. Теорія складу злочину достатньо розроблена вченими. Склад злочину має чотири сторони: об'єкт злочину, його об'єктивна сторона; суб'єкт злочину, його суб'єктивна сторона. У формулюванні обвинувачення повинні бути зазначені в усій повноті всі чотири сторони складу злочину.

Формулювання обвинувачення в повному складі злочину приводить до конкретної його кваліфікації з посиланням на певну норму кримінального закону. Кваліфікація злочину і є різновидом окремого випадку правової кваліфікації, під якою у свою чергу трактується юридична оцінка всієї

сукупності фактичних обставин справи шляхом віднесення даного випадку до певної юридичної норми, що має суто правозастосовче значення.

Кваліфікація злочину як частина обвинувачення означає, в першу чергу, кримінально-правову оцінку діяння обвинуваченого, а також суспільно-політичну. Її можна вважати формою, передумовою реалізації кримінальної відповідальності. Кваліфікація злочину також є результатом оцінки доказів, зібраних у справі, і основою притягнення обвинуваченого до кримінальної відповідальності. Тому така кваліфікація має бути правильною, об'єктивною, обґрунтованою і законною.

Практика показує, що це далеко не так. На досудовому слідстві, як правило, вчинені діяння кваліфікуються "із запасом" в бік тяжкості обвинувачення з метою попередження можливого повернення справи на додаткове розслідування. Так, судами Чернівецької області в 2002 році було розглянуто з постановленням вироку 2088 кримінальних справ, із них по 2044 кримінальних справах державне обвинувачення підтримували прокурори, що складає 97,8%. Решту кримінальних справ (44) були приватного обвинувачення. Із 2044 кримінальних справ по 408 (20%) прокурори виносили постанови про зміну обвинувачення з питань перекваліфікації злочинного діяння на більш м'яке, вилучення окремих епізодів, кваліфікуючих ознак, тощо.

Таке негативне явище може бути розцінене як необ'єктивне, упереджене проведення слідства і як недостатній прокурорський нагляд за ним. Правильна кваліфікація злочину дає змогу виділити справи публічного, приватно-публічного і приватного обвинувачення. З урахуванням того, що висновок з кваліфікацією злочинів визначають офіційні особи (слідчі, прокурори, суд, судді), ця діяльність є публічною, державно-владною і обов'язковою для осіб, яких це стосується. Ці учасники процесу (захисники, потерпілі, обвинувачені тощо) теж можуть "кваліфікувати злочини". Однак це може бути розцінене як їх власна думка, що не є обов'язковою для офіційних, державних органів, але може бути ними врахована при остаточному формулюванні обвинувачення.

На завершення можна сказати, що формулювання публічного обвинувачення – складний динамічний процес, що бере свій початок з вирішення питань про порушення кримінальної справи і проходить усі стадії кримінального процесу. За основу береться парадигма обвинувачення, що сформульована при пред'явленні обвинувачення, за межі якої, як правило, неможливо виходити, якщо це погіршує, обтяжує становище обвинуваченого, підсудного, засудженого. Особливо це стосується судових стадій, де обвинувачення здійснюється за всіма демократичними принципами, на засадах судочинства.



## ПОНЯТТЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ОСОБИ ТА ЇЇ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ СТАНОВИЩЕ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

*У. Ковна*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Важливим науковим завданням є встановлення та чітко законодавче закріплення процесуального статусу суб'єктів кримінального судочинства: дорослих і дітей. Підходи до вирішення даного завдання розглядалися у працях П. Репешка, В. Маляренка, С. Поволоцької, С. Киренка, О. Мойсєєвої, С. Косенка, С. Благодиря, З. Смітєнка, М. Казаренка та в ряді інших робіт. Однак, ряд питань вимагає додаткового в'яснення, зокрема, що стосується визначення поняття малолітньої особи.

2. Однією з найбільш вразливих груп населення України в умовах складних соціально-економічних перетворень стали діти. Незважаючи на всі заходи, які приймає Уряд і інші органи влади, реальне становище дітей погіршується під впливом зниження життєвого рівня населення, погіршення медичного обслуговування, поширення так званого "соціального сирітства". Все це призводить до зростання злочинності неповнолітніх. За останні 10 років втричі зросла кількість протиправних дій, вчинених неповнолітніми. Особливо небезпечним є те, що спостерігається тенденція зростання малолітніх злочинців (осіб у віці до 14 років), які беруть участь в кримінальному процесі, в якості різних суб'єктів (потерпілих, свідків, осіб, які здійснили суспільно-небезпечне діяння до досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність тощо). Крім того, суттєво послаблює правову захищеність цієї категорії громадян відсутність чіткої регламентації їх правового статусу та механізму реалізації наданих їм прав у кримінально-процесуальному законодавстві.

3. Дослідження поняття "малолітньої особи" тісно взаємопов'язано із проблемою осудності. Дитячий вік суб'єкта сам по собі є передумовою для визнання його неосудним. Виникає питання, чи можна встановити цей граничний вік, з досягнення якого настає осудність? Крім факторів раси, географічних умов на розвиток однієї й тієї ж національності впливають і інші фактори: виховання, умови життя, оточуюче середовище. Все це може по-різному впливати на формування розумового і духовного світу дитини навіть однієї вікової категорії.

Тому, в деяких державах (Франція, Бельгія, Швеція) законодавство, протягом певного часу, чітко не встановлювало мінімального віку для покарання, надаючи тим самим можливість суду індивідуально вирішувати питання про "осудність".

4. Римське право, яке служить основою правових систем європейських країн, розрізняло три вікових періоди:

- *Infantes*, діти до 7-річного віку, безумовна неосудність;
- *Impubes*, від 7 до 14 років чоловіки і до 12 років жінки – умовна осудність – кожного разу суд вирішував питання про здатність дитини до усвідомлення вчиненого;
- *Minores*, неповнолітні до 18 років (іноді до 25 років) – вважалися осудними, але до них застосовувалось більш м'яке покарання.

5. За українським законодавством, всі суб'єкти традиційно поділяються на дві групи: дорослі і діти (неповнолітні). Такий розподіл обумовлений чітко визначеним віковим критерієм – повноліттям, пов'язаним із досягненням особою 18 років. Всіх інших осіб, які не переступили цієї вікової межі, прийнято називати "неповнолітніми". Але чи настільки це єдине і незамінне поняття, яке здатне охопити всю сутність вкладених в нього значень?

Проведемо короткий аналіз чинного законодавства, щодо застосування двох подібних і водночас юридично різних термінів "неповнолітній" і "малолітній".

6. Конституція України в розділі II "Права, свободи та обов'язки людини і громадянина" використовує терміни "діти", "повнолітні діти" (ст.ст.51,52), та "неповнолітні" (ч.5 ст.43), проте визначення хто підпадає під ці поняття, Основний Закон не дає.

Положення Конституції закріплюють принцип рівності дітей (ст.52 і 24), право дітей на життя (ст.27), на достатній життєвий рівень, охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування, безпечне і здорове довкілля (ст.48, 49, 50), свободу дитини від насильства та експлуатації (ст.52),

право дитини, позбавленої батьківського піклування, на утримання і виховання з боку держави (ст.52). Однак, в Основному законі не отримав закріплення принцип найкращого забезпечення прав і інтересів дітей, передбачений в п.1 ст.3 Конвенції про права дитини. Відсутність в українському законодавстві наведеного вище принципу призводить до того, що в Україні не враховується визнаний міжнародний стандарт про положення дитини як рівноправного члена суспільства, який потребує особливого захисту внаслідок своєї фізичної і розумової незрілості, а не дорослого в майбутньому, який до повноліття залишається лише об'єктом піклування.

7. Аналізуючи Кримінальний кодекс України ми стикаємось із поняттям "неповнолітній", (в законі виділено окремий розділ "Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх "). Ці норми, поряд із положеннями окремих статей, створюють законодавчу базу кримінально-правового захисту та відповідальності неповнолітніх. Кримінальний закон не відмовився від використання в своїх нормах ще одного терміну – "малолітній". Наприклад, "вчинення злочину щодо малолітнього" – є обставиною, яка обтяжує покарання (п.6 ст.67 КК). Згідно, ч.2 ст.136 кримінальному покаранню підлягають особи, які "не надали допомоги малолітньому, який завідомо перебуває в небезпечному для життя стані, при можливості надати таку допомогу або неповідомлення про такий стан дитини належним установам чи особам". Ще в ряді інших статей використовується дане поняття, однак чіткого визначення кого ми розуміємо під поняттями "малолітній " та "неповнолітній" закон не містить.

8. В чинному кримінально-процесуальному законодавстві термін "малолітній" не отримав свого закріплення. Загалом, малолітній учасник процесу визначається в законі поряд з особами, які не досягли 18 років, як "неповнолітній" (ст.159 КПК і ін.) або "особа, яка не досягла на час вчинення суспільно небезпечного діяння віку, по досягненню якого, згідно закону, можлива кримінальна відповідальність" (п.5 ч.1 ст.6 КПК).

9. Кодекс про адміністративні правопорушення також містить комплекс норм, які стосуються неповнолітніх суб'єктів правовідносин. Так само як і в кримінальному законі, він містить вікову межу адміністративної відповідальності неповнолітніх – "від 16 років" (ст.ст.12,13 КпАП), встановлює заходи впливу, що застосовуються до даної категорії осіб (ст.24-1 КпАП). При цьому, факт вчинення правопорушення неповнолітнім визнається обставиною, яка пом'якшує відповідальність (п.4 ст.34 КпАП).

10. Терміни "неповнолітній" і "малолітній" використовуються і в цивільному законодавстві, але з точки зору дієздатності, тобто повною цивільною дієздатністю наділена особа, "яка досягла вісімнадцяти років (повноліття)" (ст.34 ЦК). Відповідно, неповна цивільна дієздатність є у "фізичної особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років (неповнолітня особа)" (ст.32ЦК), а часткова цивільна дієздатність – у "фізичної особи, яка не досягла чотирнадцяти років (малолітня особа)" (ст.31 ЦК).

11. На відміну від Цивільного законодавства, Сімейний кодекс використовує термін "дитина" тобто особа до досягнення нею повноліття (ст.6 СК), яка поділяється на дві категорії: малолітню "дитина до досягнення нею чотирнадцяти років" (ч.2 ст.6 СК), та неповнолітню "дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років" (ч.3 ст.6 СК). Проте, в нормах даного законодавства, як правило, зустрічається поняття "дитина" (ст.ст.47,59,84,85, Розділ III і т.і.) і лише в трьох статтях Сімейного кодексу (ст.161 Спир між матір'ю та батьком щодо місця проживання малолітньої дитини; ст.162 Правові наслідки протиправної поведінки одного з батьків або іншої особи при визначенні місця проживання малолітньої дитини; ст.163. Право батьків на відібрання малолітньої дитини від інших осіб) безпосередньо використовується термін "малолітній". Однак, інші норми кодексу містять поняття малолітньої особи, не називаючи його (ч.2 ст.243 "опіка встановлюється над дитиною, яка не досягла чотирнадцяти років, а піклування – над дитиною у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років").

12. Необхідно також звернути увагу на Закон України "Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх", який дає занадто широке поняття "неповнолітнього". Це особа віком від 3 до 18 років (ст.11 даного закону). Видається такий підхід до визначення віку неповнолітнього невірним, оскільки свідчить про підміну понять "неповнолітній" і "дитина". Останнє поняття знайшло своє відображення в Сімейному кодексі та Конвенції про права дитини, ратифікованої Постановою ВР від 27.02.1991 року. Зазначені нормативні акти мають свій предмет правового регулювання і завдання, що стоять перед ними. Відзначимо, що і предмет і завдання, визначені в цих законодавчих актах, не є тотожними предмету і завданням, закріпленим у законі про органи і служби у справах неповнолітніх. Тому, з врахуванням специфіки даних суб'єктів

соціального захисту і профілактики правопорушень серед неповнолітніх, було б доцільніше закріпити положення, відповідно до якого виділити дві вікові групи: "малолітні – особи, що не досягли віку 14 років" і "неповнолітні – особи, яким виповнилось 14 років, але не виповнилось 18".

Дана невизначеність в законодавстві і юридичній літературі щодо термінології "малолітній" не позбавляє однак, "активної" фактичної участі малолітніх в кримінально-процесуальній діяльності, що в свою чергу робить згадану проблему більш актуальною.

Згідно статистичних даних, в Україні щорічно від 35 до 40 тисяч підлітків вчиняють суспільно небезпечні діяння, не досягнувши віку кримінальної відповідальності. Зрозуміло, що цифри офіційної статистики в повній мірі не відображають картини поширення цього явища. Спеціалісти застерігають, що згідно результатів міжнародних досліджень спостерігається велика латентність сексуальних посягань щодо дітей і підлітків, яка складає 1:30.

13. Потреба виділити самостійну вікову категорію – "малолітній" – в межах неповноліття, зумовлена необхідністю поєднання правових норм, що стосується даної особи. Процесуальне становище малолітнього в кримінальному судочинстві в силу його вікових, психологічних, фізіологічних можливостей і інтелектуального розвитку має свої специфічні ознаки, що дозволяє його відрізнити від процесуального становища інших суб'єктів.

## ПІДСТАВИ ПОСТАНОВЛЕННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО ВИРОКУ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ

*А. Павлишин*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Вирок – це основний акт кримінального судочинства. Тільки суд своїм вироком, постановленим у результаті судового розгляду, при доведеності вини підсудного має право визнати особу винною у вчиненні злочину і піддати кримінальному покаранню (ст.62 Конституції України). У судовому вирокі вирішуються і всі інші питання у справі. Саме тому вирок є найважливішим актом правосуддя. Звідси – особливі вимоги, що до нього пред'являються.

Не зважаючи на значення, яке належить вирокі після прийняття нового Кримінального кодексу України та внесення змін до чинного Кримінально-процесуального кодексу у законодавстві з'явилися прогалини, що стосуються підстав постановлення обвинувального вироку, які потребують глибокого вивчення та усунення.

Так, відповідно до ч.3 ст.327 КПК, якщо підсудний визнається винним у вчиненні злочину, суд постановляє обвинувальний вирок і призначає підсудному покарання, передбачене кримінальним законом. Суд постановляє обвинувальний вирок і звільняє засудженого від відбування покарання на підставах, передбачених статтею 80 Кримінального кодексу України.

З цієї норми випливає, що існує два види обвинувального вироку: 1) з призначенням покарання; і 2) із звільненням від відбування покарання.

Однак В.М. Тертишник зазначає, що обвинувальний вирок може бути чотирьох видів: 1) з призначенням покарання; 2) без призначення покарання; 3) зі звільненням від покарання; 4) з умовним застосуванням покарання. Група харківських вчених виділяє лише два перших види обвинувального вироку.

У зв'язку з цим потрібно зауважити, що зовсім недавно (до внесення змін до КПК у 2001 р.) відповідно до чинного на той момент законодавства вчені розрізняли наступні види обвинувального вироку: 1) з призначенням підсудному покарання; 2) без призначення покарання; 3) із звільненням засудженого від покарання; 4) з призначенням засудженому покарання, але із звільненням його від відбування з випробуванням (з відстрочкою).

У всіх цих випадках особа визнавалася винною у вчиненні злочину, хоча й з різними для неї наслідками.

Обвинувальний вирок без призначення покарання міг бути постановлений у випадках, коли на момент розгляду справи в суді діяння втратило суспільну небезпечність або особа, яка його вчинила, перестала бути суспільно небезпечною (ч.3 ст.327 КПК у старій редакції).

Якщо ж у процесі судового розгляду справи було встановлено, що на момент його провадження закінчилися строки давності притягнення підсудного до кримінальної відповідальності (п.3 ч.1 ст.6 КПК у старій редакції, ст.48 КК у старій редакції) або прийнято Закон про амністію, яким усувається застосування покарання за вчинене діяння чи підсудного помилувано (п.4 ч.1 ст.6 КПК у старій редакції), суд зобов'язаний був довести розгляд справи до кінця і винести обвинувальний вирок із звільненням засудженого від покарання (ч.3 ст.6 КПК у старій редакції).

Крім того, визнавши підсудного винним у вчиненні злочину й обравши йому міру покарання у вигляді позбавлення волі, суд міг прийняти рішення про звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням (відстрочкою).

І нарешті в усіх інших випадках, у разі визнання підсудного винним у вчиненні злочину, суд постановляв обвинувальний вирок із призначенням покарання.

А як же бути сьогодні? Спробуємо проаналізувати чинне законодавство.

Стосовно обвинувального вироку з призначенням покарання, то тут не виникає жодних суперечок. Суд призначає особі покарання, коли повністю визнає її винною у вчиненні злочину за відсутності підстав для звільнення від відбування покарання чи його відстрочки.

Що ж до звільнення від відбування покарання, то тут немає такої ясності. Закон передбачає (ч.3 ст.327 КПК України), що суд звільняє особу від відбування покарання з постановленням обвинувального вироку на підставах, передбачених ст.80 КК України, яка визначає умови звільнення від відбування покарання у зв'язку з закінченням строків давності виконання обвинувального вироку. Відповідно до п.1 цієї статті особа звільняється від відбування покарання, якщо з дня набрання чинності обвинувальним вироком його не було виконано у визначені строки.... Проте видається не зовсім логічним постановлення обвинувального вироку зі звільненням від відбування покарання у зв'язку з тим, що за попереднім обвинувальним вироком щодо тієї ж особи і по тому ж злочину спливли строки давності його виконання. Особа не може бути засуджена двічі за один і той же злочин, інакше порушуються принципи кримінального права. В даному випадку вона повинна звільнитися від відбування покарання без будь-якого наступного вироку.

Важко зрозуміти таку позицію законодавця. Проте потрібно зауважити, що крім впливу строків давності виконання обвинувального вироку є ще й інші підстави для постановлення обвинувального вироку із звільненням від покарання, передбачені вже не у ст.327 КПК, а в статтях загальної частини КПК України.

Так, відповідно до ч.2 ст.6 КПК суд постановляє обвинувальний вирок із звільненням засудженого від покарання внаслідок акту амністії, якщо він усуває покарання за вчинене діяння, а також у зв'язку з помилуванням засудженого. Але тут на відміну від попереднього випадку суд постановляє обвинувальний вирок "зі звільненням від покарання", а не "постановляє обвинувальний вирок і звільняє особу від подальшого відбування покарання", хоча й суть видається однаковою. Однак і в даному випадку має місце певна колізія. Вона полягає у тому, що відповідно до ст.87 КК України та п.4 Положення про порядок здійснення помилування, затвердженого Указом Президента України від 12 квітня 2000 року №588/2000, клопотання про помилування може бути подано після набрання вироком законної сили. Таким чином помилування не може бути підставою для постановлення обвинувального вироку із звільненням засудженого від покарання, оскільки воно може бути здійснене стосовно осіб, яким було призначено покарання вироком, що набрав законної сили.

Крім того, згідно з ч.5 ст.7 КПК суд своїм вироком може звільнити особу від покарання, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, коли визнає, що з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно-небезпечною. Втрата суспільної безпеки з боку особи, яка вчинила злочин може пояснюватися суттєвою зміною обстановки в житті конкретної людини. Найбільш типовими прикладами такої зміни можна назвати перебування особи в іншому трудовому колективі, усунення її з раніше займаної посади, розрив відносин з кримінальним середовищем, під впливом якого був вчинений злочин, вагітність, вчинення корисного або героїчного поступку, вчинення дій, які свідчать про його діяльне каєття (відшкодування заподіяної шкоди, примирення з потерпілим, пожертвування значної суми або цінностей на благочинні цілі, прийняття активної участі в суспільно-корисних роботах, зміна способу життя в позитивну сторону).

Ч.6 цієї ж статті передбачає, що особа також може бути за вироком суду звільнена від відповідальності чи покарання на підставах, передбачених ст.49 та 74 КК України. Оскільки ж ст.49 встановлює підстави для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, то підстави для постановлення обвинувального вироку із звільненням особи від покарання передбачені у ст.74 КК України. Однак не всі підстави, зазначені у ній, створюють умови для постановлення обвинувального вироку із звільненням від покарання, а лише закріплені у пп.4, 5. У п.4 вміщено таке ж положення як і в частині 5 ст.7 КПК.

Пункт 5 же передбачає, що особа також може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених ст.49 КК України – тобто у зв'язку із закінченням строків давності. Але важко зрозуміти як можна звільнити від покарання особу, яка взагалі не може бути притягнута до кримінальної відповідальності у зв'язку з закінченням строків давності. Тим паче, що відповідно до п.5 ч.1 ст.7-1 та ч.2 ст.11-1 КПК суд у судовому засіданні закриває справу, що надійшла до нього з обвинувальним висновком в разі закінчення строків притягнення до відповідальності.

Видається, що оскільки вирок є найважливішим актом кримінального судочинства, недопустима така нечіткість з підставами для винесення обвинувального вироку, яку маємо у чинному КПК України.

Крім того, відповідно до ст.75 КК України суд може постановити обвинувальний вирок із звільненням від відбування покарання з випробуванням. Зокрема, п.1 цієї статті говорить: якщо суд

при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше 5 років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням.

Отже, з аналізу чинного законодавства випливає, що у ньому передбачено три види обвинувального вироку:

- з призначенням покарання;
- із звільненням від покарання;
- із звільненням від відбування покарання з випробуванням.

І це чітко потрібно зазначити у КПК, передбачивши, що підставами для їх постановлення мають бути: 1) для обвинувального вироку з призначенням покарання – визнання особи винною у вчиненні злочину, за відсутності підстав для постановлення інших видів обвинувального вироку; 2) із звільненням від покарання – наявність акту амністії (ч.2 ст.6 КПК, ст.86 КК), втрата особою суспільної небезпеки (ч.5 ст.7 КПК, ч.4 ст.74 КК); 3) із звільненням від відбування покарання з випробуванням – підстави, передбачені ч.1 ст.75 КК України.

Потрібно також зазначити, що не є послідовним у визначенні підстав до постановлення обвинувального вироку проект КПК, затверджений у першому читанні Верховною радою України. Так, відповідно до 4 ст.418 проекту суд вироком звільняє засудженого від відбування покарання: 1) за наявності підстав, передбачених статтею 49 Кримінального кодексу (сплив строків давності притягнення до відповідальності); 2) коли обставина, зазначена у пункті 6 частини першої статті 185 цього Кодексу (наявність спеціальних підстав, передбачених в Особливій частині Кримінального кодексу України), з'ясувалася під час постановлення вироку.

Проте, суд не може постановлювати обвинувальний вирок із звільненням від відбування від покарання у зв'язку спливом строків давності притягнення до відповідальності, оскільки в такому випадку особу взагалі не можна притягати до відповідальності. Інша справа, коли засуджений наполягає на розгляді справи судом і постановленні вироку. Але про це далі. Що ж до спеціальних підстав, передбачених в Особливій частині Кримінального кодексу України, то невідомо про що йдеться.

Частина 5 ст.418 говорить: суд постановляє обвинувальний вирок без призначення покарання, якщо справа на вимогу обвинуваченого чи близьких родичів померлого обвинуваченого у випадках, передбачених частиною третьою статті 184 цього Кодексу, розглядалась судом у повному обсязі. Мова йде про випадки, коли кримінальна справа не порушується, а порушена – підлягає закриттю, за винятком згаданої вище обставини:

- за скінченням строків давності притягнення особи до кримінальної відповідальності;
- внаслідок акту амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння;
- у зв'язку з декриміналізацією;
- внаслідок зміни обстановки;
- щодо померлого, крім випадків, коли провадження в справі є необхідним для реабілітації померлого за клопотанням його близьких родичів.

І на завершення хочеться зазначити, що термін "обвинувальний вирок із звільненням від покарання" є більш точним і правильним ніж термін "обвинувальний вирок із звільненням від відбування від покарання" і навіть терміну "обвинувальний вирок без призначення покарання" з чисто прагматичних міркувань.

## ЗАСАДИ КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ПОТЕРПІЛИМ У ВИРОКАХ СУДУ

*О. Крикунов*

*Волинський державний університет імені Лесі Українки*

Після попереднього встановлення суддею розміру компенсації за страждання, що на його думку буде адекватною у даних обставинах, та формулювання мотивів внутрішнього переконання вважаємо виправданою є оцінка відповідності проекту рішення за позовом про компенсацію моральної шкоди відповідним принципам. Необхідність подібного співвіднесення висновку судді із засадами компенсації моральної шкоди спирається не лише на теоретичне бачення. Узагальнення судової практики свідчать, що такий етап має місце при визначенні розміру компенсації за страждання. Верховний Суд України вказав, що суди визначають розмір компенсації моральної шкоди, виходячи із конкретних обставин справи, при повному їх з'ясуванні. Верховний Суд України рекомендував зважено підходити до визначення розміру майнового стягнення за пережиті страждання, наголосив на обов'язку мотивувати висновки. Нарешті, у постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. №4 висловлена пропозиція враховувати вимоги розумності, виваженості, справедливості (абз.1 п.9). Суддя Верховного Суду України П.І.Шевчук із схваленням оцінив включення вимог розумності та справедливості при визначенні розміру компенсації моральної шкоди у Цивільний Кодекс. Як наголосив фахівець, Верховний Суд України, у практичній діяльності намагається дотримуватись саме такої позиції.

Така увага найвищої судової інстанції до принципів компенсації моральної шкоди, звичайно, не випадкова. Не дивно, що саме судова практика дозволяє відшукання юридичних та етичних засад, дотримання яких робить присуд компенсації моральної шкоди не лише законним, а й справедливим. Крім того, такі принципи полегшують суддям формування внутрішнього переконання щодо обсягу належної до сплати потерпілому суми, майна.

У юридичній літературі непоодинокі висловлювання про потребу формулювання засад компенсації моральної шкоди. Зокрема, А. Ефімов та А. Поповченко зазначають, що при визначенні розміру стягнення за страждання слід керуватися вимогами добросовісності, розумності та справедливості. І.Л. Марогулова висловила думку, що при вирішенні питання про розмір компенсації моральної шкоди суддя повинен бути неупередженим, об'єктивним та справедливим.

В. Черданчук включив у структуру критеріїв визначення розміру компенсації моральної шкоди вимоги справедливості та розумності. Принцип повної компенсації моральної шкоди запропонувала закріпити і О.В. Капліна. Професор В.Т. Нор, Г. Фединак слушно відзначають, що компенсація моральної шкоди не повинна вести до збагачення потерпілого. На думку А.І. Загорюлька, суд при визначенні розміру компенсації моральної шкоди повинен виходити із принципів справедливості, розумності та доброї совісті.

Слід відзначити, що найбільш повно та різнобічно сформулювала принципи компенсації моральної шкоди, якими повинен керуватися суд, С.І. Шимон. Автор до кола цих засад віднесла: рівність (втраченого блага і того, яке може бути надбане), сумлінність, розумність, поміркованість та справедливість. Автор також сформулювала загальне правило: розмір компенсації має бути не більш, аніж достатнім для розумної втіхи потерпілого і не має призводити до його збагачення.

Перед оглядом розробленої нами системи принципів компенсації моральної шкоди слід підкреслити їх важливість для потреб практики. Перевірка відповідності висновку про розмір майнового стягнення за страждання системі принципів компенсації моральної шкоди збільшує узгодженість конкретного акту правозастосування із юридичною метою інституту, наближає висновки суду до задуму законодавця та соціального запиту щодо ефективного правового захисту. Слід вказати, що вказані принципи адресовані усій національній судовій системі – як судам першої інстанції, так і контрольним судовим інстанціям. Останні можуть використовувати наведену систему принципів з метою перевірки вирішення цивільного позову про компенсацію моральної шкоди по суті.

Оскільки принципи компенсації моральної шкоди повинні стати частиною системи принципів права України, ми намагалися при їх розробці досягнути органічної взаємодії із дотичними засадами

деліктної відповідальності та позовного провадження. Отже, пропонуємо систему принципів судової компенсації моральної шкоди із інтерпретацією змісту кожного її елементу.

1. Справедливість – цей принцип повинен забезпечити прийняття не лише правильних за формою рішень за позовами про компенсацію моральної шкоди. Абсолютно правий В.П. Паліюк, що ця засада орієнтує на творче застосування права, засноване на розумінні його суті. Принцип справедливості передбачає добросовісне використання професійних повноважень при тлумаченні оціночних понять законодавства, оцінці фактичних обставин заподіяння моральної шкоди, дійсних потреб потерпілого. Звичайно, суд повинен неупереджено ставитися до сторін позовного провадження, орієнтуватися на баланс їх інтересів.

Справедливість компенсації моральної шкоди є пропорційною, а не арифметичною. Тому при зовнішньо подібних умовах заподіяння страждань розмір компенсації моральної шкоди може відрізнятися. Це не є порушенням конституційного принципу рівності громадян перед законом та судом. Адже у кожному випадку рішення повинне орієнтуватися на потреби конкретного потерпілого, обсяг його страждань. Відповідно, суд для досягнення саме справедливого рішення щоразу повинен прагнути послаблення, зменшення страждань за допомогою компенсації, яка є достатньою для розумної втіхи конкретного цивільного позивача. І якщо обсяги компенсації є різними, але окреслена мета досягнута у кожному випадку, то прийняті рішення є справедливими, адже фактично застосовано рівну міру цього способу захисту.

2. Моральна та соціальна виправданість – цей принцип пов'язаний нами із застосуванням вказаного способу захисту прав у відповідності із соціальним, морально-етичним змістом інституту компенсації моральної шкоди. Зокрема, не виправданою була б значна компенсація моральної шкоди позивачу, який свідомо зловживає правом на захист, симулює моральну шкоду. Компенсація моральної шкоди взагалі не повинна застосовуватися судом, якщо позивач умисно ініціює заподіяння йому страждань.

Компенсація моральної шкоди не повинна виступати засобом досягнення незаконних інтересів (незаконного збагачення, обмеження свободи слова, недобросовісної конкуренції тощо).

3. Розумність – зміст цієї засади, насамперед, передбачає прийняття рішення за цивільним позовом після з'ясування усіх обставин правопорушення, які мають значення для визначення судової компенсації моральної шкоди. Для цього потрібно використовувати спеціальні знання та експертні дослідження як наукові засоби пізнання, що адекватні природі психологічних закономірностей реагування. Суд повинен бути розумним та виваженим у оцінках, орієнтуючись на уявлення про адекватну реакцію людини, яка знає та розуміє усі обставини даного правопорушення. Тому доречно припускати, що більш масивному, тривалому чи більш болісному (не лише фізично) порушенню прав відповідають більш об'ємні (як негативні емоції, так і больові відчуття) чи інтенсивні страждання.

Висновки суду про долю цивільного позову, розмір його задоволення є розумними, якщо вони відповідають фактичним обставинам правопорушення, логічно узгоджуються між собою та з наявними у матеріалах справи доказами. Принцип розумності передбачає мотивованість висновків суду щодо підставності вимог потерпілого, достатнього розміру компенсації моральної шкоди, підкріплення їх доказами.

4. Достатність для розумної втіхи позивача – цей принцип передбачає максимальну індивідуалізацію, психологічну умотивованість рішення про розмір судової компенсації моральної шкоди. Це досягається за допомогою врахування оцінки потерпілого щодо достатньої компенсації моральної шкоди, закономірностей та особливостей його емоційного реагування, особистої значимості порушеного права, дійсних потреб по правопоновленню. У свою чергу, це означає, що суддя не повинен перевищити розмір позовної вимоги, оскільки це призведе до збагачення позивача та буде несправедливо обтяжливим для відповідача. Якщо заподіяна моральна шкода не потягнула істотних змін у способі життя потерпілого, то достатнім буде невелике стягнення. Слід уникати й присуду мізерного стягнення за відсутності підстав для цього.

Важливо пам'ятати, що компенсація моральної шкоди спрямована на зменшення страждань потерпілого позитивними емоціями від факту захисту його права, відповідного збільшення майнової сфери та осуду дій правопорушника. Тому це стягнення не має на меті покарати правопорушника і не повинне сприйматися як засіб майнової репресії.

5. Реальність виконання – цей принцип тісно пов'язаний із попереднім як чинник можливого зменшення визначеного судом розміру до реально здійсненого рівня. Адже компенсація моральної шкоди має фактичне обмеження – обсяг майна, належного правопорушнику чи матеріально-



відповідальній за його дії особі, на яке може бути звернене стягнення. Тому мав рацію С.А. Беляцкін, коли наголошував, що врахування коштів делінквента хоч і перебуває у певному протиріччі із формально-юридичною логікою, зазедве у чомусь порушує право на компенсацію моральної шкоди. Слід визнати, що ігнорування об'єктивного чинника обсягу майна делінквента здатне перетворити захист потерпілого у фікцію, адже прийняте рішення про стягнення ніколи не буде виконане повністю.

На думку В. Варкало, створення судовим рішенням уявної компенсації, яка завідомо для суду не буде виконана, не лише не потрібне, але навіть шкідливе. Це дійсно так, адже не буде забезпечене реальне правопоновлення, повністю буде нівельована превентивно-виховна функція правозастосування, підірвано авторитет судової влади. Є ризик, що для потерпілого це обернеться збільшенням моральної шкоди.

**ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ВИЗНАННЯ І ВИКОНАННЯ В УКРАЇНІ  
ВИРОКІВ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ,  
ПОСТАНОВЛЕНИХ СУДАМИ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ**

*А. Маланюк*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

XX століття засвідчило, що сформовані у практиці держав механізми надання правової допомоги у кримінальних справах – проведення окремих процесуальних дій, перейняття кримінального переслідування, видачі осіб – вже не задовольняли зростаючі потреби міжнародного гуманітарного співробітництва. Бурхливий розвиток суспільних відносин, їх урізноманітнення вимагали подальшого поглиблення міжнародної співпраці правоохоронних і судових органів у сфері кримінального судочинства. Перш за все, це стосувалося розширення взаємодії держав з питань визнання і виконання рішень іноземних судів у кримінальних справах.

1. Прагнення вивести міжнародне співробітництво у сфері кримінального судочинства на вищий рівень відобразилось у підготовці ряду міжнародних конвенцій, які склали правову основу визнання і виконання рішень у кримінальних справах, постановлених судами інших держав. До основних з них, що регулюють ці питання, належать:

- Конвенція про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбуття покарання в державі, громадянами якої вони є 1978 року;
- Європейська конвенція про передачу засуджених осіб 1983 року;
- Європейська конвенція про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками 1964 року;
- Конвенція про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування 1997 року (діє між країнами-учасницями СНД);
- Європейська конвенція про міжнародну дійсність судових рішень у кримінальних справах 1970 року;
- Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 2002 року (діє між країнами-учасницями СНД).

Перелічені вище конвенції є чинними для України, за винятком двох останніх, які ще підлягають ратифікації Верховною Радою України. Цієї ж сфери міжнародного співробітництва стосуються також окремі двосторонні договори України, серед яких договори про правову допомогу з республіками Польща (1993), Молдова (1993), договори про передачу засуджених з Азербайджаном (1997), Грузією (1997), Узбекистаном (1998), Казахстаном (1999), Китаєм (2001).

2. Проте вказані міжнародні договори не з однаковою повнотою регламентують визнання і виконання вироків у кримінальних справах, постановлених іноземними судами. Аналіз їх положень дозволяє виділити декілька напрямків правового регулювання цих питань:

- 1) визнання та виконання вироків у кримінальних справах в частині, що стосується відшкодування шкоди, заподіяної злочином, штрафів чи конфіскації майна;
- 2) передача засуджених до позбавлення волі для відбування покарання в країні їх громадянства чи постійного проживання;
- 3) визнання та виконання вироків, які передбачають покарання у вигляді позбавлення волі;
- 4) визнання та виконання вироків у частині позбавлення прав.

Основна увага у міжнародних договорах України у цій сфері приділяється першим двом напрямкам, тоді як два останні регламентуються лише Європейською конвенцією про міжнародну дійсність судових рішень у кримінальних справах 1970 року і Конвенцією про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 2002 року.

3. Як можна помітити, два з наведених напрямків правового регулювання визнання та виконання вироків іноземних судів стосуються застосування до особи покарання у вигляді позбавлення волі.

Чим зумовлене їх окреме виділення у сфері міжнародного співробітництва у кримінальних справах? Як видається, в основу їх розмежування покладено здатність держави виконати вирок у кримінальній справі, постановлений її національним судом.

Безумовно, відсутність засудженого на території держави винесення вироку, явку якого не можливо забезпечити, навіть, шляхом екстрадиції, є перешкодою, яку держава не може подолати самостійно. За таких умов вона змушена просити країну-партнера про надання їй правової допомоги у формі визнання та виконання вироку суду. У випадку ж передачі засудженого для відбування покарання, здатність держави виконати вирок, постановлений її судом, не зазнає жодних обмежень. Метою такого співробітництва є створення сприятливих умов для виправлення і швидкого повернення засуджених у суспільне життя, що досягається шляхом відбуття покарання у близькому суспільному середовищі, в країні, де останні мають міцні і стійкі зв'язки (побутові, сімейні).

Цей висновок впливає з аналізу Європейської конвенції про міжнародну дійсність судових рішень у кримінальних справах 1970 року, у якій передбачено дві підстави застосування правового механізму визнання і виконання вироків іноземних судів, кожна з яких стосується окремої форми такого співробітництва (п. b, е ст.5).

Отож, є підстави розглядати два наведені напрямки як окремі форми міжнародного співробітництва у кримінальних справах. Їх правова природа полягає у тому, що Україна приймає провадження у кримінальній справі, розгляд якої здійснювався іноземним судом, зі стадії виконання вироку. Проте не дивлячись на єдність правової природи, цим формам притаманні процедурні особливості. Зупинимось на них більш детально.

4. Вирок іноземного суду може бути прийнятий до виконання лише за таких умов:

- постановлений щодо особи, яка є громадянином України;
- стосується діяння, яке визнається злочинним за кримінальним законом України;
- передбачає покарання у вигляді позбавлення волі;
- вирок набрав законної сили.

Попри це передача Україні засудженого передбачає наявність на це згоди особи або, з врахуванням її віку, фізичного чи психічного стану, – законного представника. Додатково висувається також вимога щодо мінімальної межі покарання – не менш як 6 місяців позбавлення волі чи довічне ув'язнення.

Дещо відрізняється і порядок порушення процедури визнання та виконання вироків іноземних судів. Як правило, ініціатором передачі провадження у кримінальній справі зі стадії виконання вироку виступає компетентний орган держави винесення вироку, який зацікавлений у реалізації каральної функції держави. Проте процедура передачі засудженої особи для відбування покарання в державі її громадянства може бути порушена як за пропозицією відповідного іноземного органу, так і за ініціативи українського органу чи самого засудженого або його родичів.

У відповідності до п.6.7. Інструкції про порядок виконання Європейських конвенцій з питань кримінального судочинства 1999 року розгляд клопотань стосовно визнання і виконання вироку іноземного суду від імені України здійснює Міністерство юстиції України. В коло повноважень цього органу входить вирішення питання про допустимість (законність) визнання вироку іноземного суду, а також забезпечення організації прийняття засудженого, який передається запитуючою стороною. Відзначимо, що у літературі висловлена думка про необхідність створення міжнародного судового органу, уповноваженого вирішувати питання про обґрунтованість підстав для визнання органом однієї держави вироку, постановленого в іншій. Проте це неминуче ставило б під сумнів правоздатність органів запитуючої держави приймати відповідні процесуальні рішення, що виражалось б у порушенні таких принципів міжнародного співробітництва як невтручання у внутрішні справи і суверенна рівність держав.

У разі позитивного вирішення питання Міністерство юстиції України за посередництвом Верховного Суду України передає клопотання разом з необхідними додатками на розгляд місцевого суду, за місцем перебування особи під вартою.

Саме до компетенції відповідного місцевого суду належить вирішення питання про приведення вироку іноземного суду до виконання на території України. При цьому розгляд цього питання здійснюється у порядку передбаченому для вирішення питань, пов'язаних з виконанням вироку, тобто у судовому засіданні за участю прокурора, а також засудженого, якому надається можливість висловити свої міркування щодо порядку і форми виконання вироку іноземного суду. За результатами розгляду суддя виносить постанову про визнання вироку іноземного суду та приведення вироку до

виконання. Важливо наголосити, що згідно чинного кримінально-процесуального законодавства України прийняття не передбачається прийняття такого рішення, що призводить, як підкреслює В.Т. Маляренко, до обмеження конституційного права особи на його оскарження.

5. Насамкінець, закінчуючи розгляд цього питання, необхідно вказати на ті правові наслідки, які тягне за собою визнання і виконання вироку іноземного суду. Зокрема, як виділяють у літературі, результатом застосування цього правового механізму є:

1.) негативний ефект, тобто визнання вироку іноземного суду у кримінальних справах є перешкодою для повторного притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка вже була засуджена за цей злочин за кордоном;

2.) позитивний ефект, який виражається у двох формах:

- у формі повного (інтегрованого) виконання вироку іноземного суду, що передбачає виконання всіх його положень і у тому вигляді, у якому вони були визначені у вироку іноземним судом (за винятком необхідної, хоча і мінімальної, адаптації окремих з них);
- в формі опосередкованого виконання, тобто суд (суддя), який вирішує питання про виконання іноземного вироку у кримінальній справі, застосовує щодо засудженого такі засоби, що прямо не передбачені у вироку, але які внутрішнє законодавство виконуючої держави пов'язує з засудженням за відповідний злочин.

## ДЕЯКІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ КОЛЕКЦІЙ У ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

*С. Кошель*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Питання щодо процесуальної основи використання натурних колекцій в юридичній літературі майже не розглядалось, а проте воно є досить важливим. Досліджуючи процесуальні аспекти використання колекцій у діяльності правоохоронних органів, важливо зазначити, що в процесі розслідування злочинів використовувати довідково-допоміжні фонди треба відповідно до принципів кримінального процесу і його норм. Відтак вирішення питання щодо допустимості використання експертом натурних колекцій, які є в його розпорядженні, є першочерговим завданням.

Однією з форм використання науково-технічних досягнень у кримінальному, цивільному і арбітражному процесі вважають експертизу. Сутність її, як відомо, полягає за завданням слідчого, суда, експерта наявних в його розпорядженні матеріальних об'єктів експертизи (речових доказів), а також різних документів (у тому числі протоколів слідчих дій), з метою встановлення фактичних даних, які мають значення для правильного вирішення справи.

Отже висновок експерта повинен ґрунтуватись виключно на вивченні матеріалів справи – речових доказів, протоколів слідчих дій та ін. Це підкреслюється у всіх працях, присвячених процесуальним проблемам експертизи.

Трапляються випадки, коли використання натурних взірців, отриманих експертом з колекцій в експертній установі або на підприємстві, перебувають якщо не в явній суперечності із законом, то поза встановлених ним рамок. На думку І.В. Горбачова, у цих випадках "допоміжними речовими доказами" виступає група (натурних) взірців. Автор пропонує шляхом внесення доповнень у необхідні статті кримінально-процесуального закону закріпити їх статус.

Така думка є помилковою, оскільки це є спроба наділити неналежним процесуальним статусом взірці із натурних колекцій.

Важливо зазначити, що взірці натурних колекцій використовують як речові докази. А проте, відіграючи важливу роль у вирішенні експертних задач, вони не можуть бути речовими доказами. Застосування до предмета речового доказу, який не має відношення до розслідуваної події, зокрема для визначення статусу взірців з колекцій, взагалі недопустимо.

У процесуальному сенсі предмети із колекцій не можуть бути віднесені до різновидів звичайних взірців для порівняльного дослідження. В літературі неодноразово акцентується на недопустимості змішування поняття взірців, які взяті з колекції, зі взірцями, які подані слідчим для порівняльного дослідження.

Зробимо спробу визначити і порівняти природу таких понять, як речовий доказ, взірці для порівняльного дослідження і взірці з натурних колекцій з метою з'ясування співвідношення цих понять.

Щодо природи речового доказу, то вона пов'язана з розслідуваною подією, оскільки цей предмет перебував "у той самий момент і в тому самому середовищі, де і коли виникла подія.

Зазначимо, що речовий доказ є носієм інформації про фактичні обставини справи і допомагає безпосередньо встановити подію.

У юридичній літературі чимало думок висловлено щодо процесуальної природи взірців для порівняльного дослідження. Деякі вчені визначають взірці для порівняльного дослідження як різновид речових доказів. Р.С. Белкін і З.М. Соколовський вважають, що взірці для порівняльного дослідження не мають самостійного доказового значення. Інші вчені відносять взірці для порівняльного дослідження до допоміжних технічних засобів.

Взірці для порівняльного дослідження формуються під впливом тієї ж особи чи об'єкта, що й речовий доказ. Встановлений експертом факт, що взірці є порівняльного дослідження, походить від тієї ж особи чи об'єкта, що й речовий доказ, дає можливість розслідуванню конкретизувати подію, яка зумовила формування речового доказу.

Щодо гносеологічної сутності взірців для порівняльного дослідження, то вона полягає в тому, що ці взірці можуть виступати, як носії інформації про джерело, яке викликало в механізмі утворення останнього формування речового доказу.

Зауважимо, що значної наукової та організаційної роботи потребує формування натурних колекцій. Робота ця полягає у визначенні призначення колекції (експертних підзадач, які повинні вирішуватись з її допомогою); розробка структури колекції; встановлення об'єму колекції; визначення та з'ясування потреб експертів у колекціях.

Експерт, вносячи взірці у колекції, заздалегідь досліджує кожний екземпляр. Він виділяє ті ознаки і властивості предметів, знання про які важливі для вирішення експертних завдань. Використовують дані із різних джерел (наукової і спеціальної літератури, довідників та ін) з метою більш поглибленого пізнання цих властивостей.

Особливістю взірців із колекцій є також те, що вони "відображають свої особисті ознаки", тоді як взірці для порівняльного дослідження "відображають фіксовані ознаки об'єкта".

Отже, природа колекцій має непроцесуальний характер, оскільки вони формуються не під дією змін у середовищі, а створюються за межами процесу.

Взірці із натурних колекцій за своєю процесуальною природою не відповідають ні взірцям для порівняльного дослідження, ні речовим доказам. Взірці із колекцій в експертному дослідженні виконують роль еталонів, наділених певними властивостями, які володіють чи не володіють речовими доказами і служать для визначення відповідності цих властивостей речових доказів визначеним стандартам.

Щодо гносеологічного призначення взірців із натурних колекцій, то воно полягає в тому, що взірці містять у собі дані стосовно властивостей об'єктів експертного дослідження. Безпосередньо стежити за властивостями об'єкта дають можливість експерту взірці з колекцій. Взірці з натурних колекцій і всі інші джерела, які утворюють довідково-допоміжні обліки, відносяться до знань експерта про властивості об'єкта експертизи і за своїм процесуальним положенням є носіями тих спеціальних знань, якими володіє експерт.

Щодо відповідальності експерта за правомірне застосування своїх спеціальних знань, то вона існує з самого початку проведення дослідження. У випадках, коли експерту для виявлення даних, недостатньо своїх особистих знань, він вправі використовувати інформацію із джерел її зберігання – може поповнювати свої знання даними, використаними з будь-яких джерел.

З вищевикладеного доходимо висновку, що процесуальне використання колекцій у діяльності правоохоронних органів відіграє досить важливу роль.

## НОВІ (ДОДАТКОВІ) МАТЕРІАЛИ ТА НОВОВІЯВЛЕНІ ОБСТАВИНИ: ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ

*Н. Бобечко*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

У діючому кримінально-процесуальному законодавстві України існують два самостійні порядки перегляду судових рішень, що набрали законної сили: перегляд судових рішень у зв'язку із нововиявленими обставинами та перегляд судових рішень з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону, що істотно вплинули на їх правильність (п.2 ч.1 ст.400<sup>4</sup> КПК України). Як в теорії кримінального процесу, так і у правозастосовчій практиці розмежування названих видів перевірки судових рішень в порядку виключного провадження, відбувається за характером джерела інформації про неправосудність судового рішення. Так, якщо судові помилки вбачаються з матеріалів кримінальної справи, то судові рішення, що набрали законної сили, переглядатиметься у порядку виключного провадження з підстав, вказаних у п.2 ч.1 ст.400<sup>4</sup> КПК України. Натомість, коли правильність такого рішення ставиться під сумнів в результаті виявлення фактів, що не знайшли відображення у матеріалах справи, то використовується порушення провадження та відновлення справи за нововиявленими обставинами.

Втім, існують випадки, коли істотні для справи відомості хоч і не знаходяться у її матеріалах, але можуть бути почерпнуті з інших джерел, одержання яких не пов'язане з порушенням провадження за нововиявленими обставинами. Такі джерела інформації називаються новими (додатковими) матеріалами. Проте, справа в тому, що відповідно до п.3 ч.1 ст.400<sup>5</sup> КПК України нововиявленими є і "всі інші обставини, які не були відомі суду при винесенні судового рішення та які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання підсудного", що також одержуються з інших, ніж у матеріалах кримінальної справи джерел. У зв'язку з цим, існує потреба як теоретичного, так і практичного характеру, провести розмежування нових (додаткових) матеріалів та нововиявлених обставин.

По-перше, нові (додаткові) матеріали, маючи зв'язок з предметом дослідження судового розгляду, містять відомості про факти, які можуть існувати до, під час або й після винесення судового рішення, тоді як нововиявлені обставини не можуть виникнути після його винесення та набрання ним законної сили, а повинні об'єктивно існувати лише на момент вирішення справи по суті.

По-друге, обставини, про які йдеться у нових (додаткових) матеріалах могли суду, що вирішував справу по суті, як бути відомими (в разі їх представлення стороною, але неприйняття судом або відмови ним у задоволенні клопотання про витребування певних доказів), так і не бути відомими (коли сторона не представила їх в судовому засіданні або не просила суд їх витребувати). Натомість, нововиявлені обставини за будь-яких умов не були відомі суду ні під час провадження у справі, ні на момент винесення судового рішення, а також його перевірки в апеляційному, касаційному порядку чи в порядку виключного провадження.

По-третє, якщо нові (додаткові) матеріали для вищестоящего суду поряд з матеріалами кримінальної справи служать лише засобом для перевірки правосудності судового рішення, то нововиявлені обставини є для цього суду критерієм правосудності такого рішення, підставою для відновлення справи.

По-четверте, якщо нові (додаткові) матеріали повинні одержуватися використовуючи тільки інші способи збирання та перевірки доказів, тобто бути подані сторонами або витребувані судом, то нововиявлені можуть бути виявлені не інакше як за допомогою перевірки (пп.1, 2 ч.1 ст.400<sup>5</sup> КПК України) або проведення окремого розслідування (п.3 ч.1 ст.400<sup>5</sup> КПК України), які ґрунтуються на вироку, що набрав законної сили або, за неможливості його постановлення – іншому підсумковому процесуальному документі (постановою дізнавача, слідчого, прокурора, судді, ухвалою суду).

По-п'яте, якщо новими (додатковими) матеріалами можуть бути як докази (документи, в яких викладені або засвідчені обставини, що мають значення для справи (ст.83 КПК України) та предмети, приєднані до справи за постановою судді або ухвалою суду в якості речових доказів (ст.78 КПК України), так і документи, в яких містяться відомості про обставини, що не складають предмет

доказування у справі та не є доказами, то нововиявлені обставини підтверджуються тільки будь-якими видами доказів.

По-шосте, нові (додаткові) матеріали можуть містити відомості про такі факти, які не охоплюються змістом поняття "нововиявлені обставини", а саме: порушення вимог кримінально-процесуального закону, що не мають характеру злочинних зловживань посадових осіб, які ведуть процес; обставини, відомості про які одержали закріплення у матеріалах кримінальної справи, але внаслідок добросовісної помилки, були визнані такими, що не відповідають дійсності; обставини, які усувають злочинність діяння або пом'якшують покарання засудженого, що виникли після набрання судовим рішенням законної сили; обставини, що свідчать про можливість одержання інформації, яка має значення для справи, але не відображена у її матеріалах, без використання основних способів збирання та перевірки доказів.

По-сьоме, якщо нові (додаткові) матеріали, як правило, використовуються вищестоящим судом тільки для перевірки правосудності оспореного судового рішення, але не для того, щоб виходячи з них приймати остаточне рішення по справі, то нововиявлені обставини служать і основою для прийняття остаточного рішення по справі (наприклад, скасування судового рішення і закриття справи, залишення подання прокурора без задоволення).

По-восьме, якщо вищестоящий суд вправі за певних умов покласти нові (додаткові) матеріали в основу своєї ухвали про зміну судового рішення, то нововиявлені обставини не можуть бути підставою для його зміни.

По-дев'яте, якщо в результаті перевірки судового рішення за наявними у справі та новими (додатковими) матеріалами, вищестоящий суд може скасувати судові рішення як внаслідок допущеної помилки (наприклад, в разі засудження особи, яка не досягла встановленого законом віку кримінальної відповідальності), так і у випадку, коли помилки допущено не було (наприклад, у разі смерті засудженого після подачі ним касаційної скарги), то нововиявлені обставини є підставою для скасування судового рішення тільки тоді, коли вони спричинили допущення судової помилки, тобто призвели до винесення неправосудного судового рішення.



## ПРО ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ

*І. Когутич*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Сучасний стан розвитку криміналістики вирізняється активним дослідженням всіх складових елементів її системи: загальної теорії криміналістики, криміналістичної техніки, криміналістичної тактики і криміналістичної методики.

1. У галузі **загальної теорії криміналістики** "...триває, – за висловом професора із Російської Федерації Баєва Олега Яковича, – процес само-ідентифікації предмета цієї науки". Зокрема, можна констатувати, що важливим напрямом розвитку науки криміналістики на сучасному етапі виступає адаптація її досягнень до умов діяльності тих професійних учасників кримінального судочинства, які раніше не перебували у переліку суб'єктів судового дослідження злочинів, власне, криміналістичними засобами – прокурора і адвоката-захисника. Теоретичні дослідження в цьому напрямі, зокрема щодо криміналістичних аспектів діяльності адвоката-захисника, останнім часом проводяться доволі активно, відображаючи тим самим потребу в них правозахисної практики.

Окрім цього, доволі перспективними видаються поглиблені монографічні дослідження деяких окремих криміналістичних теорій: про загальний метод розслідування злочинів, криміналістичні класифікації, криміналістичне прогнозування і просторово-часові зв'язки і відносини, переборення протидії розслідуванню тощо.

Загострена до межі і динамічно "прогресуюча" кримінальна обстановка в державі, яка щодень ускладнює і без цього нелегкий процес розкриття й розслідування злочинів, закономірно обумовила й об'єктивно визначила якісно нові, інтенсивні наукові дослідження в усіх "прикладних" розділах криміналістичної науки.

2. У сфері криміналістичної техніки започатковано напрацювання й запровадження в практику нових способів ідентифікації особи за слідами з місць вчинення злочинів або що виявляються у ході їх розслідування: від створення "банків запахів" до, так званої, "генної дактилоскопії"; нових і раціональних методик експертних досліджень раніше не поширених криміналістичних об'єктів, таких як, наприклад, саморобні вибухові пристрої, голос людини, зафіксованої на аудіо – і відеокасетах тощо.

Важливим для судової практики стає напрацювання науково обґрунтованих методик виявлення й з'ясування різних фальсифікацій доказів, зокрема, тих самих аудіо – і відеозаписів, зміни до яких можуть вноситись заінтересованими у протидії розслідуванню особами шляхом монтажу із використанням найновіших технологічних досліджень (для прикладу "справа з підслуховуванням майором Мельниченком розмов Президента України" або "банна справа" экс-міністра юстиції РФ Ковальова, в яких потерпілі наполягали, що "інкриміновані їм звуко- та відеозаписи сфальсифіковані шляхом, відповідно, звукомонтажу та комп'ютерної графіки). У зарубіжній криміналістиці вже виникла проблема (видається, що якщо вона ще не настала, то скоро може стати актуальною й для наших суб'єктів процесу дослідження доказів) розпізнавання ШПУ (штучних папілярних узорів). Її суть полягає в наступному: сучасні полімерні молекулярні технології дозволяють створити рукавички, на яких практично адекватно відтворюються папілярні узор пальців рук певної людини. Ці відбитки заінтересована особа, яка вчинила злочин у таких рукавичках, власне і залишає на місці злочину з тим, щоб скерувати слідство по хибному шляху.

Перспективними, хоча й такими, що породжують в окремих науковців різке несприйняття, видаються дослідження у галузі використання для діагностування інформаційного стану особи технічних засобів типу поліграфа.

Без сумніву, є актуальними теоретичні та практичні напрацювання у галузі побудови оптимально діючих різноманітних інформаційно-пошукових систем (ІПС) на базі комп'ютерних технологій. В ідеалі всі ці системи повинні утворювати єдину державну мережу, а окремі із них мати вихід на аналогічні ІПС інших держав, у першу чергу країн СНД і міждержавних кримінальних установ (зокрема, Інтерполу).

3. Дослідження в галузі криміналістичної тактики – центрального, як видається, "прикладного" розділу науки криміналістики, на сьогодні характеризуються, активним і різноаспектним вивченням її теоретичних основ. Зокрема, відбувається усвідомлення того, що предметом її цілеспрямованого вивчення є діяльність слідчого та інших суб'єктів кримінально-процесуального дослідження злочинів за умов протидії (реальної і потенційної, безпосередньої й опосередкованої) виконанню кожним із них своєї судочинної функції. Саме для цих умов і напрацьовуються відповідні тактичні засоби роботи слідчого, адвоката й інших професійних учасників кримінального судочинства.

Однак, щоб бути об'єктивним, необхідно зазначити, – що таке розуміння криміналістичної тактики викликало колись і викликає зараз різке не-сприйняття з боку окремих відомих науковців – процесуалістів і криміналістів (М.С. Строговича, О.М. Ларіна, І.Ф. Пантелєєва та ін.), які вважають, що породжена таким розумінням тактики концепція "конфліктного слідства" обумовлює порушення закону, і що для прибічників цієї концепції "сто обвинувачених – це сто злочинців".

Як видається, саме тому системне, поглиблене вивчення тактики як діяльності направленої на попередження і переборення протидії в ході процесуального дослідження злочинів, дозволить забезпечити його суб'єктів не тільки раціональними, але – і головне – законними і допустимими криміналістичними засобами цієї діяльності.

Вирішенню цих проблем присвячені першочергово поглиблені дослідження теорії слідчих ситуацій, а також доволі, як видається, значущі і перспективні праці в галузі тактичних операцій, тактичних комбінацій. Сутність цього, не так давно виниклого напряму розвитку криміналістичної тактики, проглядається вже безпосередньо зі змісту, поняття тактичної операції. Під тактичною операцією, здебільшого, розуміють сукупність слідчих дій, тактичних прийомів і оперативно-розшукових заходів, направлених на досягнення певного локального завдання розслідування злочинів. Для прикладу, серед таких можна розглядати тактичні операції "затримання на місці злочину", "перевірка алібі", "перевірка показань особи, яка визнавала себе винною у вчиненні злочинів" і т.і.

Розвиток сучасної криміналістичної тактики характеризується також зверненням науковців до напрацювання "нетрадиційних методів розслідування": можливостей використання під час розслідування теорії й практики біоритмології, одорології, гіпнології, поліграфології тощо. Можна і необхідно дискутувати про наукову обґрунтованість й допустимість цих методів, але спростовувати їх апріорі, "з порога", як це робить О.М. Ларін, називаючи все, з чим він не згідний у криміналістиці "паракриміналістикою", все ж не потрібно. І навіть не тому, що це за великим рахунком науково некоректно, а тому, що такі ідеї, за всієї їх, повторює, дискусійності, виникли не на пустому місці; їх поява обумовлена перш за все, потребами практики розслідування й судового провадження у кримінальних справах, яка надмірно ускладнена загрозливою кримінальною й криміналістичною обстановкою в українському суспільстві і державі.

Ще одним напрямом розвитку криміналістичної тактики, який, відповідно, започаткує комплекс цікавих і значущих теоретичних і практичних проблем, є адаптація її досягнень до вже наявних і в майбутньому можливих серйозних змін кримінально-процесуального законодавства. Мова йде про те, що виступаючи правовою основою тактики, кримінально-процесуальний закон обумовлює форми та можливості використання її засобів у процесуальних рамках і за умов, ним, законом, встановлюваних. Стосуються ці проблеми, першочергово, тактики виконання слідчих та судово – слідчих дій. Мова може йти, для прикладу, про ті положення майбутнього КПК України відповідно до яких слідчий огляд жилого приміщення допускатиметься з урахуванням позиції осіб, які там мешкають, а одержання зразків та провадження судової експертизи щодо свідків і потерпілих – тільки з їх на те письмової згоди тощо. Зрозуміло, що це та багато іншого впливатиме на тактику виконання цих дій. Не виключено також, що у майбутньому, відповідно до світових стандартів, сторони обвинувачення та захисту надаватимуть суду ними складені списки осіб, які підлягатимуть виклику в судові засідання і, що першими цих осіб повинна допитувати власне сторона-ініціатор виклику (а не суд, як це передбачено нині чинним КПК). Очевидно, це також вплине на тактику державного обвинувачення та професійного захисту від нього на стадії судового слідства.

4. Розвиток криміналістичної методики – заключного розділу науки криміналістики, який акумулює в собі за суттю всі досягнення попередніх розділів, який "приспосовує" їх до потреб кримінально-процесуального дослідження окремих видів і категорій злочинів, відбувається, як видається, у таких напрямках.

- Поглиблене на сучасному рівні розвитку науки вивчення теорії криміналістичної методики, сутності наукових і методичних основ дослідження (переважно розслідування) окремих видів і категорій злочинів.

- Створення дієвих криміналістичних характеристик окремих видів та підвидів злочинів: вони дозволяють оптимізувати процес слідчого пошуку у ході розслідування конкретних злочинів певних видів, зокрема, шляхом обґрунтованого конструювання найбільш ймовірних слідчих і оперативно-розшукових версій. У цьому контексті неабиякий науковий і практичний інтерес становлять дослідження щодо побудови узагальнених криміналістичних портретів (їх ще називають у літературі "психологічними профілями") осіб, які вчиняють злочини окремих видів, переважно серійних злочинців. Такі портрети дозволяють з великим ступенем ймовірності встановлювати до і пост кримінальну поведінку цих осіб, а тому не тільки цілеспрямовано вести їх розшук, але й визначати тематику і методику розслідування вчинених ними злочинів.
- Адаптація окремих вже напрацьованих методик до реалій сьогодення, яка призвела як до модифікування способів вчинення вже відомих злочинів (вбивства, шахрайства тощо), так і виникнення деліктів, які раніше не розглядались як злочини (захоплення заручників, незаконне позбавлення волі, злочини у сфері комп'ютерної інформації тощо). Особливу увагу криміналістів сьогодні викликають проблеми криміналістичного забезпечення розслідування серійних вбивств і вбивств на замовлення, а також злочинів, що вчинюються групами, у тому числі організованими.

**ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ  
З КРИМІНАЛІСТИЧНОЮ ТАКТИКОЮ І МЕТОДИКОЮ**

*Р. Єзерський*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Зв'язок криміналістичної техніки з криміналістичною тактикою і методикою є різнобічним і ще більш очевидним, ніж зв'язок криміналістичної техніки з загальною теорією криміналістики.

Усі науковці-криміналісти, що досліджували взаємозв'язок техніки і тактики (Р.С. Белкін, І.С. Биховський, А.І. Вінберг, Є.П. Іщенко, М.А. Корнієнко, І.М. Лузгін, Д.П. Поташник, М.П. Яблоков та ін.) справедливо підкреслювали, що ці розділи криміналістики не можуть існувати ізольовано один від одного, що вони органічно взаємозалежні між собою. Закономірно, що цей зв'язок є і прямим, і зворотнім.

Однак характер досліджуваного взаємозв'язку, між цими двома розділами однієї науки висвітлюється різними авторами неоднозначно: від майже повного відриву криміналістичної техніки від тактики до включення її в криміналістичну тактику.

Перша позиція отримала вираження, наприклад, у працях професорів О.М. Васильєва, О.Я. Баєва і деяких інших вчених. Вона виявляється в тому, що при розробці загальних положень тактики і тактики окремих слідчих дій явно не надається належної уваги використанню досягнень найбільш "старої" і в той же час, тієї що динамічно розвивається частини криміналістики – криміналістичній техніці. Зазначений недолік чітко виявляється й у тактичних розділах багатьох підручників з криміналістики, де на необхідність використання техніко-криміналістичних методів і засобів лише скупно вказується під час розгляду питань підготовки до окремих слідчих дій і фіксації їхніх результатів. Специфіка ж їхнього використання при проведенні слідчої дії зазначається далеко не завжди, а якщо і висвітлюється, то обмежено.

Причини настільки небажаного розриву між криміналістичною технікою і тактикою проаналізував Є.П. Іщенко. До них він відносить: а) бурхливий вплив науково-технічного прогресу саме на криміналістичну техніку за набагато більш слабшого його впливу на тактику; б) причини суб'єктивного характеру: недостатнє знання (як слідчими, працівниками органів дізнання, суддями, так і багатьма науковцями, що спеціалізуються в сфері тактики) досягнень криміналістичної техніки; в) застосування слідчими, працівниками органів дізнання, суддями засобів і методів криміналістичної техніки далеко не у всіх необхідних випадках і не завжди ефективно. Погоджуючись у цілому з висновками Є.П. Іщенко, вважаємо за необхідне до зазначеного переліку додати недостатнє техніко-криміналістичне забезпечення правоохоронної діяльності й істотні прогалини в кримінально-процесуальному законодавстві, у правовому забезпеченні вирішення розглянутої проблеми.

Однак у літературі висловлюються й інші, більш радикальні позиції щодо взаємозв'язку техніки і тактики, які можна назвати тенденцією поглинання одного розділу іншим.

Так, М.П. Яблоков і В.Я. Колдін у підручнику для студентів юридичних вузів вказують, що "криміналістична тактика включає криміналістичну техніку". Сторінкою далі, включивши техніку і тактику в методіку, вони роблять наступне застереження: "Це означає, що у розгляді цілісної структури розслідування окремого злочину враховують і використовують наукові рекомендації і вимоги криміналістичної техніки і тактики". Однак це застереження не змінює дане положення, тому що співвідношення двох розділів науки і використання їхніх рекомендацій на практиці (та ще й у ході розслідування окремого, конкретного злочину) – це питання з двох цілком різних сфер діяльності.

На появу позиції про включення техніки в тактику у певній мірі вплинуло відоме висловлення А.І. Вінберга (1962 р.) про те, що "криміналістична техніка як така поза тактикою – мертва, безпредметна". Цей вислів в 1970 році повторив І.М. Лузгін, додавши, що в умовах розслідування технічні прийоми і засоби можуть бути використані тільки в повній і точній відповідності з рекомендаціями криміналістичної тактики.

Однак двадцять років потому (у 1990 році) І.М. Лузгін різко змінив свій підхід до взаємозв'язку криміналістичної техніки і криміналістичної тактики, запропонувавши здійснити "перегляд традиційного поняття "криміналістична техніка" і її місця в курсі криміналістики". Він писав: "Сьогодні рівень розвитку криміналістики істотно розширив початково сформовані рамки карної (криміналістичної) техніки".

Сформувались фактично самостійні блоки наукового знання, що описують механізм утворення і ознаки типових матеріальних слідів злочину (трасологія, дактилоскопія, судова балістика, габітологія, криміналістична реєстрація). Об'єднати ці елементи знання єдиним поняттям "криміналістична техніка" неможливо, хоча б тому, що це не відповідає змісту даного розділу, відсуває на другий план головне—характеристику різномірних джерел інформації. Навівши не дуже зрозумілий останній аргумент на користь істотної зміни структури навчального курсу, І.М. Лузгін робить наступний висновок:

"...При цьому саме поняття "криміналістична техніка" може бути замінено більш точним і об'ємним поняттям – "науково-технічні засоби і методи, що використовуються під час розкриття і розслідування злочинів(криміналістичний аспект)".

Однак суть не в назві розглядуваного розділу криміналістики. Принципове значення має зміст цих проблем, котрі визначають предмет вивчення в тому чи іншому розділі цієї науки. У цьому сенсі більш прийнятною є позиція А.Ф. Волинського, який вважає, що "криміналістичну техніку (розділ науки криміналістики) доцільно розглядати як галузь криміналістичних знань про закономірності виникнення слідів злочину, виявлення їх причинних зв'язків з ознаками осіб, що вчинили злочини, способами і засобами вчинення злочинів, а також отримання, обробки, систематизації і використання криміналістично-значущої інформації у ході розкриття і розслідування злочинів".

Однак усе це не могло замінити спеціального, цільового дослідження зазначеної проблеми на монографічному рівні. Ми вважаємо, що в даний час, з розвитком науково-технічного прогресу, з появою нових видів злочинів, організованої злочинної діяльності, нових методів і засобів криміналістичної техніки, за наявності обмежених засобів на належне забезпечення їхнього впровадження в правоохоронну практику таке дослідження необхідне. Праві були І.Є. Биховський і М.А. Корнієнко, коли ще в 1981 році, розглядаючи цю проблему, зазначали: "Якщо раніше за аналізу конкретної слідчої дії можна було вичленувати окремих етап (етапи), пов'язаний із застосуванням технічних засобів, то тепер технічні засоби часто застосовуються в процесі всієї слідчої дії від початку до кінця. Відзначивши, що застосування техніко-криміналістичних засобів є однією з найважливіших умов підвищення ефективності вирішення завдань, що стоять перед слідчим, автори роблять висновок:

"Прийшов час, коли про застосування технічних засобів необхідно говорити не лише в зв'язку з особливостями техніки виявлення, дослідження, фіксації і вилучення конкретних об'єктів, але і більш широко, у тактичному плані". Очевидно, що за минулі з тих п'ять років справедливості цього висновку ще більш актуалізувалася. Сьогодні насамперед із криміналістичною технікою зв'язуються і надії на розширення і зміцнення доказової бази у кримінальних справах, на скорочення термінів їхнього розслідування, об'єктивізацію процесу доказування. Саме цього зараз потребує.

**ВСТАНОВЛЕННЯ І ВИЯВЛЕННЯ НОСІЇВ  
КРИМІНАЛІСТИЧНО ЗНАЧУЩОЇ ІНФОРМАЦІЇ***С. Томин**Прикарпатський університет імені Василя Стефаника*

Більшість криміналістів схиляються до думки про те, що першим етапом роботи з джерелами криміналістично значущої інформації є їх виявлення. Серед них І.Ф. Крилов, М.А. Матусовський, С.В. Мітрічев, П.С. Елькінд та інші. Однак, на нашу думку, такий підхід є виправданим лише щодо роботи з окремими джерелами криміналістично значущої інформації (переважно з речовими). Що ж стосується роботи з особистісними джерелами та більшістю речових, то тут слід погодитись з позицією Кириченка О.А. та Басая В.Д., які зазначають, що робота з особистісними (які і з речовими) джерелами починається з того, що їх необхідно встановити.

Однак, в юридичній літературі існує двозначне розуміння джерела інформації. Виходячи із змісту ч.2 ст.65 КПК України джерелами інформації слід визнати показання осіб та їх пояснення. Однак більшість криміналістів схиляється до думки, що джерелом інформації є сама людина.

На нашу думку, слід погодитись із В.А. Образцовим, який зазначає, що носій інформації є потенційним джерелом і стає таким у випадку, коли віддає інформацію.

У зв'язку з цим логічно припустити, що встановленню підлягає не саме джерело інформації, а її носій, який лише віддавши криміналістично значущу інформацію, перетворюється у її джерело.

Що ж розуміти під встановленням носія криміналістично значущої інформації?

У звичному слововживанні термін "встановлений" рівнозначний терміну "відомий".

На думку А.Р. Белкіна коли ми говоримо про особистісні носії інформації як про "встановлені", то маємо на увазі наявність у розпорядженні суб'єкта розшуку даних, які дозволяють індивідуалізувати особу розшукуваного і ототожнити його при виявленні. Сюди відносяться: комплекс демографічних відомостей, інформація про зовнішні ознаки та інші властивості особи.

На нашу думку встановленими визнаються особи, які відповідають ряду вимог. По-перше це такі особи, щодо яких відомі їх справжнє прізвище (прізвисько), під яким вони переховуються чи здійснюють свою злочинну діяльність та ознаки зовнішності. У випадку, коли відомі тільки коло знайомств даних осіб чи місце їх перебування, ми не можемо стверджувати, що встановлене, оскільки людина, яка підлягає встановленню – це завжди конкретна, визначена особа, а не об'єкт пошуку, наділений певними ознаками. Аналогічну позицію слід прийняти стосовно переважної більшості речових джерел інформації.

Однак, на нашу думку, поняття відомий і встановлений не є тотожними. Особа може бути відома, однак може не бути особистісним носієм інформації, оскільки не всі люди можуть бути визнані носіями криміналістично значущої інформації. До таких вони належать тільки тоді, коли слідчий, суд передбачають, що та або інша людина може володіти певними фактичними даними, які мають значення для якісного і ефективного проведення боротьби з відповідними правопорушеннями або вирішення певного правового спору або делікту, і є можливість отримати дану інформацію від цього носія. Однак особа не може виступати особистісним носієм інформації, якщо у встановленому законом порядку визнана неосудною.

Крім того, на нашу думку не може бути особистісним носієм криміналістично значущої інформації також особа, якщо за висновком психологічної експертизи вона не могла внаслідок певних фізичних чи психічних вад адекватно сприймати чи відтворювати в пам'яті події об'єктивної дійсності. Однак висновок експертизи оцінюється слідчим і судом на власний розсуд, а тому з цього приводу повинне бути відповідне рішення суду чи органу слідства.

Отже, особа може визнаватись особистісним носієм інформації, якщо в процесі розслідування кримінальної справи встановлено, що:

- Дана особа володіє інформацією, яка має значення для справи;
- Щодо неї не винесене рішення суду чи органу слідства про те, що вона є такою, яка не могла адекватно сприйняти чи відтворити обставини справи.

Якими ж способами в процесі розслідування злочинів відбувається встановлення особистісного носія інформації?

Часто в процесі розслідування злочинів складається ситуація, коли носій інформації знаходиться за межами досяжності слідчого і суду, однак його необхідно встановити та виявити, оскільки процесуальна процедура в цілому вимагає реальної (фізичної чи психічної) взаємодії з ним. В цьому випадку такі особи стають об'єктами розшуку і можуть бути встановлені з допомогою оперативно-розшукових заходів, провідне місце серед яких належить оперативному пошуку. Мова йде про оперативний пошук на певних територіях, де вчиняються різного роду кримінальні правопорушення, на економічних та інших об'єктах, де посадові особи або інші співробітники можуть вчиняти різного роду дії, які суперечать закону. Саме оперативний пошук забезпечує встановлення потерпілих від злочинів, осіб, яким що-небудь відомо про злочинні посягання, гостро конфліктні ситуації, які можуть призвести до вчинення злочину, осіб, які є суспільно небезпечними і кримінально активними. Крім цього, об'єктами оперативного пошуку є "центри", які контролюють і спрямовують злочинну діяльність шахраїв, групи хуліганів, окремі етнічні групи, корумповані зв'язки стійких злочинних угруповань та ін.

Оперативний пошук, який здійснюється суб'єктами оперативно-розшукової діяльності по визначених напрямках, дозволяє виявити конкретних фізичних осіб чи їх групу, які складають інтерес з точки зору або їх суспільної безпеки, або причетності до протиправних чи інших дій, які вимагають адекватного реагування правоохоронних органів або спецслужб. Далі здійснюється оперативний пошук "від особи", тобто "адресна" розвідувальна робота, коли здійснюється постійний збір інформації про відомих злочинців і їх злочинну діяльність на певній території. Тому в сферу оперативного пошуку "від особи" потрапляють перш за все особи, які складають злочинний потенціал суспільства. Мова йде про осіб, які вчинили різного роду протиправні діяння. Вчинення протиправних діянь – це їх професія і вони свідомо йдуть на цей ризик, удосконалюючи свою майстерність а активно протидіючи власному викриттю. Об'єктом оперативного пошуку є і та інфраструктура, яка утворюється навколо таких осіб. Тому оперативний пошук обумовлений і такими явищами як наркоманія, азартні ігри і ін. додатковими орієнтирами для оперативного пошуку "від особи" є ознаки злочину. Якщо пошук ведеться "від особи", то можливий об'єкт вивчення якби відомий. Специфіка тут у тому, що в якості такого об'єкта можуть виступати і фізичні і юридичні особи. Наявність такого об'єкта визначає характер майбутньої пошукової роботи.

Для ефективності пошукової роботи велике значення має негласний характер оперативно-розшукових заходів. Такий характер має негласне опитування, негласне проникнення в приміщення і транспортні засоби, на ділянки місцевості, прослуховування телефонних переговорів, зняття інформації з технічних каналів зв'язку, перлюстрація поштової кореспонденції, телеграфних і інших повідомлень, збір інформації за допомогою конфідентів, негласне спостереження і ін. як правило, в процесі оперативного пошуку використовується комплекс різних заходів, які доповнюють один одного.

В свою чергу негласні заходи доповнюються гласними. Співробітники окремих оперативних підрозділів (МВС, СБУ, податкової міліції) мають статус легальних (офіційних) посадових осіб, тому вони можуть використовувати свої повноваження як відповідно до ЗУ "Про оперативно-розшукову діяльність", так і відповідно до законів "Про міліцію", "Про Службу Безпеки України".

Статус легальних оперативних працівників дозволяє вказаній категорії співробітників використати вказані повноваження для розгляду заяв, скарг громадян, звідки можна почерпнути відповідну інформацію, контактувати із співробітниками інших (неоперативних) служб органу, який здійснює ОРД, збирати відомості через контакти з представниками громадськості і ін.

Головним тут є те, що серед оперативно-розшукових заходів, які застосовуються в процесі оперативного пошуку, є ті, які мають яскраво виражену розвідувальну природу і в силу цього забезпечують проникнення з метою збору інформації в те середовище, куди за допомогою гласних заходів співробітнику правоохоронного органу чи спецслужби потрапити неможливо. Таким чином, необхідність негласного оперативного пошуку обумовлена тим, що процес підготовки і вчинення ряду протиправних дій в об'єктивній дійсності відбуваються приховано.

Стосовно діяльності слідчого щодо встановлення та виявлення особистісних носіїв криміналістично значущої інформації, то на нашу думку вона проходить у двох основних напрямках,

основний з яких – аналітичний. Тут розшукова діяльність слідчого передбачає вирішення таких завдань, як:

- формування уявлень про психологічний портрет розшукуваного об'єкта, а також особи, дії якої спрямовані на приховання об'єкта розшуку;
- прогнозування з врахуванням вказаних уявлень поведінки і дій зазначених осіб і визначення ймовірних місць перебування об'єктів розшуку;
- моделювання поведінки і дій суб'єкта розшуку;
- прогнозування дій осіб, які протистоять суб'єкту розшуку, – як тих, які розшукуються, так і інших, пов'язаних з об'єктами розшуку.

Вирішення першого з перерахованих завдань вимагає, крім збирання інформації і риси характеру розшукуваного, встановлення його зв'язків – родинних, дружніх, професійних, інтимних, – отримання відомостей про те, якими професіями він володіє і до якої професії особливо схильний, чи не думав змінити місце проживання чи переїхати на проживання до когось, а якщо так, то куди.

При відтворенні психологічного портрета особи, яка приховує чи сприяє прихованню об'єктів розшуку, важливою є інформація про стосунки цієї особи з розшукуваним. Якщо мова йде про розшук не людей, а інших джерел інформації, то набувають значення відомості про звички, професійні навички, здатності володіти собою у конфліктних ситуаціях, про винахідливість та інші якості особи, яка приховує об'єкт розшуку або сприяє його прихованню.

Відтворення психологічного портрета особи – не самоціль, а засіб вирішення другого з вказаних завдань. Прогнозування поведінки і дій даної особи лежить в основі розшукової версії про місцезнаходження шуканого об'єкта. Для такого прогнозу суттєве значення має вивчення слідчим тих хитрощів, які використовують злочинці з метою ухилення від слідства і суду чи для приховання об'єктів розшуку. Прогнозування поведінки розшукуваних свідків і потерпілих пов'язане з перевіркою припущення про умисне ухилення цих осіб від слідства.

Моделювання суб'єктом розшуку на основі вирішення вказаних завдань своєї поведінки і дій виражається в плануванні шляхів перевірки розшукових версій. Якщо розшук уявляється не одномоментним актом (наприклад виявлення і вилучення викрадених речей у родича обвинуваченого), а "багатоходовою" операцією, в процесі якої можлива зміна розшукуваних місць перебування чи переховування розшукуваних предметів, то успіх розшуку залежить від вміння слідчого передбачити дії осіб, які йому протистоять.

Для того, щоб це передбачити, необхідно проникнути у внутрішній світ цих осіб, зрозуміти хід їх думок і підстави для прийняття ними тих чи інших рішень. Як відомо, така розумова діяльність при протистоянні сторін називається в психології "рефлексією". Як зазначає І.І. Артемонов, "слідчий лише тоді може отримати перевагу у боротьбі – цьому своєрідному поєдинку, коли буде володіти більш високим рівнем рефлексії, тобто високими імітаційними здібностями, якщо він найбільш правильно відображає обстановку реальної боротьби, більш точно оцінює інформацію, яка надходить до нього в ході розслідування.

До розшукової діяльності пред'являється ряд вимог, до числа яких належать оперативність розшуку, його тактична, логічна і психологічна обґрунтованість, узгодженість розшукових заходів з ОРЗ органів дізнання і поєднання тих і інших зі слідчими діями, які здійснюються в розшукових цілях. Оперативність розшуку розуміється як система якостей, які його характеризують: швидкість і безперервність розшуку, активність суб'єкта розшуку, значна кількість залучених сил і засобів.

Динамізм слідчих ситуацій, швидкість розсіювання та старіння інформації, процеси відчуження та послаблення комунікабельності жителів сучасних великих міст, можливості засобів повідомлення і зв'язку вимагають негайної реалізації прийнятих рішень про проведення розшукових заходів. Дефіцит часу стає постійно діючим фактором розшуку. Він диктує необхідність швидкого розшуку, безперервності розшукових заходів, залучення значних сил і засобів для максимального розширення "фронту" розшуку в мінімальному часовому інтервалі.

Оперативність розшуку повинна забезпечити скорочення проміжку часу між встановленням і виявленням носія інформації. Коли це завдання вирішується на початковому етапі розслідування, воно стає елементом діяльності, що позначається в практиці як розшук "по гарячих слідах". Це поняття охоплює комплекс невідкладних слідчих дій, розшукових і оперативно-розшукових заходів, які дозволяють не тільки встановити і виявити джерела інформації, але й викрити злочинця протягом декількох діб з моменту виявлення злочину.



Тактична обґрунтованість розшуку виражається у врахуванні слідчих ситуацій, які складаються, у визначенні кола і послідовності розшукових заходів і слідчих дій, які проводяться з метою розшуку, у виборі моменту їх здійсненні і передбаченні очікуваних результатів.

Логічна обґрунтованість полягає в тому, щоб заходи, які плануються, не суперечили один одному, у логічності плану розшуку і внесених в нього у процесі слідства змін, обґрунтованості розшукових версій, рішень, які приймаються в процесі розшуку.

Змістовну сторону розшуку складають його організація і планування, розшукові заходи і розшукові можливості слідчих дій.

Організація розшуку передбачає облік і розстановку наявних сил і засобів, визначення форм і методів взаємодії слідчого з оперативними апаратами органів дізнання, аналізу вихідної інформації. З організацією нерозривно пов'язане планування розшуку, яке здійснюється на основі висунутих розшукових версій.

Суттєвий елемент організації розшуку – визначення форм і методів взаємодії слідчого і оперативних працівників, які беруть участь у розшуку.

Як відомо, після порушення кримінальної справи орган дізнання вправі вживати будь-які дії, спрямовані на встановлення істини, лише за дорученням слідчого. Слідчий дає доручення оперативним працівникам, визначає завдання їх розшукових заходів, однак не вказує шляхів і методів вирішення цього завдання. Це доручення слідчого складає правову основу взаємодії при розшуку. Основною формою такої взаємодії є узгодження дій слідчого і оперативного працівника. Крім цього однією з форм взаємодії є передача слідчому оперативної інформації, отриманої оперативним працівником. Така інформація передається разом з рекомендаціями про шляхи і способи її використання слідчим.

Третьою формою взаємодії А.Р. Белкін називає спільне обговорення результатів розшукової діяльності, виявлення недоліків і вжиття заходів по їх усуненню.

Щодо практичних дій слідчого, які носять пошуковий характер, то в криміналістичній літературі класифікація їх відсутня. Спробу такої класифікації здійснив А.Р. Белкін у підручнику "Теорія доказування". Він пропонує класифікацію провести наступним чином:

- заходи, які мають на меті отримання вихідної інформації для розшуку;
- заходи, які проводяться з метою затримання злочинця по "гарячих слідах";
- заходи блокуючого і "сторожового" характеру;
- заходи, які мають на меті виявити об'єкт розшуку;
- заходи, спрямовані на активізацію розшуку і розширення кола його учасників.

Як свідчить практика, найбільшими розшуковими можливостями наділені такі слідчі дії, як обшук, огляд, допит, виїмка, перевірка і уточнення показів на місці. При цьому розшукові можливості огляду і допиту полягають в тому, що ці слідчі дії дозволяють отримати вихідну розшукову інформацію, а інші – виявити об'єкти розшуку.

Отже, першим етапом роботи з джерелами інформації у процесі розслідування злочинів можна визнати встановлення їх носія. На даному етапі роботи з джерелами інформації важливе місце належить оперативним підрозділам правоохоронних органів, оскільки їх діяльність носить переважно негласний характер, а тому часто є ефективнішою за діяльність слідчого. Саме тому встановлення та виявлення джерел інформації повинно забезпечуватись шляхом гласних та негласних оперативних розшукових заходів з боку оперативних працівників під керівництвом слідчого. Від того, наскільки якісно та ефективно проведена робота слідчого та оперативних працівників по встановленню та виявленню особистісних та речових носіїв залежатиме в подальшому процес розслідування по кримінальній справі та відповідно ефективність наступних етапів роботи з джерелами криміналістично значущої інформації.

**МІСЦЕ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ОПИСУ ОСОБИ ЗА ЗОВНІШНІСТЮ  
В СИСТЕМІ НАУКИ "КРИМІНАЛІСТИКА"***І. Жолнович**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Криміналістика відокремилась від кримінального процесу як прикладна технічна дисципліна і, тому спочатку вона називалася "поліцейською технікою". Згодом були виділені прийоми провадження слідчих дій, з'явився другий розділ – "слідча тактика", а у 30-х роках – третій розділ – "методика розслідування окремих видів злочинів" (окрема методика).

У середині минулого століття сформувалася сьгодні діюча система криміналістики: 1) теорія і методологія криміналістики; 2) криміналістична техніка; 3) криміналістична тактика; 4) криміналістична методика розслідування окремих видів злочинів.

Однак з розвитком науки і техніки та запровадження їх досягнень у процес розслідування злочинів, все більше науковців висловлюють думки щодо зміни вищевказаної системи криміналістики, яка не відповідає сьгоднішнім умовам. Слід зазначити, що українські вчені в цій дискусії також беруть активну участь.

У зв'язку зі зміною структури криміналістики, може постати питання про те, у якому з її розділів повинно мати своє висвітлення криміналістичне вчення про зовнішність особи.

Якщо притримуватися існуючої системи криміналістики, то таке вчення знаходиться у розділі криміналістична техніка.

Група авторів під керівництвом академіка АПрН України В.Г. Гончаренка та проф. Є.М. Моїсеєва пропонують таку структуру криміналістики: 1) загальна теорія криміналістики; 2) криміналістична експертиза; 3) криміналістична техніка; 4) криміналістична тактика; 5) криміналістична методика.

При такому поділі в основному питання про зовнішність особи будуть знаходитися також у розділі криміналістична техніка, однак проблеми фотопортретної експертизи можуть висвітлюватися і у розділі криміналістична експертиза.

Науковці системи МВС України виділяють у системі криміналістики наступні складові елементи: 1) теоретичні основи криміналістики; 2) джерела криміналістичної інформації; 3) технічні засоби і методи збирання криміналістичної інформації; 4) наукові основи криміналістичної тактики; 5) теоретичні основи слідчої тактики; 6) наукові основи розслідування злочинів; 7) загальні положення методики розслідування окремих видів злочинів.

У даному випадку зовнішність особи відносять до джерел криміналістичної інформації.

Проф. М.В. Салтевський пропонує наступну структуру криміналістики: 1) методологія науки криміналістики; 2) криміналістична техніка; 3) криміналістичне слідознавство; 4) криміналістична тактика; 5) криміналістична методика.

Автор у розділі криміналістичне слідознавство окремо виділяє розділ – сліди людини, зазначаючи, що вони в свою чергу складаються з ознак зовнішньої будови людини, слідів рук і ніг (криміналістична дактилоскопія), слідів шкірного покриву голови і зубів людини, слідів навиків людини, слідів навиків письма (криміналістичне дослідження письма), слідів звуку, запаху і пам'яті людини.

Однак ознаки зовнішності, сліди пам'яті не можна вважати саме слідами, оскільки вони не мають матеріального відображення, не утворені в результаті контакту слідоутворюючого і слідосприймаючого об'єктів. У даному випадку можна говорити про наявність певної інформації, уявного образу. На підтвердження вищевказаного, можна зазначити, що в науковій літературі під слідами людини розуміють сліди папілярних ліній (пальців рук, долонь, босих ніг), сліди взутих ніг, зубів, інших ділянок тіла (губ, вуха і т.д.), сліди одягу, крові, поту, сперми, слини, вагінальних виділень, волосся, органи і тканини організму людини, кістки і їх фрагменти, запахові сліди.

Доцільно погодитися з пропозицією проф. М.В. Салтевського щодо виділення в окрему главу слідів людини. Однак, на наш погляд, можна внести пропозицію щодо їх виділення в окремий розділ всієї науки криміналістики, а не в окрему главу іншого розділу.

Враховуючи вищевикладені аргументи, доцільніше було б такий розділ криміналістики назвати криміналістичне дослідження людини (або криміналістичне дослідження ознак, слідів людини), і він повинен вмещувати такі глави:

- Криміналістичне вчення про зовнішність людини.
- Криміналістичне вчення про сліди рук і ніг людини.
- Криміналістичне дослідження письма.
- Криміналістичне вчення про ольфакторні (запахів) сліди людини.
- Криміналістичне вчення про біологічні сліди людини.

Усі вказані вище глави в один розділ об'єднує те, що в них поміщені положення, де досліджуються ознаки, сліди, які залишені особою (злочинцем, потерпілим) як матеріальною істотою без використання нею будь – яких засобів, механічних пристроїв. На відміну від інших розділів, запропонованого поділу науки криміналістики, де використовується критерій використання вказаних засобів, знарядь.

Для дослідження деяких слідів з різних глав вказаного розділу використовуються подібні або однакові науково – технічні засоби.

Письмо є виробленим навиком людини, за яким її також можна з великою вірогідністю ідентифікувати як і за ознаками зовнішності. Воно також багато в чому залежить і від функціональних ознак людини (рухів руками, пози під час його здійснення), і від будови і особливостей анатомічних ознак (рук і тулуба особи).

На наш погляд, доцільніше було б використовувати поняття ольфакторні (запахів) сліди людини, а не одорологічні сліди. Оскільки одорологія вивчає і парфумерні, і харчові і т.п. запахи., а ольфакторна інформація – пахучі речовини слідів поту і крові людини.

Криміналістичне вчення про біологічні сліди людини включатиме, дослідження слідів органів людини (зубів, губ і ін.), слідів – речовин людини (сперми, крові, слини і ін.), кісток і тканин організму.

**ПРОБЛЕМИ РОЗСЛІДУВАННЯ НАВМИСНИХ ВБИВСТВ,  
ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗНИКНЕННЯМ ЛЮДИНИ  
(КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АНАЛІЗ)***О. Сاینчин**Міжнародний гуманітарний університет*

У ст.3 Конституції України проголошено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Кожна законослухняна людина має бути впевнена, що з метою реалізації цієї, мабуть, найважливішої конституційної норми, державою повинний бути вироблений визначений кримінально-правовий механізм, який захищає й охороняє життя і здоров'я людини від зазіхань, під страхом суворого покарання.

Проблемам розкриття убивств у випадку відсутності трупа видатним вченими-криміналістами О.Я. Басвим, Л.Г. Відоновим, Ю.П. Дубягіним, В.П. Колмаковим, В.Є. Коноваловою та ін. за різних часів приділялася увага, однак досліджень з цієї проблеми на монографічному рівні в нашій країні немає. Цей факт і визначив тему нашого дослідження.

Однією з причин низької якості розкриття злочинів проти особистості і, зокрема, вбивств, є той факт, що працівники МВС і прокуратури ще недостатньо оперативно реагують на заяви про безвісти зниклих. Так, за останні три роки на півдні України налічується безвісти зниклих більше, тисячі громадян, а 5% кримінальних справ по цих фактах порушувалися тільки декілька тижнів і місяців по тому.

Однак не завжди зникнення людини може бути підставою для порушення кримінальної справи. Ухвалення рішення про порушення кримінальної справи може прийматися лише разом із даними, які дозволяють припустити, що людина була убита. У зв'язку з цим заява про зникнення людини підлягає ретельній перевірці, до якої за необхідності залучаються оперативно-розшукові органи. Її мета – з'ясувати причини зникнення і безвісної відсутності людини, установлення місць її можливого перебування, збір даних, які свідчать про те, що зниклого немає в живих.

В основі перевірки лежать версії про те, що: а) зниклий живий, але через які-небудь причини не повідомляє про себе (бажання припинити відносини з певними особами, побоювання помсти з чийсь сторони, або острах бути притягнутим до судової відповідальності, перебування на лікуванні чи під вартою; б) зниклого немає в живих (у результаті вбивства, самогубства, нещасного випадку, хвороби і т. ін.).

З метою перевірки цих припущень опитуються родичі, знайомі, товариші по службі зниклого, у котрих з'ясовуються обставини і можливі причини зникнення, прикмети зниклого й ознаки речей, які знаходилися при ньому, відомості біографічного характеру, особистісні дані, наявність родичів і знайомих в інших населених пунктах, а також інші дані, які сприяють розшукові, вивчаються особисті справи, листування, щоденники зниклого. На основі зібраної інформації даються доручення органам дізнання, запитуються лікувальні установи, військкомати, паспортні столи, реєстраційні установи МВС, органи міліції в місцях можливої появи зниклого.

На безвісно відсутню особу в територіальних органах УМВС складається реєстраційна карта і направляється до картотеки безвісти зниклих людей і невпізнаних трупів. У необхідних випадках для одержання відомостей про зниклу особу використовуються засоби масової інформації. При одержанні даних, які вказують на убивство зниклого, слідчий порушує кримінальну справу і приступає до розслідування. Планування розслідування по кримінальних справах, порушених у зв'язку зі зникненням людини, здійснюється з урахуванням розриву в часі між закінченням злочину і моментом порушення кримінальної справи, відсутності даних про місце вбивства, способи його здійснення і приховання, особистість винного.

Як першочергові у плані розслідування передбачаються заходи, спрямовані на одержання інформації про можливі причини й обставини зникнення, відомостей, які забезпечують розшук зниклої особи, встановлення фактів, які безперечно свідчать про убивство. Проводяться огляд житла і робочого місця зниклого, вилучення й огляд документів, пов'язаних з його особистістю, допити родичів,

знайомих, товаришів по службі цієї особи, перевірка місць його можливого перебування, встановлюються зв'язки зниклого і його взаємини з іншими особами, проводяться пошуки трупа на місцевості, оперативного-розшукові заходи щодо збору даних про особу і поведження підозрюваних осіб.

При допитах як свідків осіб, які добре знали зниклого, уточнюються його прикмети й ознаки речей, які знаходилися при ньому, встановлюються події, які передували зникненню, з'ясовуються його відносини з іншими особами, місця його можливого перебування і причини зникнення. За необхідності допитуваним можуть бути задані запитання щодо заходів, які були ними вжиті для пошуку зниклого, про поведінку підозрюваних осіб до і після зникнення, про дії, які вказують на їхню поінформованість про те, що потерпілого немає в живих. У випадку пред'явлення свідком листів чи іншої кореспонденції, отриманої ним від імені потерпілого після його зникнення, вони вилучаються й оглядаються. Для вирішення питання про виконавця цих документів призначається судово-почеркознавча експертиза.

При огляді житла і робочого місця безвісти зниклої особи вилучаються щоденники, записні книжки, листування, групові фотографії з його присутністю й інші документи, вивчення яких може вказати на причини зникнення і напрямок пошуків зниклого, а також на об'єкти, які забезпечать надалі виробництво ідентифікаційних досліджень, фотознімки потерпілого, предмети з відбитками його пальців, зразки волосся, предмети одягу, що складають єдиний комплекс з одягом, який був на ньому в момент зникнення, і т. ін. Звертається увага на наявність у приміщенні документів, особистих речей і предметів побуту, які повинні були б знаходитися при потерпілому, якби він був живий.

Після закінчення огляду за наявності інформації про вбивство потерпілого за місцем його проживання, а так само у випадку виявлення в ході огляду ознак злочину, проводиться обшук для виявлення схованих слідів, знарядь убивства й інших речових доказів у цьому житлі, надвірних будівлях і на присадибній ділянці. Пошуки при цьому спрямовані в першу чергу на виявлення слідів крові й інших слідів біологічного походження, що, як правило, у значній кількості утворюються на місці події при здійсненні і прихованні убивства. Зазначені сліди можуть бути виявлені на стінах приміщення, на меблях та інших предметах обстановки, у пазах між дошками підлоги, за плінтусами. При розчленовуванні трупа сліди крові, частки тканин організму можуть зберегтися у фільтрах-відстійниках раковин, з'єднаннях зливальних труб ванн і унітазів, куди зливалася кров потерпілого. Якщо труп був знищений шляхом спалювання в печі, то в попелі шляхом його просіювання можуть бути виявлені залишки незгорілих кісток. Особлива увага в ході обшуку приділяється обстеженню об'єктів, які несуть ознаки приховання (знищення) слідів, – ділянок стін з переклеєною шпалерою, вичищених м'яких меблів і т. ін.

За результатами обшуку можуть бути призначені судово-медична, судово-біологічна і криміналістична експертизи. У разі потреби проведення пошуків трупа на значній території (у полі, у лісі) до здійснення цього заходу можуть бути притягнуті представники громадськості. При виявленні трупа він пред'являється для упізнання особам, які добре знали потерпілого. Якщо з якихось об'єктивних причин проведення такого упізнання неможливе, ідентифікація особистості потерпілого здійснюється за допомогою судово-медичної, судово-біологічної, фотопортретної, дактилоскопічної й іншої експертиз. Винними в скоєнні вбивств, пов'язаних зі зникненням людини, нерідко виявляються особи, близькі потерпілому і такі, що проживали разом із ним. Їхні допити як підозрюваних (обвинувачуваних) будуються з врахуванням того, що ці особи раніше допитувалися про обставини зникнення потерпілого як свідки. Ефективним засобом перевірки фактів, які повідомляються цими особами в ході допитів, служить перевірка їхніх свідчень на місці події.

Ця повідомлення, поза сумнівом, не вичерпує всього переліку проблем зазначеної категорії вбивств. Автор намагається привернути увагу вчених і практиків до спільної наукової розробки необхідних ефективних заходів, спрямованих на швидке і повне розкриття цього виду вбивств.

**ПРО РОЛЬ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ У СИСТЕМІ  
МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВА****О. Калужна***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Формуючи криміналістичну методику розслідування фальшивомонетництва, не обійтися без теоретичних напрацювань про роль та призначення криміналістичної характеристики виду злочинів, які служать не тільки теоретичною та інформаційною базою, підґрунтям для її розробки, а й визначатимуть її практичну функціональну спрямованість, структуру і зміст.

Питання про практичне призначення криміналістичної характеристики виду злочинів в окремій методиці розслідування видається корінним, бо ж загальновідомо, що виготовляючи певну річ, для надання їй конкретної будови і властивостей слід виходити з її майбутнього функціонального використання.

Усі криміналісти відводять криміналістичній характеристиці місце відправного компоненту у структурі окремої методики розслідування та сходяться у своїх поглядах, хоча й у різній редакції, що з її врахуванням повинні розроблятися методичні рекомендації по розкриттю і розслідуванню злочинів. Криміналістична характеристика розглядається як система, що становить сукупність узагальнених типових відомостей про криміналістично значущі ознаки аналогічних злочинів. Її називають своєрідним заздалегідь сформульованим "еталоном", "трафаретом" вчинення аналогічних злочинів, який накладається на вихідні дані розслідуваного злочину, якщо вихідна інформаційна обстановка конкретної події збігається з типовою, з метою визначення напрямку розслідування та конструювання індивідуальної методики.

Неузгодженість поглядів стосовно практичного використання криміналістичної характеристики в окремих методиках виявляється у таких моментах. *По-перше*, за криміналістичною характеристикою виду злочинів закріплюється тільки роль основи, певного фундаменту для побудови системи типових версій і тільки. Р.С. Белкін відзначав, що криміналістична характеристика **як щось ціле, як єдиний комплекс**, має практичне значення лише в тих випадках, коли встановлені кореляційні зв'язки і залежності між її елементами, які мають закономірний характер та виражені в кількісних показниках, які можуть бути підставою для побудови типових версій у конкретних справах. *В цьому і тільки в цьому*, на погляд автора, *полягає практичне значення криміналістичної характеристики як цілого*. Позицію Р.С. Белкіна підтримали провідні вітчизняні криміналісти М.В. Салтевський, В.К. Лисиченко, П.М. Кубрак, В.К. Чаюк, П.Д. Біленчук, А.В. Старушкевич, В. Журавель, Г.А. Матусовський, В.Ю. Шепітько. В.П. Бахін та Б. Лук'янчиков до того ж підкреслюють, що без даних які відображають закономірні взаємозв'язки ознак певного виду злочинів, криміналістична характеристика залишається теоретичною концепцією криміналістики, що не використовується практикою.

Проте, не слід сприймати наведене твердження Р.С. Белкіна буквально, відірвано від інших його поглядів, як це роблять певні автори. Адже Р.С. Белкін, як і деякі інші авторитетні вчені, настирливо висловлювався за поглинання криміналістичною характеристикою предмету доказування. Враховуючи таке особливе тлумачення, автор надавав криміналістичній характеристиці ширшого значення – бути орієнтиром як для побудови версій, так і для конкретизації завдань розслідування відповідно до предмету доказування. Виходячи з наявних у слідчого об'єму і змісту вихідної інформації, типових версій, завдань розслідування, слідчий визначає напрями розслідування у найзагальніших рисах ще до проведення початкових слідчих дій і на цій основі планує свою роботу на початковому етапі розслідування. Отже, у своєрідній інтерпретації Р.С. Белкін не відкидав, що криміналістична характеристика враховується для визначення напрямів розслідування.

У світлі викладеного, ми підійшли до *другого* напрямку використання криміналістичної характеристики виду злочинів (Н.А. Колесніченко, В.А. Коновалова, В.А. Образцов, В.В. Радаєв, В.Ю. Шепітько, В.Ф. Єрмолович, Н.С. Чурилов) – це перевірка (типових і робочих) слідчих версій, в тому числі виявлення злочинів, на основі використання відомостей про механізм слідоутворення. Криміналістична характеристика виступає змістовною основою логічного аналізу типових слідчих ситуацій, результатом якого є типові слідчі версії і типові переліки доказових фактів (виведені наслідки із версій). Результатом цього аналізу є уявлення суб'єкта доказування про матеріальні та

ідеальні сліди, які мали б існувати у навколишній обстановці. Всі об'єкти, які задіяні при вчиненні злочину, беруть участь у відображувальному процесі, що призводить до зміни їх стану, якості, кількісних та інших показників, тобто до появи слідів про злочин. Описання у криміналістичній характеристиці типових результатів застосування певного способу підготовки, вчинення і приховання злочину, детермінованих умовами навколишнього середовища та властивостями особи злочинця, тобто залишених від його використання слідів, і місць, де ці сліди найвірогідніше можуть бути виявлені, є базою для визначення сукупності доказових фактів як засобу перевірки версій та більш цілеспрямованої роботи по їх пошуку та збиранню шляхом проведення відповідних слідчих дій (призначення судових експертиз, допиту свідків, огляду і т. д.), які наповнюються конкретною спрямованістю на підтвердження чи спростування тих чи інших доказових фактів.

Окрім вже проаналізованих нами перших двох напрямів І.Ф. Герасимов, В.Ф. Єрмолович В.А. Образцов, С.Н. Чурилов виділяють ще *третій*: узагальнені відомості, що містяться у криміналістичній характеристиці допомагають сформувати типовий перелік (коло) доказових фактів (окремий предмет розслідування), які підлягають встановленню по певній категорії кримінальних справ. До того ж криміналістична характеристика дозволяє доповнити перелік обставин предмету доказування так званими допоміжними (проміжними) фактами, які не входять у коло предмету доказування, однак їх практична значимість визначається тим, що встановлені допоміжні факти і обставини предмету доказування дозволяють мисленно відтворити цілісну картину досліджуваного діяння в повному об'ємі. Крім того, допоміжні факти використовуються в якості засобу встановлення невідомих елементів предмету доказування, які знаходяться з ними у закономірному зв'язку. Отже, у криміналістичній характеристиці по суті в узагальненому вигляді представлені доказові і допоміжні факти, які з точки зору процесу доказування виражають зв'язки між фактичними даними (доказами), що фіксуються у їх джерелі (живій особі, документі, предметі і т.д.) і конкретними обставинами, що мають значення для встановлення істини по справі. При цьому про типові доказові факти С.Н. Чурилов пропонує вести мову на двох рівнях: перший – наявність слідів злочинної події і злочинця, другий – причини, які викликали появу цих слідів у навколишній обстановці. Отже, в окремих методиках на основі криміналістичної характеристики можна визначити доказову частину предмета розслідування.

І нарешті, на базі криміналістичної характеристики виду злочинів можуть успішно розвиватися не тільки методика розслідування, але також спеціальні для даного виду злочинів тактичні прийоми і технічні засоби розслідування.

Висновки: 1) криміналістична характеристика злочинів має загальнокриміналістичне значення; 2) вона повинна пронизувати весь зміст методики розслідування, використовуватися для обґрунтування тих чи інших окремих рекомендацій; 3) найбільш повно і точно практичне призначення криміналістичної характеристики можна подати в такій редакції: підвищення ефективності розробки і використання рекомендацій для аналізу слідчих ситуацій, побудови і перевірки версій, планування розслідування, організації і тактики проведення окремих слідчих дій, ревізійних чи інших заходів, тактичних операцій і комбінацій, взаємодії слідчого з органами дізнання, використання допомоги громадськості, а також інших окремих завдань виявлення, розкриття, розслідування і попередження злочинів.

## СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА

### ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ В КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЙОГО ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ

*М. Микієвич*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

У зв'язку із визначенням Україною стратегічної мети своєї зовнішньої політики – повноправного членства в Європейському Союзі (ЄС) та вдосконаленням договірно-правових механізмів співпраці між ними із врахуванням реалій майбутнього розширення ЄС, особливої ваги в вітчизняній науці міжнародного права набувають проблеми міжнародної правосуб'єктності Європейського Союзу та трансформації його правової природи.

Справді, Європейський Союз являє собою унікальне політико-правове явище, яке не має аналогів у світі. У самому тексті Договору про ЄС немає чіткої дефініції його правової природи. Ст.1 (колишня ст.А) Договору про ЄС лише вказує, що: "На підставі даного Договору, Високі Договірні Сторони засновують Європейський Союз..."

Для правової природи Європейського Союзу властивим є поєднання двох форм: інтеграції (у цьому випадку ми маємо на увазі наддержавні органи цього утворення) та співробітництва між державами. Це відображено у ч.3 ст.1 Договору про ЄС, яка зазначає, що: "...Союз засновується на базі Європейських Співтовариств, що доповнюється сферами політики і формами співробітництва згідно з даним Договором. Його завдання полягає в налагодженні на засадах системності та солідарності відносин між державами-членами та їх народами".

Складність позиції щодо правової природи ЄС, труднощі у її визначенні, визнається навіть Судом ЄС, який обмежується з цього питання загальними сентенціями типу: "ЄС – це новий правопорядок", однак також не розкриває зміст цього поняття.

Більше того, в правових актах ЄС відсутнє визначення остаточного стану, тобто кінцевої мети європейської інтеграції, що зумовлює часті суперечки на науковому і офіційному рівнях між прихильниками різних концепцій подальшого розвитку ЄС.

У цілому, виділяють дві основні позиції:

- федеративна держава – союз держав;
- "Сполучені Штати Європи" – Європа, як спільнота національних держав.

У цьому ракурсі варто також враховувати федеративні і конфедеративні ознаки Європейського Союзу.

В контексті дослідження правових аспектів зовнішніх зносин Європейського Союзу особливо важливою видається проблема співвідношення міжнародної правосуб'єктності Європейських Співтовариств і Європейського Союзу. У зв'язку з цим, необхідно розмежовувати правосуб'єктність Європейських Співтовариств, як складової частини ЄС, і, власне, Європейського Союзу.

Стосовно правосуб'єктності Європейських Співтовариств, то згідно ст.281 (колишньої ст.210) Договору про заснування Європейського Співтовариства: "Співтовариство є юридичною особою".

В ряді рішень Суду ЄС (зокрема, "Costa-Enel", "ERTA") також визнається, що у зовнішніх зносинах Співтовариство має правоздатність встановлювати договірні відносини з третіми країнами з ряду питань, які визначаються в договорах.

Основними елементами вияву міжнародної правосуб'єктності Європейських Співтовариств можна назвати:

- Договірна правоздатність (укладення міжнародних договорів з третіми країнами, міжнародними організаціями). Міжнародні договори становлять важливу частину права Європейських Співтовариств. Їх договірна правоздатність впливає не тільки із явно виражених положень установчих договорів (наприклад, ст.ст.133, 300, 310- колишні ст.ст.113, 228, 238 Договору про заснування Європейського Співтовариства), а й з інших



договірних положень і актів, які приймаються органами ЄС. Стосовно співпраці ЄС з іншими міжнародними організаціями, то діють багато положень щодо необхідності підтримання відповідних відносин з ними: з ООН та її спеціалізованими установами (ст.302 – колишня ст.229 Договору про заснування Європейського Співтовариства); з Радою Європи (ст.303 – колишня ст.230); з Організацією економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) (ст.304 – колишня ст.231).

- "jus communicandi" – "право посольства" (як пасивне, так і активне). Пасивне право посольства визнається в ст.17 Протоколу про привілеї та імунітети Співтовариства. На даний момент більше 150 держав світу мають дипломатичні місії при Європейських Співтовариствах. На правах посольства в Україні діє представництво Комісії ЄС.
- Здатність нести міжнародну відповідальність перед іншими суб'єктами міжнародного права, а також висувати міжнародні претензії при порушенні прав чи заподіянні шкоди.

Більш складним є питання про міжнародну правосуб'єктність Європейського Союзу як окремого утворення.

З одного боку, хоча кожне з Європейських Співтовариств володіє міжнародною правосуб'єктністю, проте, згідно із ст.49 Договору про Європейський Союз: "...будь-яка європейська держава, що визнає і поважає принципи визначені у ст.6(1), може звернутися із проханням про прийняття її в члени Союзу..." А умови приєднання цієї держави до договорів, на яких базується Союз, є предметом угод між державами-членами Союзу і державою-засновником, тобто вже після прийняття в члени Союзу, держава бере участь в Європейських Співтовариствах шляхом приєднання до їх установчих договорів.

Проте, лише сам аспект єдиного членства в Європейському Союзі і Європейських Співтовариствах не наділяє, все-таки, Союз міжнародною правосуб'єктністю і жоден з установчих договорів (в т.ч. Маастрихтський і Амстердамський не вирішили цього питання). В Проекті Договору про встановлення Конституції для Європи 2003 року держави-члени ЄС вже зробили спробу формалізувати ознаки Європейського Союзу як юридичної особи та наділити його правосуб'єктністю (зокрема, ст.6 Проекту), проте, згаданий Проект через неузгодженість ряду позицій не був прийнятий.

З погляду національного права, Європейський Союз, на відміну від Співтовариств, не набуває правоздатності юридичної особи і у внутрішніх правопорядках держав-членів. Все це ще раз підкреслює, на даний момент, юридичну невизначеність статусу цього нового об'єднання у міжнародно-правовій системі, яке перебуває у постійному і динамічному розвитку.

**ДЖЕРЕЛА ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ:  
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ***Л. Луць**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Результатом втілення ідеї європейської єдності на сучасному етапі розвитку Європи є правова система Європейського Союзу. Як і в інших правових системах, норми права ЄС об'єктивуються у певних зовнішніх формах (джерелах) права.

Система джерел права Євросоюзу має внутрішню ієрархічну будову з поділом на "первинне" та "вторинне" право. Дещо самостійне положення у цій системі займає третя група – джерела прецедентного права, які мають ознаки як "первинного", так і "вторинного" права.

Низка проблем щодо джерел права Європейського Союзу висвітлювалася у працях: А.Дмитрієва, В.Денисова, Л.Ентіна, А.Капустіна, С.Кашкіна, В.Муравйова, М.Мікієвича, В.Опришка, А.Татама, Б.Топорніна, Т.Хартлі та ін. Проте загальнотеоретичні аспекти функціонування джерел права Євросоюзу є малодослідженими.

До джерел "первинного" права відносяться: установчі договори Євросоюзу; договори, якими вносяться поправки до установчих договорів; протоколи до установчих договорів; договори про приєднання, укладені з державами-кандидатами щодо входження в Союз; спеціальні рішення Ради (про внесення поправок до установчих договорів), які підлягають ратифікації в державах-учасниках.

Джерелами "вторинного" права є регламенти, директиви, рамкові рішення, особливі нормативні рішення (*sui generis*), нормативні орієнтири. До джерел "вторинного" права відносяться також міжнародні договори Європейських співтовариств чи Євросоюзу з "третьми країнами" чи міжнародними організаціями; додаткові угоди та конвенції, що укладають держави-учасниці відповідно до установчих договорів; внутрішні регламенти, що регулюють діяльність органів Євросоюзу; індивідуальні рішення; загальні принципи, позиції, стратегії (акти політичного характеру у сфері зовнішньої політики, боротьби зі злочинністю тощо); міжінституційні угоди; рекомендації, висновки, декларації; акти спільних органів (до яких входять посадові особи Євросоюзу та "третьох країн", якими укладені угоди про асоціацію); акти представників урядів держав-учасниць, що прийняті у межах Ради чи Європейської Ради.

Джерелами права є і низка рішень Суду Європейських співтовариств (the Court of Justice) та Суду першої інстанції (the Court of First Instance).

Співвідношення між джерелами права Євросоюзу визначається за їхньою юридичною силою. Установчі договори, інші акти "первинного" права та рішення Судів Євросоюзу, що прийняті на їх основі, мають вищу юридичну силу щодо джерел "вторинного" права.

Установчі договори – це міжнародно-правові договори, на підставі яких створені та функціонують Європейські співтовариства та Європейський Союз. Вони є різновидом нормативно-правового договору і володіють такими юридичними властивостями, як: 1) вони є формально-обов'язковим волевиявленням держав-учасниць; 2) містять правила поведінки загального характеру, яке встановлене за взаємною домовленістю держав-учасниць; 3) забезпечуються державами-учасницями та Євросоюзом; 4) мають письмову та юридичну форму виразу; 5) поширюють свою дію у часі, просторі, щодо певного кола осіб; 6) мають юридичну силу.

Установчі договори Євросоюзу є безстроковими (за виключенням Договору про Європейське співтовариство з вугілля та сталі, який укладався терміном на 50 р. і припинив дію 23 липня 2002 р.). Ті норми установчих договорів, що мають чіткий, безумовний, несуперечливий характер і не потребують імплементації, мають пряму дію. Не володіють прямою дією норми-цілі, норми-завдання і деякі норми-принципи.

Дія установчих договорів Європейського Союзу у просторі пов'язується з територією держав-учасниць. І хоча Євросоюз не наділений суверенною владою по відношенню до цієї території, проте може регулювати відносини у цій сфері шляхом встановлення винятків та застережень. Отже, територія Європейського Союзу (територія держав-учасниць) завжди є потенційною просторовою сферою дії права ЄС, в межах, визначених установчими договорами.

Щодо суб'єктів, на яких поширюють дію установчі договори, такими є держави-учасниці; органи та посадові особи Євросоюзу; приватні (фізичні та юридичні) особи.

Установчими договорами чітко визначені межі предметної сфери – це лише ті суспільні відносини, на які поширюється юрисдикція ЄС.

Крім названих ознак, можна виокремити і ряд особливостей, що характеризують акти "первинного" права: фіксація міжнародно-правових норм; визначення правових основ Євросоюзу (за зразком основного закону в державах); врегулювання сфери інтеграційних відносин; ієрархічність актів "первинного" права за юридичною силою.

У співвідношенні договору про Європейські співтовариства (та актів, якими вносяться зміни і доповнення до нього) і Договору про Євроатом, пріоритет мають норми останнього, а норми першого мають вищу юридичну силу щодо Договору про Європейський Союз. Тобто таке співвідношення визначається на підставі правової аксіоми: спеціальна норма має перевагу над загальною.

Більш складною є проблема співвідношення за юридичною силою джерел "вторинного" права.

Найбільш значними та поширеними серед цих джерел права, є акти, які приймаються на підставі установчих договорів і у визначеному ними порядку. Вони відрізняються між собою як за зовнішньою формою, так і за юридичними властивостями.

У ст.249 Договору про Європейське співтовариство до актів, що приймаються інститутами Євросоюзу (Європарламент, Рада) відносяться рекомендації, висновки. У юридичній літературі регламенти, директиви та рішення називають нормативно-правовими актами ("законодавство співтовариства"). Хоча деякі автори застерігають щодо такої аналогії, так як незважаючи на подібність актів ЄС із законами держав-учасниць їх не можна ототожнювати (К.Д.Борхард, А.Я.Капустін). Проте, незважаючи на це у Проекті договору про конституцію для Європи до правових актів Євросоюзу віднесено: європейський закон, європейський рамковий закон, європейське рішення, європейське розпорядження, рекомендації та висновки, ці акти за своїми властивостями більше нагадують акти перераховані у ст.249 ДЄС.

Згідно до Договору про Європейське співтовариство регламент має загальний характер та пряму дію і є обов'язковим для держав-учасниць. Йому притаманні наступні юридичні властивості: 1) приймається відповідно до установчих договорів; 2) є формально обов'язковим волевиявленням компетентного суб'єкта (інституту Євросоюзу); 3) містить юридичну норму (правило поведінки загального характеру); 4) є обов'язковим для суб'єктів, поведінку яких регламентує; 5) має письмову та юридичну форму зовнішнього виразу; 6) діє у часі, просторі та щодо кола суб'єктів; 7) володіє юридичною силою.

Регламенти мають пряму дію (як "горизонтальну", так і "вертикальну" подібно до установчих договорів). Вони діють на території держав-учасниць Євросоюзу, створюючи уподібнені (єдині) правила поведінки для учасників правовідносин. Регламенти не потребують ратифікації, не можуть підмінятися правовими актами держави-учасниці і мають верховенство над національним правом. При цьому необхідно розрізняти нормативно-правові регламенти та правозастосовчі. І навіть нормативні регламенти, незважаючи на ознаки, які дозволяють охарактеризувати їх як нормативно-правові акти, за своєю юридичною природою вони залишаються односторонніми актами міжнародної організації – Євросоюзу. В західноєвропейській юридичній літературі регламенти розглядають як засіб нормативно-правової уніфікації, на відміну від директив, завдяки яким здійснюється нормативно-правова гармонізація, формуються загальні засади правового регулювання.

Директива є обов'язковою для держав-учасниць у відношенні очікуваного результату, але дозволяє їм вибрати форми та методи дії. Директива має такі юридичні властивості: загальнообов'язковий характер; містить юридичну норму; діє у часі, просторі та за певним колом суб'єктів; має юридичну силу та письмову і юридичну зовнішню форму виразу. Вона не потребує ратифікації, діє на всю територію Співтовариства. Головною відмінною ознакою директиви від регламенту є необхідність впровадження її приписів у національне законодавство. Імплементация директив здійснюється шляхом внесення змін у національне законодавство, прийняття нових законів та підзаконних актів у встановлений у директиві термін. І якщо держава-учасниця не відтворила положення директиви, які є точними та безумовними, у національному законодавстві, у встановлений термін, вони можуть мати пряму дію (щодо "вертикальних" відносин – індивід-держава). Директиви як і регламенти набирають чинності на 20-й день після опублікування в "Офіційному журналі Євросоюзу", якщо інше не встановлено в самому акті.

Аналогом директив є рамкові рішення, які приймаються у рамках співробітництва поліції та судових органів у кримінально-правовій сфері. На відміну від директив не мають прямої дії, але як і вони є засобом гармонізації.

Інколи у межах Співтовариства чи інших "опор" приймаються рішення, що мають нормативний характер (акти *suī generis*).

За юридичними властивостями подібними до нормативно-правових актів є орієнтири Європейського центрального банку, які мають обов'язковий характер для центральних банків держав-учасниць. Рекомендації та висновки не мають обов'язкового характеру.

Ієрархія джерел "вторинного" права базується на принципі "наступний акт має вищу силу ніж попередній".

Крім цього діють і спеціальні правила: 1) акти, що прийняті у межах першої опори та на підставі установчих договорів Співтовариств мають вищу юридичну силу щодо актів, які базуються на ДЄС (у рамках другої та третьої опор); 2) акти органів Євросоюзу мають пріоритет над додатковими угодами та конвенціями, що уклали держави-учасниці; 3) акти створені на підставі установчих договорів мають вищу юридичну силу щодо актів делегованої нормотворчості (наприклад, акти Комісії).

Важливу групу джерел права Євросоюзу складають рішення Суду Європейських співтовариств та Суду I інстанції. Здійснюючи офіційне тлумачення установчих договорів суди Євросоюзу виводять з них нові норми, що доповнюють "первинне" право. Встановлені судами правила є обов'язковими для національних судів.

Аналіз системи джерел права Євросоюзу дозволив з'ясувати юридичну природу актів Євросоюзу, сфери їх дії, властивості, деякі можливості їх реалізації у внутрішньодержавному праві, що є суттєвим для формування механізму взаємодії міжнародного та національного права.

## **РОЛЬ СУДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ВІЛЬНОГО РУХУ ТОВАРІВ НА ВНУТРІШНЬОМУ РИНКУ ЄС**

### *3. Мозіль*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Розуміння природи права ЄС – завдання досить складне в силу його унікальності, що зумовлена перш за все специфікою самого Європейського Союзу (далі – ЄС), який не "вписується" у складені стереотипи ні міжнародних організацій, ні національних державних утворень. Виникнувши як міжнародна організація, ЄС пройшов складний еволюційний процес, в ході якого перейняв деякі ознаки федеративних утворень. Як справедливо зазначають відомі фахівці в галузі європейського права Д. Лясок і Д. Брідж: "право ЄС не відповідає прийнятим класифікаціям права, воно одночасно міжнародне і національне, публічне та приватне, матеріальне та процесуальне, викладене в законодавстві та прецедентах. Це право *sui generis* і повинно прийматися як таке".

Однакове розуміння та застосування права ЄС, зокрема норм, що закріплюють правила поведінки держав в сфері торгівлі, забезпечує Суд ЄС та створений при ньому в 1988 р. Суд першої інстанції, функціонування яких є яскравим підтвердженням своєрідності природи ЄС та його права. Саме на Суд ЄС покладено завдання стояти на сторожі дотримання норм установчих договорів ЄС, цілей та принципів, що лежать в основі його діяльності.

Однак, Суд ЄС відіграє важливу роль не лише у застосуванні, але й у тлумаченні норм права ЄС. Так, відповідно до ст.234 Договору про ЄС Суд ЄС наділяється юрисдикцією щодо прийняття рішень за попереднім зверненням національних судів (преюдиційний порядок) з питань, що стосуються: тлумачення положень установчих договорів ЄС; чинності та тлумачення актів, що приймаються інститутами ЄС; тлумаченням статутів організацій, що створюються на основі акту Ради ЄС, якщо таке передбачено цими статутами. Отже, якщо одне із вище зазначених питань виникне перед будь-яким судом держав-членів ЄС і цей національний суд буде вважати за потрібне отримати роз'яснююче рішення Суду ЄС для прийняття власного рішення у даній справі, то такий національний суд може звернутися за попереднім рішенням до Суду ЄС. Саме в преюдиційному порядку Судом ЄС було прийнято ряд важливих рішень, зокрема щодо прямої дії норм установчих актів ЄС (у справі №26/62 *Van Gend & Loos*), чи верховенства права ЄС (у справі №6/64 *Costa/ENEL*).

Рішення, які приймаються Судом ЄС мають прецедентний характер, оскільки за аналогічних обставин, Суд ЄС приймає рішення аналогічне рішення, прийнятому у подібній справі. Одне з найбільш значних місць серед рішень Суду ЄС займають ті, які покликані сприяти досягненню цілей і завдань, пов'язаних із створенням Внутрішнього ринку ЄС та забезпеченню в його межах вільного руху товарів, осіб, послуг та капіталу.

Забезпечити фундаментальну свободу Внутрішнього ринку ЄС – вільний рух товарів, яка визначає режим торгівлі між державами-членами, важко за допомогою одних лише положень первинного права ЄС (установчих договорів). Положення Договору про ЄС формулюються досить стисло, закріплюючи заборону запровадження державами-членами у їх взаємній торгівлі мита, кількісних обмежень на імпорт чи експорт та будь-яких зборів еквівалентної дії. У зв'язку з цим весь тягар тлумачення та застосування цих положень, а відтак і визначення понятійного апарату, взяв на себе Суд ЄС.

Для прикладу можна навести справу №120/178 *Cassis de Dijon*, суть якої полягала в тому, що відомий французький лікер під цією ж назвою було заборонено продавати в Німеччині у зв'язку з невідповідністю німецьким нормам вмісту спирту – не менше 25%, в той час як французький лікер містив приблизно 17%. Суд ЄС визнав, що заходи Німеччини перешкоджали вільному руху товарів на Внутрішньому ринку ЄС (а отже становили порушення норм установчого договору) та сформулював правило, що стало імперативом для усіх держав-членів ЄС: "будь-який товар, що законно виробляється та продається в одній державі-члені, має бути допущений на ринок будь-якої іншої держави-члена". Серед інших важливих справ, що сприяли забезпеченню свободи торгових відносин на Внутрішньому ринку ЄС, рішення у яких стали прецедентними, можна виділити справи №8/74 *Dassonville* (дано визначення "заходів, що мають ефект еквівалентний кількісним обмеженням") та

№267, 268/91 Keck and Mithouard (визначено національні заходи, які не є дискримінаційними у торгівлі). Саме рішення Суду ЄС у цих "класичних" справах встановили основні "формули", на які держави-члени ЄС зобов'язані спиратися при здійсненні взаємних торгових відносин.

Важливо відзначити, що при вирішенні справ щодо порушення державами-членами свободи руху товарів Суд ЄС керується певними принципами. Одним із цих принципів є дотримання ієрархії нормативно-правових приписів, зміст якого полягає у тому, що Суд ЄС повинен застосовувати норму, яка має вищу юридичну силу. Можна виділити два аспекти цього принципу: внутрішній та зовнішній. Внутрішній аспект має місце тоді, коли виникає колізія між нормами права ЄС, в таких випадках норма первинного права має вищу юридичну силу ніж норма вторинного права. Своєю чергою зовнішній аспект полягає у ієрархічній підлеглості норми національного права нормі права ЄС.

Проте найчастіше Суд ЄС забезпечує усунення бар'єрів на шляху вільного руху товарів, застосовуючи принципи недискримінації та пропорційності. Останній, відповідно до п.3 ст.3 Договору про ЄС, передбачає, що держави-члени при досягненні своїх цілей не повинні виходити за межі, необхідні для такого досягнення. Так, у справі №11/70 Handelsgesellschaft йшлося про конфіскацію у торговця внеску в розмірі більшому, ніж один мільйон фунтів стерлінгів, на підставі того, що Комісія одержала його заяву на отримання експортної ліцензії на чотири години пізніше визначеного часу. В результаті Суд ЄС визнав конфіскацію такої суми за відносно незначне порушення явно диспропорційною.

Своєю чергою принцип недискримінації впливає з принципу рівності і означає, що до однакових ситуацій не можна ставитись диференційовано, за винятком випадків, коли таке диференційоване ставлення є об'єктивно виправдане (умовами публічного порядку, громадської моралі, здоров'я людей та ін. визначених ст.30 Договору про ЄС). Відмінність між національним законодавством держав-членів не створює сама по собі дискримінації, забороненої правом ЄС. Але в межах однієї національної правової системи забороняється диференціація між товарами вітчизняними та товарами інших держав-членів. Так, наприклад, справа №261/81 Rau стосувалася національних правил щодо упакування продукції. Бельгійське законодавство закріплювало вимогу, щоб маргарин продавався в упаковках прямокутної форми, для того, щоб його можна було відрізнити від масла. Це правило стосувалося в однаковій мірі як маргарину внутрішнього виробництва, так і імпортного. Проте виробникам, які імпортували маргарин в Бельгію було важко задовольнити такі вимоги без додаткових затрат, оскільки вони, як правило не упакували свій товар таким чином. У зв'язку з цим Суд ЄС визнав, що бельгійські вимоги порушують принцип недискримінації, перешкоджаючи, таким чином, вільному руху товарів однієї держави-члена ЄС на ринок іншої.

Зауважимо, що зазначені принципи є взаємозалежними (так, зокрема, порушення принципу пропорційності тягне за собою порушення принципу рівності), а їх дотримання державами-членами є необхідною умовою забезпечення вільного руху товарів на Внутрішньому ринку ЄС.

Отже, Суд ЄС виступає важливим органом Європейського Союзу, що стоїть на сторожі формування, утвердження та застосування права ЄС загалом та норм, що регулюють торгівлі відносини між державами-членами ЄС зокрема. Саме рішення Суду ЄС, які мають прецедентний характер, закріплюють важливі положення щодо забезпечення однієї з фундаментальних свобод Внутрішнього ринку ЄС – вільного руху товарів, а тлумачення Судом ЄС положень установчих договорів, що стосуються торгівлі на Внутрішньому ринку ЄС, та визначення ним понятійного апарату сприяють уніфікації національного торгового права держав-членів ЄС.

## АДАПТАЦІЯ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТА ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ВИМОГ ЄС І СОТ ЯК ШЛЯХ ДО ПІДВИЩЕННЯ РІВНЯ ЗАБЕЗПЕЧЕНОСТІ ПРАВ ЛЮДИНИ

*О. Юлдашев*

*Українська академія зовнішньої торгівлі*

**Постановка задач.** Термін "адаптація" позначає SAME ПРОЦЕС, процес пристосування одного об'єкту до іншого. Стосовно вимог ЄС мова йде про процес пристосування, який має відбуватися з законодавством. Щодо адаптації законодавства України до законодавства ЄС, то відповідні роботи були передбачені, як відомо, майже 10 років тому зовнішньоправовими (Угода про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами 1994 року, укладання, під егідою двосторонньої Угоди про партнерство та співробітництво, галузевих угод тощо) і внутрішньоправовими документами. Серед останніх – Указ Президента України від 11 червня 1998 року №615/98, яким було затверджено Стратегію інтеграції України до Європейського Союзу. Ця Стратегія визначила основні напрями співробітництва України з ЄС, серед яких провідне місце надано саме адаптації законодавства України до законодавства ЄС. Дано визначення адаптації ("адаптація законодавства України до законодавства ЄС полягає у зближенні із сучасною європейською системою права, що забезпечить розвиток політичної, підприємницької, соціальної, культурної активності громадян України, економічний розвиток держави у рамках ЄС і сприятиме поступовому зростанню добробуту громадян, приведенню його до рівня, що склався у державах – членах ЄС"), а також сформульовано її завдання. Зокрема, зазначено, що адаптація законодавства України передбачає реформування її правової системи та поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами і охоплює приватне, митне, трудове, фінансове, податкове законодавство, законодавство про інтелектуальну власність, охорону праці, охорону життя та здоров'я, навколишнє природне середовище, захист прав споживачів, технічні правила і стандарти, транспорт, а також інші галузі, визначені Угодою про партнерство та співробітництво. Крім того, визначено, що важливим чинником реформування правової системи України слід вважати участь України у конвенціях Ради Європи, які встановлюють спільні для цієї організації та ЄС стандарти.

Певне значення мало прийняття постанови Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 року №1496 "Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу", якою було схвалено цю концепцію, а центральним органам влади запропоновано покласти її положення в основу щорічних планів роботи з адаптації законодавства України до законодавства ЄС і забезпечити їх врахування під час здійснення заходів щодо реалізації Стратегії інтеграції України до вимог ЄС. Крім того, процеси адаптації законодавства відбуваються в Україні і в зв'язку з недалеким вступом її до СОТ. Члени СОТ також мають привести національне правове регулювання відносин в галузі торгівлі у відповідність з основним комплексом договорів системи ГАТТ-СОТ.

### **Результати адаптації законодавства до вимог ЄС і СОТ.**

До цих результатів належить, перш за все, антимонопольне законодавство. Воно ґрунтується на нормах, встановлених Конституцією України (Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монополією становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Види і межі монополії визначаються законом – ч.3 ст.42 Конституції), Законів України Про захист від недобросовісної конкуренції, Про захист економічної конкуренції, Про Антимонопольний комітет України, Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту, Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту, Про Єдиний митний тариф (так званий Антидемпінговий кодекс) та інших нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів.

Значна увага приділяється захисту конкуренції у нових Цивільному та Господарському кодексах України. Зокрема, у Господарському кодексі цим питанням присвячено низку статей (ст.ст.18-21, а також ціла глава – глава 28 "Відповідальність суб'єктів господарювання за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства").

За цими нормами захист конкуренції, антимонополізм визначаються як політика держави України, державна політика. Так, у ст.18 "Обмеження монополізму та сприяння змагальності у фері

господарювання", вказано, що держава здійснює антимонопольно-конкуренційну політику та сприяє розвитку змагальності у сфері господарювання на основі загальнодержавних програм, які затверджуються Верховною Радою України за поданням Кабінету Міністрів України (ч.1). Крім того, державна політика у сфері економічної конкуренції, обмеження монополізму в господарській діяльності та захисту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції здійснюється уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Органам державної влади та органам місцевого самоврядування, їх посадовим особам забороняється приймати акти та вчиняти дії, які усувають конкуренцію або необґрунтовано сприяють окремим конкурентам у підприємницькій діяльності, чи запроваджують обмеження на ринку, не передбачене законодавством (ч.ч.2, 3).

Стаття 251 Господарського Кодексу передбачає накладання штрафів за порушення антимонопольно-конкуренційного законодавства; стаття 252 – адміністративну відповідальність громадян-підприємців та посадових осіб; стаття 253 – вилучення незаконно одержаного прибутку (доходу), а стаття 255 – відшкодування збитків. Крім того, в Україні прийнято ряд законодавчих актів в сфері митного, податкового права, права на інтелектуальну власність, навколишнє природне середовище, захист прав споживачів і ін., які повністю відповідають законодавству ЄС, гармонізовані з ним, а також відбулося приєднання нашої держави до низки міжнародних конвенцій, що і вимагали від нас європейські партнери.

**Адаптація державного управління до вимог СОТ і ЄС.** Поряд з адаптацією законодавства України до вимог ЄС та СОТ, мова повинна йти й про пристосування державного управління, адаптацію діяльності органів державної виконавчої влади до вимог ЄС. При цьому мова йде про відповідні процеси державотворення як на етапі переходу (перехідному етапі) до міжнародної (СОТ) та європейської (ЄС) спільнот, так і в період майбутнього функціонування України в їх адміністративному просторі, як про трансформацію існуючих, так і створення нових органів влади, як зміну існуючих функцій управління так і виконання нових.

Стосовно перехідного етапу до СОТ та підготовки до вступу до ЄС. На цьому етапі, зокрема, Міністерство економіки трансформовано у Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції (МЕСІ), створено Державну Раду з питань Європейської і євроатлантичної інтеграції України, Міжвідомчу раду адаптації законодавства, Державну міжвідомчу комісію з питань упровадження в законодавство України норм і стандартів Ради Європи, Міжвідомчу комісію міжнародної торгівлі та ін.

Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції здійснює провадження та координацію торговельної політики і несе основну відповідальність за неї. В той же час інші міністерства з обов'язками в сфері економіки теж мають у своєму складі власні структури з питань міжнародної торгівлі. МЕСІ відповідає за формування загальнонаціональної торговельної політики, підготовку політико-правових пропозицій уряду стосовно торгівлі, а також за остаточне затвердження будь-яких документів, які подаються урядом до Секретаріату СОТ.

Центральним підрозділом МЕСІ щодо координації торгової політики є департамент багатосторонньої економічної співпраці (БЕС). БЕС організовує роботу Міжвідомчої комісії з питань вступу України до СОТ, яка уявляє собою орган високого рівня (очолюється віце-прем'єром і має повноваження давати рекомендації стосовно питань торгівлі Кабінету Міністрів та Президенту України.

В складі Комісії – вищі представники усіх міністерств, які відповідають за ті чи інші питання торгівлі, Національного банку України, голови або заступники голів чотирьох комітетів Верховної Ради та представники Інституту правової інформації ім. Ярослава Мудрого. Засідання Комісії проводяться в разі потреби, а не згідно з фіксованим графіком. Наприклад, з приводу узгодження політики перед зустріччю Робочої групи з питань вступу України до СОТ, якщо існує необхідність вирішення серйозних політичних розбіжностей між зацікавленими міністерствами, або для узгодження на вищому рівні термінів подання документів до СОТ.

Комісії допомагає в роботі Експертна група нижчого рівня, яка складається з працівників задіяних міністерств, її знову ж таки організує БЕС, і вона вповноважена ухвалювати рішення (головним чином з питань практичної діяльності), які не потребують ухвалення на рівні Комісії. Зазвичай Експертна група проводить засідання один-два рази на місяць і, як правило, після засідань Робочої групи в Женеві або у зв'язку з підготовкою до двосторонніх переговорів з членами СОТ. Засідання скликаються за ініціативою секретаріату, але будь-яке міністерство чи департамент, члени якого включені до Експертної групи, можуть вимагати скликання засідання.



Проекти правових актів для Комісії зазвичай готує БЕС. В ідеальному варіанті всі документи спочатку розглядає Експертна група нижчого рівня, але це не завжди можливо у зв'язку з часовими обмеженнями. Після того, як документи роздаються членам Комісії, для них проводять брифінги урядовці з відповідних міністерств або установ. Якість таких брифінгів, а отже й внесок окремих членів Комісії у підготовку правових актів належного рівня дуже різні: деякі добре поінформовані, інші – погано.

Згідно з відповідною постановою Кабінету Міністрів, БЕС перевіряє всі законопроекти з економічних питань і питань регуляторної політики, які подаються урядом до Верховної Ради на предмет їх відповідності угодам СОТ. На практиці така перевірка відбувається не на етапі самої підготовки проектів рішень, а вже на заключній стадії – коли проект є готовим, оскільки інші міністерства мають власних радників з питань СОТ.

Крім БЕС в МЕСІ є ще ряд підрозділів, які відповідають за міжнародну торгівлю, гармонізацію національного законодавства з правилами СОТ. Особливо слід відмітити Департамент торговельних обмежень та недобросовісної конкуренції, який працює над антидемпінговими, компенсаційними та захисними заходами. При цьому до його повноважень входять як справи, що порушила Україна, так і порушені проти України.

Міністерство промислової політики співпрацює з міністерствами у багатьох країнах, а також з Європейською Комісією з галузевих питань, зокрема, автомобільне виробництво та сталь. Це міністерство веде також переговори з Європейським Союзом про торгівлю текстильними виробами (йдеться про переговори з ЄС щодо визначення принципів торгівлі текстильними виробами згідно з окремою угодою між Україною та ЄС, укладеною під егідою двосторонньої Угоди про партнерство та співробітництво. З 26 березня 2001 року ЄС скасував квоти на імпорту українських текстильних виробів в обмін на зобов'язання України привести свої власні тарифи на текстильні вироби у відповідність з тарифами ЄС. Ця угода чинна до 31 грудня 2004 року, але згідно з домовленістю сторін вона буде переглянута після того, як Україна вступить до СОТ. Заходи відповідно до угоди між Україною та Європейським Союзом про торгівлю текстильними виробами відбуваються в контексті багатосторонньої економічної співпраці.

Щодо нових функцій управління в інших центральних органах виконавчої влади. Міністерство транспорту бере участь у різноманітних міжнародних дискусіях щодо транспортних питань (але не тих питань транспортних послуг, що пов'язані з СОТ, ними опікується МЕСІ). Міністерство фінансів та Національний банк мають різноманітні контакти з багатьма країнами, в тому числі Членами СОТ та ЄС, та беруть участь в дискусіях з міжнародних фінансових питань.

Роботу щодо питань, пов'язаних з зовнішньою торгівлю, в рамках своєї спеціалізації проводять інші міністерства і відомства: Міністерство аграрної політики, Міністерство фінансів, Нацбанк України, Державна митна служба, ДПА, Міносвіти і науки і т.д.

Певний внесок у міжнародну торговельну політику можуть зробити і роблять наукові установи та економічні урядові та неурядові організації в Україні. Йдеться про:

- Національний дослідно-інформаційний центр моніторингу міжнародних товарних ринків (ДержЗовнішІнформ-ДЗІ);
- Інститут Схід-Захід (ІСЗ);
- АГТ Консалтинг Груп (АГТ);
- Інститут економічних досліджень та політичних консультацій (ІЕДПК);
- Інститут ринкових відносин в машинобудуванні та військово-промислового комплексу "УкрІрмаш";
- Міжнародний центр політичних досліджень (МЦПД);
- Інститут проблем законодавства імені Ярослава Мудрого (ІПЗЯМ)
- Національний інститут стратегічних досліджень (НІСД).

ДЗІ організований переважно на галузевих засадах. Працюючи сьогодні на тримовній основі (українська, російська та англійська), він проводить систематичний збір промислових та ринкових даних, які стосуються як вітчизняних, так і міжнародних ринків. Його регулярні аналізи ринку та промисловості передаються Урядові України безкоштовно, а також продаються більш як трьома тисячам приватних передплатників, серед яких українські та іноземні підприємства та уряди інших країн. ДЗІ видає кілька статистичних періодичних видань, а також основний перелік експортних та імпортних компаній в Україні, які на сьогоднішній день представлені у друкованому, Інтернет та CD-Rom форматах.

*АГТ Консалтинг Груп* – приватна організація, заснована у 1998 році як незалежний "мозковий центр". АГТ проводить дослідження та надає консультаційні послуги в сфері економічного та політичного аналізу, зв'язків із громадськістю (PR), ЗМІ, програм технічної допомоги, професійної та спеціалізованої підготовки кадрів, спрямованої на підвищення ділової ефективності. Головним завданням АГТ є проведення незалежного аналізу найважливіших для України питань, що дозволяє розробникам політичного курсу на центральному та місцевому рівнях приймати зважені рішення з метою підвищення рівня життя в Україні та її перетворення на високорозвинену державу. Хоча головну увагу АГТ зосереджує на внутрішніх питаннях України, організація докладає значних зусиль, щоб поліпшити конкурентноздатність України в глобалізованому світі. Разом з МЕСІ та іншими партнерами АГТ провела низку одноденних регіональних семінарів для бізнесменів на тему вступу України до СОТ.

*Інститут імені Ярослава Мудрого* – приватна організація, яка, однак, отримала особливе офіційне визнання. Цей інститут – єдина організація поза Урядом та Парламентом, яка представлена в Міжвідомчій комісії з питань вступу України до СОТ. Він є також членом Консультативної ради Верховної Ради з питань вступу України до СОТ. Інститут працює, головним чином, у сфері економічного та податкового законодавства, хоча він поширив сферу своєї діяльності на питання місцевого фінансування та соціальної політики. Інститут регулярно надає консультації щодо проектів законів, переважно, але не лише у випадках, коли проект, який був поданий на розгляд до Верховної Ради, надсилається після першого читання для детальної перевірки в комітет. Коментарі Інституту передаються на розгляд до Верховної Ради в цілому, але він надає також поради окремим депутатам для використання їх у дебатах. 2000 року Інститут проблем законодавства імені Ярослава Мудрого провів вивчення всіх пов'язаних з СОТ законів України, і надав рекомендації щодо роботи над ними. ПЗЯМ здійснює аналіз та надає критичні зауваження стосовно нинішніх проектів законів, пов'язаних зі вступом в СОТ, які подаються на розгляд до МЕСІ.

Решта – дослідні структури, зосереджені на національних та міжнародних економічних дослідженнях, кожен у своїй пріоритетній сфері.

Вивчення функцій і практичної роботи державних органів та інших організацій щодо входження України до СОТ, свідчить про те, що стосовно цієї задачі їх функції в тій чи іншій мірі якось координуються, спрямовуються. В той же час установи, яка задавала б в цілому методологію інтеграції України у європейський простір, створення в економіці конкурентного середовища, конкурентного права, розробляла б єдині методологічні засади здійснення законотворчої і регуляторної політики, координувала б зусилля всіх органів і організацій в напрямку інтеграції України у відповідні регіональні і міжнародні організації – немає. Звідси наша пропозиція: **розробити відповідні вимоги до вказаних методологічних засад, тобто сформулювати свого роду технічне завдання на розробку відповідних нормативних актів, моделей організаційних структур та визначити, на тендерній основі, організацію (не обов'язково державну, можливо, це міг би бути творчий колектив вчених та практиків), яка б за певні кошти, здійснювала б відповідні роботи в рамках відповідного проекту. Головною метою такого проекту мало б бути вирішення сьогоденних проблем адаптації законодавства України і державного управління до вимог СОТ та ЄС.**

**Проблеми адаптації законодавства України і державного управління до вимог СОТ ЄС.** Розглядаючи проблеми адаптації законодавства України і державного управління до вимог СОТ та ЄС, обмежимося лише питаннями економічної політики. Цей напрямок політики держави є одним з найважливіших з точки зору вступу до СОТ і ЄС, оскільки метою функціонування Європейського Співтовариства є саме спільний ринок.

Оцінюючи, в цілому, стан гармонізації законодавства України з точки зору процесу (як розробки низки загальних і спеціальних законопроектів, так і приєднання до міжнародно-правових документів), – можна визнати його як задовільний. В той же час в економіці України конкурентне середовище не створене, більшість з наведених і інших законодавчих положень, що захищають конкуренцію, практично в Україні **не діють**.

В нашій державі процвітає монополізм у найбільш прибуткових галузях (продаж пального – практично усі АЗС належать лише двом компаніям; будівництво житла – багатоповерхових споруд тощо), продовжують діяти протекціоністське законодавство у ряді галузей народного господарства, яке передбачає бюджетне фінансування, (субсидування) національних підприємств-виробників, що спотворює конкуренцію. Зокрема, законами України "Про стимулювання виробництва в Україні" (від 19.09.97), "Про державну підтримку суднобудівної промисловості" (від 23.12. 97), "Про заходи щодо

державної підтримки суднобудівної промисловості в Україні" (від 18.11.99), "Про проведення економічного експерименту на підприємствах гірничопромислового комплексу" (від 14.07.99) "Про визнання бронетанкової галузі однією з пріоритетних у промисловості та заходи щодо надання їй державної підтримки" (від 11.01.2001), "Про державну підтримку літакобудівної промисловості в Україні" (від 12.07. 2001), Про заходи за Програмою "Українське вугілля" (постанова Кабінету Міністрів від 19.09. 2001) "Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001-2004 роки" (від 18.01.2001) і ін. Передбачається субсидування виробника, що спотворює умови конкуренції.

А це якраз те, що за правилами СОТ і законодавством ЄС вважається суттєвим правопорушенням. Не випадково проти нашої країни все частіше порушуються антидемпінгові процеси, які вирішуються, як правило, не на користь України. За роки незалежності проти нашої держави було порушено загалом більш як 80 антидемпінгових справ та щодо захисних заходів, більша частина яких мала наслідком запровадження санкцій проти українського експорту. Держава несе великі збитки від програшів антидемпінгових процесів, застосування до неї компенсаційних та інших спеціальних заходів. А головне – страждають споживачі, населення України.

Наші управлінці, виховані на соціалістичних традиціях, ще й досі не можуть зрозуміти різницю в державній підтримці галузей і підприємств, яка здійснюється в країнах з ринковою економікою і у нас. Наводять приклади, що скажімо, сільське господарство одержує державну підтримку і в Сполучених Штатах, і в країнах-членах ЄС. Так, це правильно. Але ж підтримка у "них" докорінно відрізняється від підтримки у нас. У нас управління розвитком підприємств, галузей, продовжуючи традиції соціалістичного минулого, направлене на використання заходів, що безпосередньо впливають на цінову пропозицію. Це, насамперед, надання різноманітних ресурсів за демпінговими цінами, податкових пільг, списання кредиторської, податкової заборгованості і ін. У "них" – заходи підтримки, які не спотворюють конкуренції. Це розвиток інфраструктури, допомога відсталім регіонам, підтримка доходів фермерів та соціальні виплати, фінансування програм науково-дослідних робіт у відповідній галузі, підготовки кадрів, охорони навколишнього середовища тощо.

Указом Президента України від 5 лютого 2002 року №104 передбачено заходи і зміни до законів, які потрібні, щоб Україна відповідала вимогам СОТ. В нашій країні не менше семи організацій потенційно претендують на виконання функцій щодо перевірки проектів законів та наказів (йдеться про економічні та пов'язані з торгівлею закони) на їх ВІДПОВІДНІСТЬ стандартам Світової організації торгівлі. І це без урахування тих відомств, які є авторами проектів, а також і тих, що аналізують проекти вже за дорученням Верховної Ради. Ця сімка включає Адміністрацію Президента (вона перевіряє всі проекти законів в Україні, перш ніж їх підписує Президент), кілька міністерств, зокрема, МЕСІ, представників промисловості (УСПП та Державний комітет підтримки підприємництва), а також Інститут проблем законодавства імені Ярослава Мудрого. Однак це не заважає продовженню протекціоністської антиконкурентної політики з боку уряду, вигідної українським монополістам (зняття мита з поставок палива, коли монополісти-постачальники, без будь-яких підстав, підвищують його ціну у період сівби або збирання врожаю, поставок зерна у нинішньому неврожайному році тощо).

Все це свідчить про те, що в економіці країни процвітає монополізм, ще **не створено** (і не створюється) **конкурентне середовище (конкурентне право)**. Хоча і існує Указ Президента України від 5.02.02 №104 "Про програму заходів щодо завершення вступу України до Світової організації торгівлі", що передбачає достатньо великий обсяг робіт, який Україна має здійснити, щоб після вступу бути готовою дотримуватись зобов'язань СОТ.

Важливість вирішення проблеми створення економічної конкуренції, конкурентного права обумовлюється тим, що її існування, по перше, не дозволяє визнати нашу країну країною з ринковою економікою з усіма наслідками, що звідси випливають. По друге ця проблема заважає вступу до СОТ і ЄС. І, по третє, вона суттєво шкодить інтересам споживача, забезпеченню прав людини в Україні.

#### **Методологічний інструментарій вирішення проблеми.**

Ми переконані, що виною положення, яке склалося, є невирішеність відповідних питань на теоретичному (методологічному) рівні. Це стосується, зокрема, **методології права, державотворення**, за які відповідальні суспільні науки і, особливо, теорія, методологія права, державного управління. Вважаємо, що в праводержавотворенні, **практика має бути як би продовженням наукового процесу**. Це одне, теж, можна вважати, методологічне положення. Справедливість його можна було б показати на такій сфері діяльності як державного управління. І друге. Наука, наукові методи повинні застосовуватися у вирішенні складних і великих проблем практики. Оскільки в галузі державопротворення і правозастосування, зокрема, в газузі створення і

реалізації конкурентного права, конкурентної державної політики є велика і складна проблема, то слід використовувати у відповідних процесах державопротворення **наукові методи, сукупність (система)** яких визначається як **методологія**.

З огляду на сказане ми пропонуємо розглядати **методологію створення конкурентного права і конкурентного уряду** як компонент **системи методології права і держави**. Ця система повинна бути трьохрівневою і включати **методологію філософії** конкурентного права і конкурентного уряду; **методологію теорії** конкурентного права і держави (конкурентного уряду). Методологія цієї теорії, в свою чергу, має мати власне **методологічний і методичний рівень**. Отже, мова йде про **трьохрівневу методологію** конкурентного права і конкурентного уряду.

Щодо інших чинників відсутності в Україні конкурентного середовища, конкурентного права, то до них відносяться, як вказувалось, відсутність інтересів, зацікавленості нинішнього державного апарату у боротьбі з монополізмом, недостатня поінформованість українських товаровиробників щодо можливостей захисту своїх інтересів та ін. На жаль, ми не можемо в рамках одного виступу проаналізувати всі ці фактори. Відмітимо лише, що наш досі ще бюрократичний державний апарат, що діє в сфері економіки потребує перебудови у напрямку перетворення його у **ЗАСІБ ПОБУДОВИ, ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ І РОЗВИТКУ** конкурентного середовища, конкурентного права. щодо адміністративної та судово-правової реформ, які відбуваються зараз, то вони не націлені на такого роду перебудови. А саме останні і є один з найважливіших компонентів створення конкурентного середовища, чинників входження України у Європейський адміністративний простір, створення **КОНКУРЕНТНОГО** (ефективного, з точки зору забезпечення здорової економічної конкуренції у народному господарстві) **УРЯДУ**. Потрібно розробити завдання для нового етапу адмінреформи. На закінчення підкреслимо, що при визначенні методологічних засад створення конкурентного права і уряду, ми не зможемо, на жаль, скористатися досвідом західних країн де існують зовсім інші традиції. необхідна розробка **НАЦІОНАЛЬНОЇ КОНЦЕПЦІЇ МЕТОДОЛОГІЇ** створення конкурентного середовища, конкурентного права, яка буде базуватися на **ЙОГО ФІЛОСОФІЇ І ТЕОРІЇ**. При цьому ця теорія буде тим фундаментом, на якому буде міцно базуватися конкурентне право України. Тоді не треба буде на кожному кроці (приймаючи той чи інший законодавчий акт, гармонізований з правом ЄС) озиратися назад: а чи не рухне вся будівля, споруджена безсистемно, без врахування національних особливостей. Тобто, методологія буде достатньо теоретично обґрунтованою. По друге, вона має буде достатньо конструктивною (практично результативною), а для цього – базуватися на системному аналізі, визначенні завдань побудови конкурентного права, виходячи з критеріїв достатності і необхідності.

**GODNOŚĆ CZŁOWIEKA A PROBLEM TRANSPLANTACJI.  
UWAGI NA TLE PRAWA POLSKIEGO  
ORAZ PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ**

*M. Ostapczuk*

Szybki postęp nauk medycznych, nowe metody i środki lecznicze, w tym właśnie przeszczepy narządów oraz fakt, że ze swej natury człowiek ukierunkowany jest na rozwój sprawiają, że zagadnienie poszanowania godności człowieka i jej nienaruszalności zostaje postawione w nowym świetle.

Samo pojęcie "godności człowieka" jest najczęściej definiowane i rozpatrywane z punktu widzenia praw politycznych, społecznych, ekonomicznych, w aspekcie filozoficznym czy etycznym. Jednakże w związku z ciągłym rozwojem nauki, nowoczesnej medycyny i biologii istotną staje się również analiza tego pojęcia w aspekcie medycznym.

Można mówić o dokonującej się obecnie uniwersalizacji prawa w zakresie transplantacji. Tworzenie ram prawnych w tym zakresie zmierza z jednej strony do zapewnienia poszanowania godności człowieka, z drugiej strony ma na celu zapewnienie pełnego i kontrolowanego wykorzystania osiągnięć biologii i medycyny dla dobra człowieka.

Analizując to zagadnienie można stawiać pytania – czy zasada godności człowieka jest realizowana w dziedzinie transplantologii, czy przepisy dotyczące godności człowieka znajdujące się w prawie europejskim jak również w prawie polskim faktycznie są podstawą i aksjologicznym punktem wyjścia przepisów, dotyczących transplantologii?

Pojęcie godności człowieka stanowi współcześnie podstawową zasadę aksjologiczną wpisaną do prawa międzynarodowego oraz do Konstytucji współczesnych państw demokratycznych.

W uchwalanych po II wojnie Światowej konstytucjach państw demokratycznych znajdują się zapisy dotyczące poszanowania godności ludzkiej, tym samym godność człowieka stała się jedną z podstawowych wartości konstytucyjnych. W konstytucjach pojęcie godności osoby ludzkiej zawarte jest bądź w ich preambułach, bądź w katalogach praw podstawowych, bądź w obu tych miejscach, jak również w powiązaniu z porządkiem gospodarczo – społecznym czy celami wychowania.

Pojęcie godności człowieka zostało wymienione również we wstępie do Konstytucji RP obok zasad wolności i solidaryzmu, oraz w art.30 który stanowi, iż:

"Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych".

Pojęcie godności człowieka znajduje się również w Projekcie Konstytucji UE. Opierając się na analizie Projektu Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy można stwierdzić, że zasada godności umieszczona została zarówno w Preambule: "Świadoma swego duchowego dziedzictwa Unia jest zbudowana na niepodzielnych, powszechnych wartościach godności ludzkiej, równości i solidarności, opiera się na zasadach demokracji i państwa prawnego" jak również w Tytule I art.II zgodnie z którym: "Godność człowieka jest nienaruszalna. Należy ją szanować i chronić".

We współczesnych czasach znaczenie godności człowieka jako podstawowej zasady ustrojowej zaczyna mieć szczególne znaczenie również w kontekście zagrożeń, pochodzących z niewłaściwego wykorzystania medycyny i biologii. Szybki postęp nauk medycznych jak również nowe metody i środki lecznicze takie jak np. przeszczepy narządów sprawiają, że zagadnienie poszanowania godności człowieka i jej nienaruszalności zostaje postawione w nowym świetle. Najważniejszymi kwestiami wymagającymi rozpatrzenia w świetle poszanowania godności jednostki są:

- konieczność uzyskania od potencjalnego dawcy zgody, opartej na pełnej informacji o przedmiocie procedury i ryzyku związanym z przeszczepem (dwa główne systemy to angloamerykański – aktywne wyrażenie zgody, bądź model francusko – belgijski – model domniemanej zgody)
- kwestia ustalenia momentu zgonu ewentualnego dawcy, i związana z tym regulacja, iż narządy pojedyncze mogą być pobrane tylko po śmierci
- sprawa przydzielania pobranych narządów na podstawie listy oczekujących i kryteria przyznawania pierwszeństwa

- niebezpieczeństwo komercjalizacji ludzkich narządów, i związane z tym instrumentalne traktowanie ciała ludzkiego, będące pogwałceniem godności człowieka

Na przestrzeni lat transplantacje stały się stopniowo uznanym na świecie sposobem leczenia. Transplantacje organów z ciał osób zmarłych nie wzbudzają na ogół poważniejszych sprzeciwów autorytetów w zakresie norm etycznych. W tym przypadku warunkiem godziwości jest zachowanie kryterium śmierci mózgu, oraz zgoda ewentualnego dawcy, wyrażona za życia na ewentualne dawstwo. Natomiast większe wątpliwości rysują się w przypadku transplantacji z ciał osób żywych. Pozostają wątpliwości – kiedy godzi się pobierać do przeszczepu narząd podwójny czy tkankę odtwarzającą się, czy można ryzykować wystąpienie powikłań u dawcy, godzić się na osłabienie jego zdrowia czy nawet zwiększać możliwość jego przedwczesnej śmierci.

Szczególnie istotna dla zagadnienia transplantacji była uchwalona 4 kwietnia 1997 r. przez Radę Europy Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny, zwana potocznie "konwencją bioetyczną". Dokument ten miał na celu ochronę godności i tożsamości istoty ludzkiej, jej integralności oraz innych podstawowych praw i wolności w sferze zastosowań biologii i medycyny.

Konwencja ta była aktem prawa międzynarodowego w którym określone zostały podstawowe zasady pobierania organów i tkanek w celach transplantacji, zarówno od osób żywych jak i zmarłych. Zasady te uznawane są za zasady przewodnie transplantologii. Do zasad tych należą m.in. generalna zasada pierwszeństwa pobierania organów i tkanek od osób zmarłych w stosunku do przeszczepów od osób żywych, zasada stosowania przeszczepów organów ludzkich jako formuły nadzwyczajnej, kiedy nie ma klasycznej metody terapeutycznej lub nie jest możliwa transplantacja tkanek wyhodowanych sztucznie, zasada legalności pobierania przeszczepów z ciał osób zmarłych, pod warunkiem stwierdzenia braku sprzeciwu osoby zmarłej, wyrażonego za życia, zasada iż transplantacje od osób żyjących dokonywane są wyłącznie dla korzyści leczniczych biorcy, i gdy brak jest alternatywnych metod leczenia (dotyczy to oczywiście tylko organów parzystych), generalna zasada pełnoletności dawcy organu, zasada ochrony osób niezdolnych do wyrażenia swojej woli, zasada obiektywizmu, która ma obowiązywać na wszystkich etapach procesu transplantacyjnego, zasada zakazująca wprowadzania ciała ludzkiego do obrotu handlowego, a więc zakaz pobierania opłat za pobrane organy, zasada zabraniająca pracownikom sektora medycznego podejmowania się czynności transplantacyjnych w sytuacji, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że organy te były przedmiotem nielegalnego obrotu handlowego.

Na normach zawartych w "Konwencji bioetycznej" oparte zostały zasady dotyczące transplantacji, zawarte w Nicejskiej Karcie Praw Podstawowych. Przepisy te w podobnej formie powtórzone zostały w Projekcie Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy. W części II Projektu Konstytucji – w Karcie Praw Podstawowych Unii, w Tytule I Godność, art. 3 stanowi, iż:

1. Każdy ma prawo do poszanowania swej integralności fizycznej i psychicznej.
2. W dziedzinie medycyny i biologii muszą być szanowane w szczególności:
  - swobodna i świadoma zgoda osoby zainteresowanej, wyrażona zgodnie z procedurami określonymi przez prawo (...)
  - zakaz wykorzystywania ciała ludzkiego i jego poszczególnych części jako źródła zysku"

Tym samym przepisy dotyczące transplantologii są realizacją fundamentalnej zasady godności człowieka. Za podstawę wszelkiego działania uznana zostaje zasada zgody danej osoby, będąca realizacją wolności decydowania o własnej osobie oraz nadrzędnej woli pacjenta, pod warunkiem jednakże wcześniejszego uświadomienia jej wszelkich skutków danego zabiegu. Zakaz traktowania ciała i jego części jako źródła zysku jest również niezwykle istotnym gwarantem realizacji zasady godności osoby ludzkiej.

Natomiast w prawie polskim kwestia transplantologii uregulowana została kompleksowo Ustawą o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z 1995 r. Polska ustawa transplantacyjna w swojej zasadniczej warstwie jest zgodna z przepisami Konwencji, a w niektórych kwestiach szczegółowych zapewnia nawet dalej idącą ochronę niż ta, jaka zakreślona została przepisami Konwencji Bioetycznej. Uchwalając obecnie obowiązującą ustawę kierowano się głównie potrzebą uporządkowania niejednoznacznej sytuacji prawnej w dziedzinie transplantologii, jak również potrzebą opracowań i rozwiązań wykluczających istniejące niejasności i rozwiązujące problemy z istniejącymi lukami prawa. Polska Ustawa transplantacyjna jest zgodna ze standardami światowymi i pozwala zaliczyć Polskę do grona państw, mających kompleksową regulację tej problematyki.

Podsumowując sygnalizowane zagadnienia, związane z kwestią godności człowieka w aspekcie transplantacji w prawie Unii Europejskiej oraz w prawie polskim można stwierdzić, iż w dotychczasowych

umowach międzynarodowych o zasięgu europejskim oraz w prawie polskim dotyczącym biomedycyny i technologii genetycznej argumentem centralnym w konstruowaniu norm prawnych jest wzgląd na poszanowanie przyrodzonej godności osoby ludzkiej jako najwyższej wartości w porządku naturalnym, i wynikających z niej praw i wolności osoby ludzkiej

Obowiązujące regulacje w tej dziedzinie zapewniają standardy oraz wzory dla prawodawstw wszystkich państw europejskich, wskazują kierunek działań dozwolonych oraz określają granice dopuszczalności zabiegów transplantacyjnych, które nie powinny być przekraczane. Polska zalicza się do krajów, w których dziedzina transplantologii jest uregulowana w sposób całościowy i zgodny z unormowaniami europejskimi w tym zakresie.

Rozwój nauki i postęp medycyny sprawiają jednak, iż pojawiają się i pojawiać się będą nowe rozwiązania, wobec których prawo będzie musiało wypracować dalsze zasady służące realizacji poszanowania godności człowieka w aspekcie transplantacji.

Najbardziej istotnym z punktu widzenia ewentualnego pogwałcenia godności człowieka w kontekście transplantacji jest z pewnością niebezpieczeństwo komercjalizacji przeszczepów, tzw. handlu organami.

**ЦИВІЛЬНІ ПРАВА І ОБОВ'ЯЗКИ В СВІТЛІ ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ  
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ****I. Співак***Національний технічний університет України "КПІ"*

Практика Європейського суду з прав людини, яка стосується сфери дії "цивільних прав та обов'язків", охоплює різні питання і проблеми. Європейський Суд з прав людини не розробив загального визначення цього поняття.

Комісія і суд тлумачать поняття "цивільні права і обов'язки" досить широко. У справі Рінгайзен суд встановив, що ці поняття повинні бути самостійними і тому немає необхідності проводити різницю між питаннями, які відносяться до приватного чи публічного права, або обмежувати застосування цього поняття спором між приватними сторонами.

У своїх рішеннях суд неодноразово наголошував, що пункт 1 статті 6 розповсюджується на судовий розгляд, результат якого безпосередньо пов'язаний з визначенням та основним змістом права чи обов'язку приватної особи.

З точки зору Комісії термін "цивільні права та обов'язки" "не повинен тлумачитися лише як посилання на внутрішнє законодавство Високих Договірних Сторін Конвенції, а стосується автономного поняття, яке має тлумачитись незалежно від тлумачення прав у внутрішніх законодавствах Високих Договірних Сторін".

У рішенні по справі Алана Якобсона Суд зазначив:

"Відповідно до практики Суду поняття "цивільні права і обов'язки" не повинні розумітися виключно у контексті внутрішнього права держави відповідача. Стаття 6 § 1 застосовується незалежно від статусу сторін, характеру законодавства, яким визначається вирішення спорів, і характеру державного органу, компетентного в цьому питанні; недостатньо щоб результат судового розгляду був вирішальним для приватних прав і обов'язків"

Рішення у справі Рінгайзена від 16 липня 1971 р. і Кьоніга від 28 червня 1978 року дають можливість виявити деякі значення формули "цивільні права та обов'язки". Перше значення показує, що вона охоплює "будь-яку процедуру, є визначальним відносно до прав та обов'язків приватного характеру", навіть якщо мова йде про спір між приватною особою і органом державної влади; безвідносно до того, на підставі якого "закону повинен бути вирішений спір" і який орган компетентний винести дане рішення.

У подальшій судовій практиці ці висновки отримали розвиток у рішенні по справі Голдера від 21 лютого 1975 р. У цій справі Суд прийшов до висновку про те, що "стаття 6 п.1 гарантує кожному право на те, щоб кожна скарга, пов'язана з цивільними правами та обов'язками, розглядалась у судовій інстанції". З цього слідує, крім усього іншого, що ця стаття діє не тільки відносно вже розпочатої процедури: на неї може посилатися кожний, хто вважає незаконним втручання в здійснення одного із своїх (цивільних) прав, заявити, що не мав можливості розпочати справу в суді, який відповідає вимогам статті 6 § 1.

Визначення "цивільних прав і обов'язків" про що говорить стаття 6 § 1, має на меті підтвердити не тільки наявність цього права як такого, але визначити також сферу його дії і умови, якими особа, наділена цим правом, може користуватися" (Ле Компт, Ван Левен і де Мейер проти Бельгії).

У ряді справ висувались претензії, які стосувались інших прав, гарантованих Конвенцією. Багато з цих справ стосувались адміністративних процедур, які зачіпали договори продажу землі, експропріації землі, об'єднання сільськогосподарських земельних володінь і інші аналогічні питання. Інші стосувались процедур компенсації за різними позовами, пов'язаним з такими питаннями, як шум літаків, націоналізація власності і навіть незаконні ордери на арешт. За думкою суду, стаття 6 розповсюджується також на судові розгляди, які стосуються заняття професійною діяльністю або регулювання ліцензій, необхідних для визначення видів економічної діяльності. Суд також вважає, що передбачене статтею 6 поняття цивільного права охоплює певні типи соціальних допомог, у тому числі у зв'язку з несправедливим звільненням. Ця стаття розповсюджується також на рішення, які стосуються встановлення державної опіки над дітьми і доступу батьків до дітей, які вже знаходяться



під такою опікою. Суд також вважає, що поняття цивільного права охоплює також право на повагу честі, гідності і репутації.

Хоча сфера охоплення поняття "цивільні права і обов'язки", передбаченого стаття 6 § 1, є вельми широкою, ряд питань тим не менше не підпадає під його захист. Головним з цих виключених питань є процедури, які торкаються імміграції та надання притулку. Ці питання зазвичай розглядаються як такі, що відносяться до сфери публічного права, якщо заявник не зможе довести, що мова йде про інше право, передбачене Конвенцією.

Окремою проблемою тлумачення статті 6 § 1 Конвенції є її застосування до позовів державних службовців. Спочатку Європейський суд зайняв позицію, що спори щодо найму, проходження по службі та звільнення державних службовців, як правило, не потрапляють в сферу дії цієї статті. Однак Суд застосовував статтю 6 § 1 у справах, де спір стосувався "економічного права в чистому вигляді", такого як оплата праці чи виплата пенсії, або принаймні права економічного за суттю.

Однак в останніх своїх рішеннях з цієї проблеми Суд змінив підхід і тепер замість критерію характеру права, що є предметом спору, застосовується функціональний критерій, запроваджений рішенням Великої Палати Європейського суду у справі "Пеллегрін проти Франції". Він ґрунтується на природі посадових обов'язків та повноважень особи. Суд виніс рішення про застосування такого критерію, маючи на меті обмежити кількість випадків, коли державним службовцям може бути відмовлено в практичному та ефективному захисті, наданому їм, як і будь-якій іншій особі, Конвенцією та статтею 6 зокрема. Однак, він також визнав, що в секторі державної служби кожної держави певні посади включають обов'язки, спрямовані на захист загальносуспільних інтересів, чи участь у реалізації повноважень, врегульованих публічним правом, і що держава правомірно вимагає від цих службовців лояльності та відповідальності. Відповідно, спори за позовами державних службовців, що несуть на собі частину суверенної влади держави, обов'язки яких є типовими для специфічної діяльності державної служби в тій частині, яка відображає її властивість бути носієм публічної влади, відповідальною за забезпечення загальнодержавних інтересів, не потрапляють у сферу дії статті 6 § 1 Конвенції.

В результаті винесення цього рішення змінився підхід до розгляду спорів державних службовців з державою. Тепер застосовність статті 6 § 1 Конвенції до таких спорів залежить не від характеру права, що є предметом спору, а фактично від посади, яку займає заявник. Так, заява фінських суддів про те, що їм було відмовлено у судовому розгляді спору, який стосувався розміру їхніх посадових окладів, була визнана непринятною саме через те, що трудові спори працівників публічного сектора, які беруть пряму участь у реалізації повноважень, наданих публічним правом, та виконанні обов'язків, покликаних забезпечувати загальні інтереси держави, не потрапляють в сферу застосування статті 6 Конвенції. З іншого боку, велика кількість заяв рядових державних службовців були визнані прийнятними до розгляду відповідно до статті 6 § 1, незважаючи на те, що вони стосувалися прийняття на державну службу, кар'єрного росту або звільнення.

Загалом положень, покликаних на забезпечення здійснення правосуддя шляхом розгляду справи в суді, викладений у статті 6 Конвенції.

Цей принцип сформульований у першому пункті, який містить загальні положення, що стосуються процедури розгляду цивільних і кримінальних справ, покликаний на забезпечення справедливого та публічного розгляду справи у розумний строк незалежним та неупередженим судом, створеним на основі закону.

Тут необхідно зазначити, що належне здійснення правосуддя має два аспекти: інституційний (незалежність та неупередженість суду) і процедурний (справедливий характер розгляду справи). Стаття 6 створює для Договірних Сторін скоріше зобов'язання діяти, ніж зобов'язання, яке вимагає від держави утримуватися від втручання в здійснення особою будь-якого з його прав.

Для дотримання цього позитивного зобов'язання держави-учасниці Конвенції повинні створити і забезпечити функціонування інститутів, необхідних для належного здійснення правосуддя, а також доводити до широкого загалу і створювати закони і положення, які гарантують незалежний і неупереджений характер самого судового розгляду. Оскільки стаття 6 пов'язана зі структурою судової системи держави, а також з конституційними принципами, які виходять за межі захисту прав особи, важливо пам'ятати про те, що ця стаття захищає права особи, яка виступає однією із сторін під час судового розгляду. Інші учасники судового процесу, наприклад, судді, обвинувачі або жертви, не можуть претендувати на самостійні права згідно статті 6.

В пункті 1 статті 6 знаходиться перелік деяких елементів, які входять в поняття справедливого здійснення правосуддя. Певною мірою цей пункт можна розглядати як такий, що містить загальні характеристики судових установ і загальне визначення широких параметрів, за якими в кінцевому результаті можна зробити висновок про справедливість того чи іншого судового розгляду. Але перед тим як зробити таку оцінку, особа повинна в першу чергу мати можливість доступу до судового розгляду його справи.

Існує дві групи справ, за якими Європейська комісія і Європейський суд з прав людини розглядають питання доступу в суд згідно з пунктом 1 статті 6. Перша група охоплює справи, пов'язані з опротестуванням відмови в праві звернення до суду в процесі розгляду деяких видів цивільних справ національними судами або органами адміністративної юстиції. До другої категорії відносяться вимоги, які висувуються у зв'язку з тим, що обтяжливі витрати або складні процедури в дійсності роблять звернення в суд неможливим при усій формальній доступності останнього.

У справах про припустиме порушення права на доступ до суду йдеться про два важливих принципи. Перший з них полягає у тому, що держава не може обмежити чи відмінити судовий контроль в окремих сферах або по відношенню до окремих категорій осіб.

У справі Філіс інженер стверджував, що в результаті дії Грецького королівського указу про надання одній з професійних асоціацій виключної компетенції порушувати судовий розгляд з метою стягнення заробітної плати, яку передбачалося виплатити інженерам, він був позбавлений можливості порушити судовий спір самостійно і тим самим було порушено його право на доступ в суд. Європейський суд з цим погодився, визнавши порушення статті 6.

У справі Каган батько позашлюбної дитини заявив, що усиновлення його дитини без його попереднього повідомлення або згоди є порушенням його права на повагу його сімейного життя відповідно до статті 8 Конвенції і що відсутність у ірландському законодавстві прав, якими передбачається процедура усиновлення або оскарження усиновлення його дитини, є порушенням його права на доступ в суд. Європейський суд з цим погодився.

Другий важливий принцип полягає в тому, що доступ в ту чи іншу судову інстанцію повинен бути не тільки формальним, але і реальним. Комісія і суд застосовували цей принцип при розгляді декількох справ, які стосувалися різних аспектів права доступу до суду.

У двох справах заявники стверджували, що витрати на судовий розгляд, пов'язаний з захистом прав є порушенням їх права на доступ до суду. У справі Ейрі Суд вирішив, що відмова надати правову допомогу малозабезпеченій жінці, яка наполягала у суді про окреме проживання з чоловіком, який грубо ставився до неї, порушувала її права на доступ до суду.

У справі Жуффур де ля Прадель Суд вирішив, що надзвичайно складна адміністративна процедура, яка застосовується при оцінці власності як такої, що являє собою "виключну естетичну цінність", фактично позбавила заявника можливості звернутися до суду. Констатувавши порушення права доступу до суду в сенсі статті 6 § 1, Суд, посилаючись на справу Філіс, зазначив:

"Суд знову підтверджує, що "право звернутися в суд", закріплене в статті 6, не є абсолютним. Воно може обмежуватися, але ці обмеження не повинні ускладнювати або обмежувати доступ особи таким чином або такою мірою, щоб це завдавало шкоди самій сутності цього права".

Отже, серед прав, гарантованих Конвенцією, як цивільні можна кваліфікувати, насамперед, право на вільне володіння своїм майном, право на повагу до приватного і сімейного життя, право на компенсацію за незаконне і таке, що суперечить гарантіям статті 5 Конвенції, затримання, арешт чи позбавлення волі та право на компенсацію за неправосудний вирок, а також право на компенсацію, яке випливає із заподіяння шкоди в результаті порушення права на життя, заборони катування та негуманного поведіння або покарання, право на вільний вибір місця проживання, гарантоване статтею 2 Четвертого протоколу до Конвенції, та ін.

Стаття 8 передбачає такі основні права особи: на повагу до приватного життя, сімейного життя, на недоторканість житла та таємницю кореспонденції. Обсяг відповідних прав при цьому не визначається, чіткі межі понять приватного та сімейного життя також не встановлені.

Судом розширене поняття приватного життя людини, виведене за рамки лише особистого життя. Воно охоплює захищеність персональних даних, право на усамітнення, підтримання стосунків з іншими людьми, право особи на моральну та фізичну цілісність, включаючи сексуальне життя, право особи на доступ до інформації, пов'язаної з її усиновленням, право на встановлення батьківства визначення чи та чи інша дитина є рідною дитиною того чи іншого дорослого.

Зобов'язання держави поважати приватне життя людини шляхом контролю за діяльністю її службовців та офіційних осіб поширюється на таку ж діяльність приватних осіб, наприклад приватних детективів або репортерів. У цьому аспекті держава наділена широкими повноваженнями щодо власної оцінки того, яких заходів необхідно вжити для реалізації цього позитивного обов'язку.

Поняття сімейного життя у світлі Конвенції охоплює ширше коло, ніж звичайні формальні, законно оформлені стосунки (Джонсон проти Ірландії, Маркс проти Бельгії). При вирішенні справ Суд бере до уваги суть відносин, не обмежуючись формальними зв'язками.

Суд включає у тлумачення сімейного життя зв'язки між близькими родичами безпосередньо в сім'ї, а також між дідусями, бабусями і онуками. Суд у своїх рішеннях схильний віддавати перевагу вертикальним сімейним зв'язкам, наприклад, таким, як між неповнолітніми дітьми, батьками, дідусями і бабусями, а не горизонтальним зв'язкам, наприклад, між братами та сестрами, племінниками та племінницями.

Принцип поваги до сімейного життя не включає права особи на створення сім'ї через одруження чи народження дітей. Проте право на таку в повагу може передбачати державою вже створеної сім'ї. Відповідно, цей принцип не передбачає права особи на припинення сімейних стосунків, зокрема права партнерів у шлюбі на розлучення.

На основі аналізу стосунків між батьком і дитиною після розлучення батьків (якщо дитина залишена у матері) суд може дійти висновку, що сімейні відносини збереглися (Каган проти Ірландії). Таким чином держава повинна поважати право батька на контакти з дитиною.

Розширивши сферу захисту Конвенції на неформальні шлюби, суд визнав можливість існування між батьком і дитиною, народженою у такому неформальному шлюбі, а також між матір'ю та її позашлюбною дитиною (Джонсон проти Ірландії).

З точки зору Європейського суду у разі усиновлення між усиновленими та їх усиновителями виникають сімейні стосунки, що захищаються статтею 8 (Х проти Франції).

Ефективне використання право на повагу до сімейного життя передбачає право батьків на певну владу над дітьми: право вирішувати, де дитина повинна проживати, яку освіту має здобути, та інші подібні рішення. Проте така влада батьків може вступати в конфлікт з індивідуальними правами дитини, захищеними Конвенцією. Таким чином, поступово значення права батьків на певну владу над дітьми як аспект сімейного життя зменшується. Так, у справах про опіку дедалі частіше бажання дитини визнаються більш вагомими, ніж бажання батьків (Хокканен проти Фінляндії).

Термін "житло" в тлумаченні Суду означає переважно місце, де особа мешкає на постійній основі.

Право на недоторканість житла охоплює насамперед право безперешкодного доступу на перебування в ньому, а також право не бути виселеним.

Право на одруження і створення сім'ї тісно пов'язано з правами на недоторканість приватного життя і на сімейне життя за статтею 8. Проте ці дві статті відрізняються одна від одної кількома аспектами. Стаття 12 стосується разових дій, наприклад, акту одруження або народження чи усиновлення дитини, в той час як стаття 8 стосується тривалого стану, а саме відносин, які виникають в результаті разових дій. Дія положень статті 12 обмежується особами шлюбного віку, в той час як стаття 8 охоплює всіх.

При укладенні тексту статті 12 автори Конвенції керувалися ситуацією, коли гетеросексуальна пара виявила намір укласти шлюб та створити сім'ю. Проте пізніше комісія та Суд розглянули кілька справ трансесуалів, які скаржилися на порушення права вступу до шлюбу відповідно до статті 12.

У справі "Ван Оостервійк проти Бельгії" заявник, який змінив свою стать на чоловічу, стверджував, що відмова бельгійського уряду внести зміну до книги реєстрації народжень позбавляє його можливості здійснити право на одруження. Більшість членів Комісії констатували порушення статті 12, відзначивши, що хоча в Конвенції та внутрішніх правових системах поняття шлюбу та сім'ї фактично тотожні, ніщо не свідчить на користь такого висновку та що здатність до відтворення є основною умовою шлюбу або що саме відтворення є головною метою шлюбу. Крім того, сім'я завжди може бути заснована шляхом усиновлення дітей.

Стаття 12 стосується традиційного шлюбу між особами біологічно протилежної статі, але із змісту статті не можна зробити висновку, що здатність до відтворення є необхідною умовою цього права. Чоловіки та жінки, які не можуть мати дітей, користуються правом вступу до шлюбу так само, як і всі інші особи.

У справі "Дрейпер проти Сполученого Королівства", яка стосувалась заборони укласти шлюб під час перебування в місцях позбавлення волі Європейська комісія констатувала порушення статті 12, зазначивши що:

"... суть права укласти шлюб... полягає у створенні юридично обов'язкового союзу між чоловіком та жінкою. Тому вони повинні самі вирішити, чи мають бажання укласти такий союз, за обставин, коли вони не зможуть прожити разом."

У іншій справі Європейська комісія зазначила, що стаття 12:

"... не вимагає навіть від самих держав-учасниць Конвенції організувати своє шлюбне законодавство таким чином, щоб передбачити можливість остаточного припинення шлюбу у формі розірвання юридичних шлюбних відносин..."

Стаття 1 Першого Протоколу є єдиним положенням Конвенції, яке захищає економічні права. На відміну від більшості положень Конвенції, ця стаття прямо захищає права не лише фізичних, а й юридичних осіб, наприклад, компаній. Цей аспект статті 1 Першого Протоколу має важливе значення, оскільки економічна система держав-учасниць Конвенції заснована на праві приватної власності і праві вільно створювати такі економічні одиниці, як "юридичні особи".

В практиці Суду поняття "майно" отримало досить широке тлумачення і застосування. Зокрема Суд визначив, що всі різноманітні терміни стосуються концепції власності в загальному розумінні цього слова. Більш конкретно прецедентна практика Європейського суду та Комісії свідчить, що це означає як рухому так і нерухому приватну власність.

Термін "власність", як це передбачено статтею 1 Першого Протоколу, може означати або "існуючу власність" (*Van Der Musselle v Belgium*), або претензії, щодо яких заявник може довести, що він принаймні має "законні підстави" отримати можливість використати право власності (*Pine Valley Developments Ltd and Others v Ireland*).

Визнаючи право будь-якої особи на безперешкодне користування своїм майном, стаття 1 за своєю суттю є гарантією права власності, оскільки право розпоряджатися своїм майном – загальний та принциповий аспект права власності (*Marckx v Belgium*).

Стаття 1, що гарантує по суті право власності, складається з трьох різних норм: перша норма, що виражена в першому реченні першого абзацу, має загальний характер і встановлює принцип безперешкодного користування майном; друга норма, зафіксована в другому реченні того ж абзацу, регулює випадки позбавлення власності, встановлюючи певні умови; у третій нормі, що зафіксована в другому абзаці, за державами-учасницями визнається серед іншого право регламентувати використання власності відповідно до загальних інтересів. Другу та третю норми, що стосуються конкретних випадків порушення права власності, необхідно тлумачити відповідно до закріпленого в першій нормі принципу (*Pressos Compania Naviera SA and Others v Belgium*).

Таким чином, можна зробити висновок, що основною метою статті 1 Першого Протоколу є попередження свавільного захоплення власності, конфіскації, експропріації та інших порушень принципу безперешкодного користування своїм майном, до яких дуже часто вдаються або схильні вдаватися на практиці уряди держав.

Втручання в право безперешкодного користування своїм майном передбачає "справедливу рівновагу" між інтересами суспільства та необхідністю дотримання фундаментальних прав людини. Необхідність забезпечення такої рівноваги відображено в структурі статті 1. Зокрема, необхідно щоб була дотримана розумна пропорційність між використаними заходами і тією метою, на досягнення якої спрямовувався будь-який захід, що позбавив особу власності.

Щоб визначити, чи додержується необхідна рівновага і, зокрема, пропорційність тягаря, покладеного на особу, доречно взяти до уваги умови компенсації, передбачені в національному законодавстві. У разі невиплати визначеної суми, що в розумних межах відповідає вартості майна, позбавлення власності є серйозним порушенням прав, передбачених статтею 1 Першого Протоколу.

## INSTRUMENTY PRAWNE SŁUŻĄCE ZAPOBIEGANIU PODWÓJNEMU OPODATKOWANIU W STOSUNKACH MIĘDZYNARODOWYCH

*B. Kucia-Guściora*

*Katolicki Uniwersytet Lubelski*

Niekorzystne skutki występowania podwójnego opodatkowania w stosunkach międzynarodowych są przyczyną podejmowania działań zmierzających do jego zlikwidowania lub ograniczenia.

Działania te są podejmowane zarówno przez samych podatników – dłużników podatkowych, jak i przez państwa będące wierzycielami podatkowymi. Z jednej strony skupiają się na eliminacji przyczyn powstawania podwójnego opodatkowania, z drugiej strony zmierzają do usunięcia negatywnych skutków obiektywnie istniejącego już zjawiska.

Należy zwrócić uwagę, że pod względem terminologicznym zarówno w doktrynie, jak i w przepisach prawa, w tym w umowach międzynarodowych, działania te nie są określane jednoznacznie. Najpowszechniej używane są terminy "zapobieganie podwójnemu opodatkowaniu" oraz "unikanie podwójnego opodatkowania". W większości przypadków są one używane zamiennie, jakkolwiek mają różne znaczenie.

Zapobieganie podwójnemu opodatkowaniu odnosi się do działań zmierzających do eliminacji przyczyn powstawania podwójnego opodatkowania. Natomiast celem unikania podwójnego opodatkowania jest wyeliminowanie lub ograniczenie następstw, negatywnych skutków tego zjawiska. Rozważania czysto terminologiczne mogą prowadzić do wniosku, iż działania polegające na zapobieżeniu podwójnemu opodatkowaniu i prowadzące do uniknięcia tego zjawiska, powinny stanowić pewną całość. Zatem zadowalające efekty przeciwdziałania podwójnemu opodatkowaniu wymagają swego rodzaju procesu kompleksowych czynności tak na etapie wstępnym – tworzenia, jak i *ex post*, czyli na etapie stosowania prawa.

Od unikania i zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu należy odróżnić unikanie opodatkowania i uchylanie się od opodatkowania. Terminy te są używane dla określenia działań podejmowanych przez podatników. Ich celem jest zmniejszenie obciążeń podatkowych. W doktrynie powyższe zjawisko, zakrojone na szeroką skalę, określa się mianem *tax planning*. Polega ono na kształtowaniu i planowaniu działalności przez podatników w sposób łagodzący skutki podwójnego opodatkowania.

Biorąc pod uwagę legalność podejmowanych przez podatników działań to unikanie opodatkowania mieści się w jej ramach. Jako zjawisko nielegalne traktuje się natomiast uchylanie się od opodatkowania.

Unikanie opodatkowania polega na prowadzeniu działalności w prawem przewidzianych formach mającą na celu obniżenie obciążenia podatkowego. Działalność podatnika ukierunkowana jest na maksymalne wykorzystanie zwolnień i ulg podatkowych przewidzianych w ustawodawstwie podatkowym.

Zapobieganie podwójnemu opodatkowaniu przez państwo może polegać na stosowaniu środków: jednostronnych (unilateralnych), dwustronnych (bilateralnych) lub wielostronnych (multilateralnych) – przybierających postać umów międzynarodowych oraz działaniach zmierzających do harmonizacji systemów podatkowych.

Środki jednostronne są autonomicznie stosowane przez państwo siedziby lub miejsca zamieszkania podatnika. Polegają ogólnie rzecz ujmując na częściowym lub pełnym zrzeczeniu się danego państwa prawa do poboru podatku, a więc zmierzają do uniknięcia, względnie zmniejszenia podwójnego opodatkowania w sensie prawnym, a w pewnej mierze również w sensie ekonomicznym.

Środki bilateralne są to wzajemne umowy międzynarodowe, zawierane pomiędzy państwem rezydencji a państwem źródła. Ich celem jest zapewnienie – w drodze dwustronnie uregulowanego systemu zrzeczenia się roszczeń podatkowych, czyli wzajemnego ograniczenia przedmiotu opodatkowania.

Wielostronne środki stanowią rozszerzenie umów bilateralnych w sprawie unikania podwójnego opodatkowania na większą liczbę państw. Tego rodzaju umowy nie występują jednak w praktyce często ze względu na znaczny stopień trudności wielostronnego uzgodnienia interesów różnych państw, a w szczególności zróżnicowanych systemów podatkowych.

Harmonizacja prawa podatkowego ukierunkowana jest na stopniowe ujednolicanie konstrukcji podatków, pozwoli ona bowiem na usunięcie barier podatkowych w ramach Unii Europejskiej. Szczególnie

znaczenie w tym zakresie ma dążenie do eliminacji podwójnego opodatkowania dochodów przekazywanych pomiędzy przedsiębiorstwami mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich, a także osób fizycznych korzystających z jednej z podstawowych swobód, w ramach wspólnego rynku: swobody przepływu pracowników. Komisje branżowe, działające w ramach struktur organów Unii Europejskiej, wypracowały szereg wytycznych mających na celu między innymi wyeliminowanie podwójnego opodatkowania. Z punktu widzenia charakteru prawnego dyrektywy te mają moc wiążącą co do zamierzonego skutku, zatem dobór form i metod działania celem ich implementacji do porządku krajowego pozostawia się władzom danego państwa członkowskiego. Odnosząc się do harmonizacji jako do sposobu unikania podwójnego opodatkowania należy uznać, iż w każdym przypadku, gdy dyrektywy Unii jako cel postawią eliminację tego zjawiska, będzie on wiążący władze danego państwa. Dobór metod i technik podatkowych zmierzających do eliminacji podwójnego opodatkowania pozostawiony jest w gestii państw członkowskich.

Wszystkie wskazane sposoby eliminowania podwójnego opodatkowania opierają się na stosowaniu odpowiednich technik podatkowych, zwanych w doktrynie prawa podatkowego metodami unikania podwójnego opodatkowania. Należy w tym miejscu rozróżnić pojęcia "środki – sposoby unikania podwójnego opodatkowania" i "metody unikania podwójnego opodatkowania". Środkami unikania podwójnego opodatkowania są umowy międzynarodowe dwu lub wielostronne, oraz przepisy prawa wewnętrznego – są to zatem źródła prawa, których regulacje mają na celu zapobieżenie lub wyeliminowanie tego zjawiska poprzez modyfikację obowiązku podatkowego. Metody eliminacji podwójnego opodatkowania są natomiast zawartymi w środkach, (czyli w przepisach umów lub wewnątrz krajowych), technicznymi rozwiązaniami modyfikującymi zobowiązanie podatkowe. Odnoszą się one do określenia konkretnej wysokości należności podatkowej.

W doktrynie międzynarodowego prawa podatkowego wyróżnia się następujące metody unikania podwójnego opodatkowania: kredytu podatkowego, zwolnienia podatkowe, potrącenia i ryczałt podatkowy.

W praktyce dominują w różnych odmianach: metoda kredytu podatkowego i zwolnienia.

Metoda kredytu podatkowego, nazywana także metodą zaliczenia, polega na zaliczeniu podatku zapłaconego w państwie źródła na poczet podatku należnego w państwie rezydencji (nie będącym jednocześnie państwem źródła). Podstawową cechą metody kredytu jest traktowanie przez państwo rezydencji, podatku nałożonego w państwie źródła tak, jakby był to podatek należny państwu rezydencji. Istotą tej metody, z punktu widzenia podatnika, jest zatem zmieniające się jego saldo. Przyjmując bowiem, że na poczet podatku wpłynęła już pewna wpłata stanowiąca saldo, które może ulec zmianom, wpłacony podatek może zostać zaliczony na poczet obecnych lub przyszłych zobowiązań, bądź w pewnych okolicznościach ulec zwrotowi. Techniczną realizację kredytu podatkowego można przedstawić w kilku etapach: 1) wymiar podatku w państwie źródła; 2) ustalenie kwoty kredytu podatkowego w państwie źródła; 3) zapłata podatku w państwie źródła; 4) realizacja kredytu w państwie rezydencji, czyli zaliczenie zapłaconego podatku w państwie źródła na poczet zobowiązań podatkowych na rzecz państwa rezydencji.

Metoda zaliczenia może przybrać formę zaliczenia pełnego, gdy zaliczeniu w państwie rezydencji podlega cały podatek zapłacony w państwie źródła, bez względu na jego wysokość. W praktyce zatem państwo rezydencji podatnika stosuje potrącenie z ogólnej sumy podatku należnego od dochodów "krajowych", części która odpowiada podatkowi pobranemu w państwie źródła dochodu. Drugi wariant, zwany zwykłym zaliczeniem, charakteryzuje się tym, że potrącenie przyznane podatnikowi przez państwo rezydencji nie może przekroczyć wysokości części podatku przypadającego w tym państwie na dochód pochodzący z państwa źródła. Zatem państwo rezydencji stosuje opodatkowanie według zasad wynikających z prawa wewnętrznego do całości dochodów podatnika bez względu na miejsce położenia źródeł przychodu, a następnie stosuje odliczenie podatku zapłaconego w państwie źródła, ale w ramach limitu stanowiącego część własnego podatku przypadającego na dochód zagraniczny. Metoda zaliczenia zwykłego jest neutralna w odniesieniu do wysokości opodatkowania w państwie rezydencji. Oznacza to, że obciążenie dochodów zagranicznych nie jest wyższe od obciążenia dochodów krajowych pod warunkiem jednak, że stawka podatkowa w obu państwach jest porównywalna.

Metoda zaliczenia może wywoływać tzw. efekt uzupełniający, polegający na pobraniu podatku w państwie rezydencji w wysokości odpowiadającej różnicy pomiędzy podatkiem należnym w tym państwie od dochodu zagranicznego a podatkiem zapłaconym w państwie źródła. Zatem ulgi podatkowe, udzielone w państwie źródła, ulegają pełnej neutralizacji w toku postępowania zaliczeniowego w państwie rezydencji, stając się nieskutecznymi z punktu widzenia podatnika. Obniżenie podatku w państwie źródła powoduje obniżenie kwoty podlegającej zaliczeniu w państwie rezydencji. Wszelkie przywileje podatkowe uzyskane przez podatnika przyniosą korzyść budżetowi państwa rezydencji, a nie jemu samemu. Dla uniknięcia tego niekorzystnego z punktu widzenia podatnika zjawiska państwa wprowadziły specyficzną odmianę metody

zaliczenia określaną jako zaliczenie fikcyjne lub kredyt darowany. Metoda ta polega na zaliczeniu przez państwo rezydencji kwoty wyższej niż efektywnie zapłacona jako podatek w państwie źródła. Zaliczenie to obejmuje, poza faktycznie zapłaconym podatkiem, również podatek, który musiałby zostać zapłacony w państwie źródła, gdyby nie przyznano szczególnych ulg podatkowych, czyli podatek zaoszczędzony w wyniku skorzystania w państwie źródła z ulg podatkowych.

Niektórzy autorzy przyjmują nakładające się na powyższą klasyfikację wyróżnienie kredytu bezpośredniego, czyli klasycznego (*direct tax credit*) oraz pośredniego kredytu podatkowego (*indirect tax credit*). Podział ten ma przede wszystkim znaczenie, jeżeli chodzi o opodatkowanie dywidend. Państwa stosujące omawianą metodę zwykle zaliczają na poczet należnego w nich podatku jedynie podatek nałożony w państwie źródła na dywidendy – bezpośredni kredyt. Natomiast w niektórych systemach podatkowych przyjmuje się koncepcję zaliczenia nie tylko podatku od dywidend wypłacanych przedsiębiorstwom macierzystym, ale także podatku od spółek zapłaconego przez filie w państwie źródła w takim zakresie, w jakim wiązał się on z dochodem przekazany.

Doktryna rozróżnia także tzw. zaprzepaszczoney (*wastable tax credit*) i nie zaprzepaszczoney (*non-wastable tax credit*) kredyt podatkowy.

W pierwszym przypadku jest to kredyt, który nie może przekroczyć rozmiarów podatku, od którego jest odliczany. Oznacza zatem, iż nie można skorzystać z wyższego odliczenia niż kwota podatku należnego w państwie rezydencji w przypadku zaliczenia pełnego lub limitu odliczenia w odniesieniu do zaliczenia zwykłego. W drugim przypadku chodzi o kredyt, który przekracza wysokość podatku państwa rezydencji, od którego jest odliczany. Różnica między powyższymi wielkościami może być wypłacona podatnikowi.

Francuska odmiana kredytu podatkowego, zwana *avoir fiscal*, jest nietypową jego konstrukcją, stosowaną w odniesieniu do dywidend. Może być on odpisany od podatku dochodowego od osób fizycznych lub spółek, jeżeli mają one siedzibę we Francji lub taką możliwość przewidują umowy podatkowe. *Avoir fiscal* jest równy 50% dywidendy netto.

Kwestie techniczne odnoszące się do sposobu obliczenia kredytu podatkowego i sposobu jego potrącenia ze zobowiązania podatkowego podatnika pozostawione są szczegółowym rozwiązaniom prawa wewnętrznego.

Drugą metodą eliminacji podwójnego opodatkowania, występującą obok kredytu podatkowego, jest całkowite lub częściowe zwolnienie. Metoda ta powszechnie nazywana jest metodą wyłączenia. Charakteryzuje się ona wyłączeniem z podstawy opodatkowania części dochodu podatnika pochodzącej ze źródeł przychodu położonych poza państwem rezydencji podatnika. Zatem państwo posiadające jurysdykcję podatkową w konkretnej sytuacji rezygnuje ze swych roszczeń podatkowych. Realizując zasadę terytorializmu, państwo rezydencji przyznaje państwu, w którym powstał dochód, czyli państwu źródła, wyłączne prawo opodatkowania konkretnego rodzaju dochodu. Zatem przy ustalaniu podstawy opodatkowania w państwie rezydencji, dochody ze źródeł zagranicznych nie zostają uwzględnione – jest to metoda zwana pełnym wyłączeniem lub pełnym zwolnieniem. Wariantem tej metody jest zwolnienie (wyłączenie) z progresją. Metoda wyłączenia z uwzględnieniem progresji oparta jest również o konstrukcję zwolnienia dochodów zagranicznych przez państwo rezydencji na rzecz państwa źródła. Jednocześnie jednak państwo rezydencji zastrzega sobie prawo do uwzględniania wysokości tego dochodu zagranicznego dla potrzeb ustalenia stawki podatkowej, mającej zastosowanie do innych dochodów opodatkowanych w tym państwie. Wyłączenie z progresją może być stosowane tylko w odniesieniu do podatków, których konstrukcja opiera się na skali progresywnej. W przypadku występowania skal proporcjonalnych ze stawkami liniowymi metoda powyższa nie znajduje zastosowania.

Metoda wyłączenia realizowana jest w dwóch podstawowych odmianach: bezwarunkowym i warunkowym.

W pierwszym przypadku państwo rezydencji stosuje zwolnienie bez względu na to, czy państwo źródła opodatkowuje dochód, czy stosuje zwolnienie. Zatem teoretycznie może wystąpić taka sytuacja, że dochód będzie podlegał zwolnieniu i w państwie rezydencji, i w państwie źródła.

W drugim przypadku wyłączenie z opodatkowania ze strony jednego państwa następuje tylko wtedy, gdy drugie państwo opodatkowuje dochód lub majątek. Tak więc w tym przypadku nie występuje podwójne zwolnienie od opodatkowania.

Pozostałe metody eliminacji podwójnego opodatkowania mają raczej marginalne znaczenie w porównaniu z kredytem podatkowym lub wyłączeniem, stąd zostaną w tym miejscu pominięte.

Ocena metod eliminujących podwójne opodatkowanie z praktycznego punktu widzenia skupia się wokół dwóch najczęściej stosowanych: metody kredytu podatkowego, czyli metody zaliczenia i metody wyłączenia, czyli zwolnienia.

Punktem wyjścia dla oceny właściwości stosowania jednej lub drugiej metody jest założenie związania obowiązku podatkowego ze stanami faktycznymi, pozostającymi w istotnym, w aspekcie prawnopodatkowym, stosunku do terytorium. Poszczególne państwa przypisują sobie w ramach ich jurysdykcji podatkowej, uprawnienia do opodatkowania określonych stanów faktycznych w ramach środków jednostronnych, względnie uprawnienia te są rozdzielone na mocy postanowień umów międzynarodowych.

Powszechne stosowanie metody wyłączenia z progresją uzasadnione jest faktem równomiernego rozłożenia obciążeń podatkowych. Zastosowanie wyłączenia z progresją ma ten walor, że w efekcie powoduje identyczne potraktowanie w zakresie ustalania stawki podatkowej dochodów krajowych i zagranicznych. Wadą metody wyłączenia zwykłego jest fakt definitywnej utraty potencjalnych dochodów podatkowych przez państwo rezydencji.

W systemach prawnych Europy kontynentalnej metoda wyłączenia stała się podstawową konstrukcją stosowaną dla unikania podwójnego opodatkowania, podczas gdy w obszarze prawa anglo – amerykańskiego rolę taką pełniła metoda zaliczenia. Reasumując warto wskazać na proponowane regulacje w Modelowej Konwencji OECD. W odniesieniu do metod unikania podwójnego opodatkowania przewidziane są dwie wersje artykułu umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Pierwsza z nich przewiduje połączenie metody wyłączenia z progresją z metodą zaliczenia zwykłego, przy czym metoda wyłączenia z progresją jest metodą podstawową, zaś metoda zaliczenia zwykłego odnosi się jedynie do kategorii dochodu biernego. Druga z nich przewiduje natomiast stosowanie jednolitej metody eliminacji podwójnego opodatkowania w postaci zaliczenia zwykłego – kredytu zwykłego.



## ПРАВОВІ ПИТАННЯ ДОПУСКУ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИТОРІВ

*В. Посєдинок*

*Національний технічний університет України "КПІ"*

Одним з ключових питань правового регулювання іноземних інвестицій виступає питання допуску іноземних інвесторів у економіку приймаючої країни, включаючи процедури та обмеження допуску. Термін "допуск" ("admission") є традиційним і стосується власне можливості здійснення іноземних інвестицій на території певної держави.

Допуск іноземних інвесторів є інструментом публічно-правового регулювання у сфері здійснення іноземних інвестицій, який слугує меті забезпечення національної економічної безпеки. Уявлення про існуючі у світі концептуальні підходи до регулювання допуску можна отримати, здійснивши короткий огляд відповідних положень спеціального інвестиційного законодавства зарубіжних країн.

Як зазначається у матеріалах дослідження національних інвестиційних законів, яке було здійснене в рамках підготовки звіту щодо "загальної правової бази, яка б втілювала основні правові принципи заохочення прямих іноземних інвестицій" на замовлення Комітету з розвитку МВФ та Світового банку (березень 1992 р.), з точки зору того, які права ці закони надають іноземним суб'єктам щодо інвестування у відповідній країні, вони можуть бути поділені на дві групи. *Перша група* складається з законів, які взагалі не містять певним чином сформульованих обмежень допуску, або не містять спеціальних обмежень поза елементарними вимогами публічного порядку (щодо охорони здоров'я, навколишнього середовища тощо), які, однак, самі по собі можуть тлумачитися достатньо широко. Ця група складається з законів африканських, переважно франкомовних, країн. Інвестиційні закони *другої групи* включають положення, які передбачають вищий ступінь контролю допуску внаслідок зобов'язування іноземних інвесторів (усіх або таких, що здійснюють значні капіталовкладення) отримати спеціальні дозволи на інвестування. У свою чергу, друга група може бути поділена на дві підгрупи. До першої підгрупи належать закони, які не обмежують або обмежують незначним чином дискреційні повноваження державних органів щодо надання необхідних дозволів (передбачають положення "широкого розсуду"). Питання про надання дозволу зазвичай вирішується компетентним органом з огляду на економічні наслідки пропонованої інвестиції. Істотна частина країн цієї підгрупи мала соціалістичні уряди чи з інших причин залишалася порівняно менш відкритою для іноземних приватних інвестицій (Болгарія, Румунія, Угорщина, Аргентина, Венесуела тощо). Друга підгрупа складається з законів, які, поряд з встановленням процедури допуску, закріплюють чітко визначені й відносно обмежені межі розсуду компетентних органів у вирішенні питань допуску. До цієї підгрупи належать переважно закони країн, що розвиваються або мають перехідні економіки, з порівняно високим доходом (Польща, Португалія, Єгипет, Чилі тощо).

Позірна відмінність між законами першої та другої груп є насправді не надто різною, оскільки закони першої групи, не накладаючи спеціальних обмежень на допуск як такий, тимчасом встановлюють процедури, подібні до процедур "широкого розсуду", для допуску до привілейованих режимів здійснення інвестиційної діяльності, які, по суті, становлять головний предмет регулювання цих кодексів. Таки чином, фактично жоден з національних інвестиційних законів не передбачає необмежених прав іноземних інвесторів щодо інвестування у приймаючій країні. Водночас, країнами заохочується передусім допуск інвестицій, які відповідають їх економічним пріоритетам (що знаходить вияв, зокрема, в законодавчо закріплених переліках пріоритетних для цілей залучення іноземних інвестицій секторів економіки).

Подібно до законів країн, що розвиваються, та країн з перехідною економікою, інвестиційні закони розвинених країн відносять питання допуску до сфери дискреційних повноважень компетентних органів, що реалізуються цими органами відповідно до законодавства. Незважаючи на обмеженість сфери застосування прямих заборон, будь-яка з цих держав зазвичай володіє дієвими засобами недопущення в економіку небажаного інвестора. Так, закони Австралії, Канади та Нової Зеландії встановлюють, у яких випадках іноземним інвесторам необхідно отримати дозволи або спеціальні погодження, і надають різноманітні межі розсуду компетентним органам щодо цього (так само питання допуску вирішується в Італії та у Франції, хоч ці країни і не мають спеціальних

інвестиційних законів). Закони Японії та Іспанії за загальним правилом передбачають реєстрацію іноземних інвестицій по факту їх здійснення поряд з можливістю заборони здійснення інвестиційної діяльності у країні або необхідністю отримання спеціальних дозволів, якщо виникає загроза заподіяння шкоди публічним інтересам (з-поміж країн, які не мають спеціальних інвестиційних законів, подібне регулювання мають Великобританія та США). За відсутності (з очевидних причин) заохочувальної спрямованості, властивої інвестиційним законам країн, що розвиваються, закони розвинених країн зосереджуються на питаннях контролю та нагляду за діяльністю іноземних інвесторів. Допуск становить головний предмет регулювання цих законів, що інколи вбачається і з їх назви (прикладом можуть слугувати Закон Японії 1979 р. про контроль за валютним обміном та зовнішньою торгівлею, Закон Нової Зеландії 1973 р. про покращення нагляду та контролю за іноземним інвестуванням у Новій Зеландії).

Ілюстративними видаються положення Інвестиційного закону Канади 1985 р., який має протекціоністську спрямованість, обумовлену необхідністю захисту національних економічних інтересів зважаючи на загрозу домінування корпорацій США. Цим законом передбачені два варіанти процедури допуску іноземного інвестора: а) повідомний; б) дозвільний. Повідомній процедурі підлягають інвестиції, спрямовані на заснування нової "канадської справи" ("*Canadian business*") або на набуття контролю над "канадською справою", за умови, якщо вони не підлягають дозвільній процедурі. Останній підлягають інвестиції, спрямовані на набуття контролю над "канадською справою", якщо сукупна вартість активів учасників відносин контролю дорівнює або перевищує встановлені в Інвестиційному законі значення. Дозвіл на здійснення таких інвестицій видається за умови, якщо уповноважений орган дійде висновку, що вони принесуть "чисту користь" Канаді. Важливим є положення Інвестиційного закону, яке встановлює обов'язок іноземного інвестора щодо періодичного подання до уповноваженого органу інформації, яка підтверджує, що інвестиційна діяльність здійснюється згідно з параметрами, визначеними у заявці на отримання дозволу. Для нас положення зазначеного закону становлять інтерес з огляду на існуючу можливість монополізації української економіки російським капіталом, наслідки чого здатні виявити себе і у політичній сфері.

При цьому у Законі України "Про режим іноземного інвестування" рамковий підхід до допуску іноземних інвесторів у вітчизняну економіку практично не розроблений. Відповідно до ч.3 ст.7 зазначеного Закону, законами України можуть визначатися території, на яких діяльність іноземних інвесторів та підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог забезпечення національної безпеки. Про можливість встановлення обмежень (заборон) діяльності іноземних інвесторів за іншими, аніж територіальний, критеріями (галузевим або за видами господарської діяльності) Закон "Про режим іноземного інвестування" взагалі не згадує, хоч такі обмеження (заборони) фактично передбачені рядом законодавчих актів України, що цілком відповідає світовій практиці. Так, виключається участь іноземних інвесторів у здійсненні видів господарської діяльності, які становлять сферу державної монополії (ст.4 Закону України "Про підприємництво"). Окремі нормативні акти встановлюють *обмеження* для іноземних інвесторів, хоч і не надто послідовно, оскільки при формулюванні обмежень, як правило, не враховуються відносини залежності. Зокрема, відповідно до ст.2 Закону України "Про страхування", страхова діяльність в Україні здійснюється виключно страховиками – резидентами України, однак розмір участі іноземних суб'єктів у капіталі страховика не обмежується. Аналогічний підхід закріплений Законом України "Про зв'язок" (ст.11), згідно з яким право власності, а також право на технічне обслуговування та експлуатацію мереж телекомунікацій може належати юридичній особі – резиденту України. Ст.10 Державної програми приватизації на 2000-2002 роки встановлює, що промисловим інвестором не може бути компанія, зареєстрована в офшорній зоні. Більш послідовну позицію займає Закон України "Про телебачення і радіомовлення" (ст.13) забороняє створення телерадіоорганізацій іноземними юридичними і фізичними особами, особами без громадянства, а також телерадіоорганізацій, у статутному фонді яких більш як 30 відсотків іноземних інвестицій; при цьому іноземне інвестування телерадіоорганізацій здійснюється під контролем та за згодою Національної ради України з телебачення та радіомовлення.

Рамковий підхід до допуску іноземних інвесторів отримав певний розвиток у Господарському кодексі України, де встановлено, що законом можуть бути визначені галузі господарювання та/або території, в яких встановлюється загальний розмір участі іноземного інвестора, а також території, на яких діяльність підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог забезпечення національної безпеки (ч.5 ст.116); іноземні підприємства не можуть створюватися в галузях, визначених законом, що мають стратегічне значення для безпеки держави (ч.2 ст.117). Ці

норми, однак, не вказують на будь-які процедури допуску іноземного інвестора у відповідні галузі або процедури контролю за дотриманням інвестором умов допуску після здійснення інвестування.

Не є процедурою допуску існуюча наразі процедура державної реєстрації іноземних інвестицій. Державна реєстрація іноземних інвестицій здійснюється по факту їх внесення. Відмова у державній реєстрації іноземної інвестиції можлива лише у випадку, коли здійснення цієї інвестиції суперечить законодавству України, або подані документи не відповідають встановленим вимогам. Вичерпний перелік документів, що подаються для державної реєстрації інвестицій, навряд чи дає змогу оцінити навіть формальну відповідність їх здійснення законодавству України. Так, здійснення іноземної інвестиції може мати ознаки концентрації відповідно до ст.22 Закону України "Про захист економічної конкуренції" та потребувати попереднього дозволу у випадках, визначених цим Законом. Однак подання інвестором копії такого дозволу реєструючому органу у випадках, коли його отримання є необхідним, не передбачене. Слід зауважити, що невідповідність вимогам конкурентного законодавства є лише одним з можливих випадків невідповідності іноземної інвестиції публічним інтересам, відслідкувати які при державній реєстрації іноземних інвестицій вельми проблематично.

Навіть фактичне виявлення невідповідності здійснення іноземної інвестиції законодавству не усуває загрози спричинення шкоди публічним інтересам, оскільки відмова у державній реєстрації іноземних інвестицій не означає заборони на здійснення інвестиційної діяльності. Закон України "Про режим іноземного інвестування" встановлює, що незареєстровані іноземні інвестиції не дають права на отримання пільг і гарантій, передбачених цим Законом, у тому числі щодо переказу прибутків. Однак мета інвестора може полягати не в отриманні прибутків від господарської діяльності реципієнта інвестицій, а в усуненні останнього з ринку чи використанні його у певних фінансових схемах. Власне, і для переказу прибутків можна використати шляхи інші, аніж репатріація їх відповідно до законодавства. Отож, не надто добросовісний іноземний інвестор може і не здійснювати державну реєстрацію інвестицій.

Практична цінність процедури державної реєстрації іноземних інвестицій в існуючому вигляді на сьогоднішній день уявляється сумнівною. Вище йшлося про неспроможність її забезпечити публічні інтереси. Будучи доволі обтяжливою для іноземного інвестора, зазначена процедура не слугує і забезпеченню його приватних інтересів. На нашу думку, дія гарантій, передбачених в Законі України "Про режим іноземного інвестування", повинна поширюватися на іноземних інвесторів в силу самого здійснення інвестицій. Це відповідатиме функціональному призначенню гарантій як правових засобів, покликаних компенсувати підвищений інвестиційний ризик інвестора, зокрема, іноземного. Що ж до пільг, то наразі переваги, надані законодавством іноземним інвесторам та підприємствам з іноземними інвестиціями, вичерпуються спеціальним порядком сплати мита при ввезенні в Україну майна як внеску іноземного інвестора до статутного фонду підприємства з іноземними інвестиціями, а також за договорами про спільну інвестиційну діяльність, та нерозповсюдженням режиму ліцензування та квотування на продукцію підприємств з іноземними інвестиціями за умови сертифікації її як продукції власного виробництва. Відповідність факту існування цих переваг вимозі національного режиму господарської та іншої діяльності іноземних інвесторів в Україні, закріпленій у ст.7 Закону України "Про режим іноземного інвестування" та Законі України "Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження", сама по собі викликає сумніви, як і доцільність їх збереження у майбутньому.

Тенденція до вирівнювання правового становища вітчизняних та зарубіжних інвесторів цілком відповідає світовій практиці. Наприклад, у Керівних вказівках Світового банку з правового регулювання прямих іноземних інвестицій 1992 р. вказується на необхідність дотримання принципу недискримінації вітчизняних інвесторів учасниками інституцій банку. Цей документ базується на вихідному положенні про те, що однаковий правовий статус інвесторів за подібних умов та вільна конкуренція між ними є передумовами позитивного інвестиційного середовища. Згідно з Керівними вказівками, ніякі їх положення не вказують на те, що іноземні інвестори повинні отримувати привілейоване становище у порівнянні з національними інвесторами. Щодо податкових пільг та інших фіскальних заохочень для іноземних інвесторів, то вони повинні бути прямо прив'язані до видів діяльності, що підлягає заохоченню, і в рівній мірі поширюватися на національних інвесторів за аналогічних обставин. Безумовно, іноземний інвестор, що діє у чужому для нього правовому полі, несе специфічні ризики, які збільшують сукупний інвестиційний ризик такого інвестора порівняно із ризиком інвестора національного. Однак такі специфічні ризики повинні компенсуватися не заходами економічного стимулювання (функціональне призначення яких зовсім інше – спонукання до

досягнення суспільно бажаних результатів господарювання), а спеціальними гарантіями прав іноземних інвесторів.

Вважаємо, що балансу публічних інтересів та приватних інтересів іноземних інвесторів у питанні допуску можна досягти шляхом запровадження двох різних процедур: а) за загальним правилом –повідомлення про фактичне здійснення інвестиції (існуюча наразі процедура державної реєстрації іноземних інвестицій не є повідомною, оскільки передбачає розгляд компетентним органом питання про реєстрацію та прийняття рішення про здійснення реєстрації або відмову у здійсненні реєстрації). Таке повідомлення має обслуговувати суто цілі статистичного обліку. Обов'язок іноземного інвестора здійснити зазначене повідомлення у визначений строк після фактичного здійснення інвестиції може бути забезпечений відповідальністю у вигляді господарсько-адміністративного штрафу в разі його невиконання; однак невиконання цього обов'язку ніяким чином не повинно впливати на правовий режим інвестицій; б) отримання попереднього дозволу на здійснення інвестиції в галузях, визначених законом, що мають стратегічне значення для безпеки держави, та в інших випадках, прямо визначених законом. Правовими засобами, спрямованими на захист інтересів інвесторів від бюрократичних зловживань у рамках зазначеної процедури, повинні бути: законодавче закріплення строку видачі дозволу, мінімально необхідного для вирішення питання; положення про те, що у випадку неприйняття рішення компетентного органу про видачу дозволу або відмову у його видачі протягом встановленого строку дозвіл вважається виданим; вимога обґрунтованості відмови у видачі дозволу та можливість її судового оскарження. Видача дозволу на здійснення інвестиції, очевидно, має породжувати обов'язок іноземного інвестора щодо періодичного подання до компетентного органу інформації, яка підтверджує дотримання умов, на яких видавався дозвіл.

Підкреслимо, що ми не є прихильниками "зарегульованості" у сфері іноземного інвестування. Пропонований підхід до вирішення питання про допуск іноземних інвесторів має на меті лише концентрацію регулятивних зусиль держави на напрямках, де такі зусилля є дійсно необхідними з огляду на необхідність запобігання нанесенню шкоди національним інтересам, зокрема, щодо збереження та розвитку конкурентних позицій України у відповідних сферах. Досвід зарубіжних країн свідчить, що детальна законодавча регламентація процедур допуску іноземних інвесторів та контролю за їх діяльністю ніяким чином не суперечить заохочувальній спрямованості інвестиційного законодавства. Водночас, за загальним правилом публічно-правове регулювання правового становища іноземних інвесторів повинне стати менш інтенсивним (на цьому наголошує і прийнятий у липні 2003 р. Указ Президента України "Про додаткові заходи щодо залучення іноземних інвестицій в економіку України", вказуючи на необхідність спрощення інвесторами документів дозвільного характеру, необхідних для здійсненні інвестиційних проєктів, державної реєстрації іноземних інвестицій, сертифікації продукції).

## МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ УКРАЇНСЬКИХ МОРЯКІВ У ВИПАДКУ ПРОТИПРАВНИХ ДІЙ ЩОДО НИХ ЗА КОРДОНОМ

*С. Павлиш*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Реалії сьогодення в сфері морського торговельного судноплавства ставлять перед консульською службою все складніші та відповідальніші завдання. Працівникам консульських відділів посольств та консульських представництв України в країнах Африки та Південно-Східної і Південно-Західної Азії слід враховувати особливості умов і у зв'язку з цим специфіку проблем, які постають перед ними. Ще на скликаній Каліфорнійським університетом нараді в Хосе 16-19 березня 1986 р. за участю провідних фахівців з морського права та з питань боротьби з тероризмом було прогнозовано, що бандитські напади на морі та акти самоуправства будуть кількісно збільшуватися і якісно ускладнюватися, особливо в зазначених районах, при чому з особливою тривогою було констатовано незахищеність портів і суден, які є вразливішими за аеропорти і літаки. Незважаючи на намагання світової спільноти боротись з цими негативними явищами, зокрема, нововведенням стане застосування нової системи безпеки на морі та наявність на борту певних категорій морських суден так званої "чорної скриньки", вони все ж мають місце.

Особливо потерпають від цього українські моряки, частина з яких, наймаючись за фахом на іноземні судна в пошуках заробітку, часто опиняється в найрізноманітніших державах світу кинутими напризволяще або без своєчасної належної допомоги. Можна навести багато прикладів, коли в територіальних водах країн "екзотичних регіонів" на судна під прапором України або на судна з українськими моряками у складі екіпажу скоюють бандитські напади, розкрадають вантажі, наносять поранення морякам з таких суден. Також доволі поширеними явищами залишаються акти самоуправства. Однією з яскравих ілюстрацій останніх було безпідставне утримання під так званім "домашнім арештом" в одному з готелів м. Овендо (Габон) офіцерського складу екіпажу грецького судна "Peter" (серед них четверо українців) з метою тиску на страхову компанію для виплати компенсації за наслідки зіштовхнення з іншим судном у водах цієї країни. А після залагодження справи з відшкодуванням завданих збитків – подальше утримання моряків з метою отримання плати за їхнє так зване "проживання" в готелі.

І такі випадки не поодинокі. В деяких з них обсяг консульського втручання значно виходить за межі передбаченого у Консульському статуті України 1994 р., консульських конвенціях та внутрішніх інструкціях кола обов'язків консула, не лише виявляючи прогалини у законодавстві, але й вимагаючи від даної посадової особи діяти на власний розсуд. Попри визнання життя, здоров'я та безпеки громадян України найвищою соціальною цінністю, яка згідно зі ст.3 Конституції визначає зміст діяльності держави (в тому числі і зовнішньополітичної) та її обов'язки, Міністерство закордонних справ (МЗС) нашої країни залишає за собою прерогативу надавати своїм працівникам в кожній подібній ситуації окремі інструкції, а серед науковців і спеціалістів в галузі консульського права відсутнє прагнення дослідити та проаналізувати наявні випадки. Разом з тим кратність залучення працівників консульської служби до подібних справ дозволяє зробити висновки про нагальну необхідність розробити відповідний механізм захисту цими посадовими особами моряків.

З огляду на те, що реакція нашої держави в усіх, можна сказати без перебільшення, випадках обмежується лише намаганнями визволити наших співгромадян силами вітчизняних та іноземних дипломатів та консулів, доцільним видається доповнення положень розділу V Консульського статуту України про функції консула щодо суден (з подальшим урахуванням новели у двосторонніх консульських конвенціях та національних нормативних актах) новою функцією – функцією посередництва при веденні переговорів з порушниками для врегулювання ситуації, яка склалася. Відсутність досвіду подібної діяльності у консулів можна швидко компенсувати шляхом дослідження практики застосування процедури примирення у міжнародному праві, вивчення і запозичення позитивного досвіду процесу ведення переговорів з подальшою належною практичною підготовкою працівників Департаменту консульської служби МЗС. Без сумніву, велику роль в отриманні професійних навиків відіграватиме ознайомлення з практикою тренінгу в діяльності консульських служб різних держав та проведення семінарів з обміну досвідом.

Проте і тут є свої особливості, адже передбачена у ст.5 Віденської конвенції про консульські зносини 24.04.1963 р. учасником якої є також і Україна, консульська функція із захисту, надання допомоги і сприяння громадянам акредитуючої держави у державі перебування в межах, які допускаються міжнародним правом, стосується лише тих консульських посадових осіб, які акредитовані в даній конкретній державі. Однак в більшості випадків проблему якраз і становить відсутність розгалуженого представництва України у вже зазначених регіонах (наприклад, сьогодні наша держава має лише 17 посольств у країнах Африки), що, звичайно, відбивається на якості захисту прав та інтересів моряків і оперативності надання такого захисту, – оскільки це змушує звертатись по допомогу до інших держав, представлених у країні, де затримали українських моряків, що, передбачаючи необхідну процедуру нотифікації між зовнішньополітичним відомствами, забирає цінний час. А в таких випадках саме своєчасність надходження інформації до МЗС України та дії останнього є тими визначальними чинниками, які впливатимуть на долю потерпаючих.

Гарантія згідно зі ст.25 Конституції надання захисту і піклування не лише тим громадянам, які проживають в нашій державі, але й тим, які виїхали за її межі, покладає на Україну завдання попередження в подальшому таких актів, а необхідність сприяти зростанню поваги до нашої держави на світовій арені диктує вимогу, керуючись приписами міжнародного права, покарати винного та компенсувати завдану морякам моральну і матеріальну шкоду, адже в міжнародному праві будь-яке протиправне діяння тягне за собою відповідальність винного суб'єкта. Але одразу виникає запитання – застосування норм міжнародного приватного чи публічного права буде мати місце? Виникнення такої дихотомії права внаслідок різного характеру правовідносин між людьми ускладнює пошук норм для врегулювання даної ситуації, хоча цей поділ на приватне і публічне право і можна визнати умовним, зважаючи, зокрема, на те, що одні й ті самі за змістом відносини можуть мати і приватноправову, і публічноправову форму. Здавалось би, керуючись нормами і принципами міжнародного приватного права при здійсненні своєї зовнішньоекономічної діяльності, винні суб'єкти повинні й нести відповідальність згідно з нормами і принципами власне цього права. Однак, саме міжнародне публічне право встановлює стандарти поваги до прав людини, визначаючи, зокрема, в ст.9 Загальної декларації прав людини 10.12.1948 р. протиправність безпідставного арешту, затримання або вигнання. До того ж, згідно саме з міжнародним публічним правом держави зобов'язані поважати права людей, які перебувають на їхній території, – вони, аж ніяк не будучи зобов'язаними допускати на свою територію чужинців, володіють правом відмовити в прийнятті їх на своїх теренах, але якщо вони вже дозволили перетнути свій кордон (зокрема, в Україні це Закон "Про правовий статус іноземців" від 04.02.1994 р., Постанова Кабінету Міністрів "Про Правила в'їзду іноземців в Україну, їх вїзду з України і транзитного проїзду через її територію" від 29.12.1995 р. тощо) або ступити на свій берег (для сходження на берег морякам необхідний спеціальний дозвіл місцевої влади, первинна назва якого була "паспорт", тобто "прохід у порт"), то повинні поводитись з іноземцями цивілізовано.

Формально на міжнародному рівні вже зроблено чимало для сприяння повазі до прав людини, але фактично на національному рівні, який на думку юристів-міжнародників має вирішальне значення, ситуація залишається незадовільною, коли ми маємо справу з африканськими країнами. Тут труднощі виникають не лише у зв'язку з тим, що багато з них або взагалі не мають відповідного рівня законодавства, або ж воно не є сталим, як у Єгипті, Нігерії, Сомалі та ін., але й через те, що в силу своїх культурних традицій країнам притаманна наявність окрім верховної влади, ще й влади великої кількості місцевих "князьків" зі своїми власними законами і порядками. Так, наприклад, нігерійська компанія "Лонестар" (порт Самеле на річці Бенін, 70 миль від океану) після звинувачення капітана українського судна "Дубай Велор" у втраті 7 вантажних місць оцінила суму завданої матеріальної шкоди в 17 млн. дол. США, хоча фактичну вартість затонулого вантажу страховики визначили лише як 200 тис. дол. США. Після оформлення протесту проти самоуправства вантажоодержувача Верховний Суд Нігерії своїм рішенням звільнив українське судно з-під арешту у серпні 1997 р., але теплоті за допомогою погрози зброєю було захоплено в полон вже згадуваною компанією (власником якої був один з місцевих вождів), звідки протягом дев'яти місяців визволенням 23-х членів екіпажу (без командного складу) займались російські дипломати разом зі страховими та адвокатськими компаніями і спеціально відрядженими українськими представниками МЗС. Як з'ясувалося згодом, жодне морське судно не виходило з цього порту, поки не заплатить "викуп" місцевому вождю.

В принципі, держава, відповідаючи лише за власні дії або бездіяльність та за дії свого державного апарату, не відповідає за дії приватних осіб, якщо тільки останні не супроводжуються невжиттям з боку держави заходів для запобігання згубному впливові таких дій, коли наявне очевидне непокарання винних окремих осіб. У таких випадках відповідальність за дії – не лише органів та

посадових осіб держави, але й за діяльність фізичних та юридичних осіб, які перебувають під її юрисдикцією, – що тягнуть за собою порушення міжнародного публічного права (в даному випадку прав людини, які визнаються одним з основоположних принципів міжнародного права), повинна бути покладена на державу в цілому, а вже від неї залежить, чи карати прямих винуватців згідно з нормами свого національного права. Така породжена міжнародним деліктом відповідальність іноземної держави перед Україною є суто декларативною, оскільки сама по собі вона не включає заходів примусу, хоча це не скасовує права українських громадян на дипломатичний захист з боку своєї держави. Це означає, що, згідно з теорією міжнародного права, потерпаючи в усіх випадках, коли завдають шкоди її громадянинові, держава громадянства моряків може, більше того, повинна, дипломатичними каналами подати державі місця порушення їхніх прав позов з вимогою компенсації або іншої форми відшкодування. І хоча предмет такого позову не можна обґрунтовувати обставинами, що у власній країні з моряками поводитись би краще, більшість держав визнають, що таке може мати місце, якщо дії іноземної країни є нижчими за мінімальний міжнародний стандарт, тобто, як визначив Міжнародний Суд, "поводження з іноземцями, щоб його можна було вважати міжнародним правопорушенням, має бути рівносильним грубій нарузі, несовісності, навмисному нехтуванню обов'язком або недостатності урядової дії, такою мірою нижчої за міжнародні стандарти, що кожна розумна і неупереджена людина зможе відразу розпізнати цю недостатність".

До того ж, міжнародному праву відомі випадки відшкодування завданої фізичною особою шкоди, на зразок справи з убивством в Ізраїлі посередника ООН у Палестині 1948 р. графа Бернадота, коли в позові про відшкодування втрат зазначалось, що Ізраїль, не відвернувши вбивство і не покаравши вбивць, виявив злочинну недбалість. Незважаючи на те, що справу було залагоджено шляхом переговорів (Ізраїль погодився виплатити відшкодування, хоча і заперечував свій обов'язок це робити), Міжнародний Суд ООН визнав право суб'єкта міжнародного публічного права звертатись з аналогічним позовом. Навіть ще до утворення згаданої міжнародної організації сплачувала за завдані збитки і Росія, коли її військові кораблі при проходженні Північним морем повз Доггер-банку обстріляли 1904 р. британські риболовецькі судна. Цей аспект захисту прав громадян яскраво і однозначно виражений Міжнародним Судом у справі "Барселона трекшн", де він визнав "що в межах, встановлених міжнародним правом, будь-яка Держава може здійснювати дипломатичний захист будь-якими способами та будь-якою мірою на свій розсуд, оскільки це є її власним правом, яке ця Держава відстоює <...> Держава має розглядатися як єдиний суддя, що вирішує, надавати чи не надавати захист, якщо надавати, то якою мірою і коли його припинити".

## СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ АВТОНОМІЇ ВОЛІ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

*С. Задорожна*

*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Для аналізу автономії волі ключове значення має проблема предмету та сфери застосування автономії волі. Предметом автономії волі є ті суспільні відносини, щодо яких діє принцип, сутність якого полягає у виборі застосовного права. Теоретичне обґрунтування і законодавче окреслення кола відносин, учасникам яких буде надаватися право самостійно обирати застосовне право, надасть чіткості в регулювання даних відносин і дозволить уникнути порушення дозволених меж предметного кола.

Питання сфери застосування автономії волі є актуальним й з огляду на ступінь його наукової розробки. Теоретичному дослідженню умов дійсності угоди про вибір права в українській науці міжнародного приватного права майже не приділялось уваги. Частково проблему автономії волі досліджував Кисіль В.І. Окремі питання розглядалися зарубіжними авторами. Наприклад, німецькі вчені Х. Кох, У. Магнус дають аналіз норм НЦУ про обмеження автономії волі щодо договорів, сторони яких потребують спеціального захисту. Російський автор Толстих В.Л. аналізує норми ЦК РФ щодо відносин, на які розповсюджується автономія волі. Але в загальному слід сказати, що дане питання майже не досліджене на теоретичному рівні, що ускладнює його наступне нормативне закріплення.

Отже, основним завданням є з'ясування предмету автономії волі, тобто визначення кола відносин щодо регулювання яких сторони можуть обрати застосовне право.

Оскільки ціллю автономії волі є вирішення колізій, то суспільні відносини, що є предметом автономії волі, повинні мати колізійний (міжнародний приватний) характер, тобто бути ускладнені іноземним елементом.

Можливість вибору права має місце виключно щодо відносин, що мають міжнародний (приватний) характер і не допускається при укладенні внутрішніх договорів. Такої позиції дотримується і український законодавець. Але, згідно п.3 ст.3 Римської конвенції, той факт, що сторони обрали іноземне право (при цьому елементи, що мають значення для ситуації під час вибору права, пов'язані тільки з однією країною), не перешкоджають застосуванню імперативних норм права цієї країни. Тобто, Римська конвенція "Про право застосовне до договірних зобов'язань", прийнята 19 червня 1980 року (далі Римська конвенція), дозволяє вибір права до договорів за наявності зв'язку тільки з однією країною, за умови, що такий вибір не порушує імперативних норм національного законодавства. При цьому імперативні норми національного права мають пріоритет перед обраним сторонами правом. Аналогічне положення містить законодавство Німеччини.

Коло цивільних правовідносин, щодо яких може діяти автономія волі, як правило, чітко окреслене національним законодавцем. Автономія волі не має універсального характеру і розповсюджується тільки на ті відносини, які визначені законом і по відношенню до яких не діють імперативні норми.

За ЦК УРСР від 1964 року застосування автономії волі обмежувалось сферою зовнішньоторговельних угод: права і обов'язки сторін по зовнішньоторговельній угоді; виникнення і припинення права власності на річ за зовнішньоторговельною угодою; право власності на річ, що знаходиться в дорозі за зовнішньоторговельною угодою визначається за погодженням сторін (ст.569).

Ст.569 ЦК УРСР аналогічно закріплюються в проекті в ст.ст.1582 – виникнення і припинення права власності на рухоме майно, що є предметом правочину, визначається за правом країни, обраним сторонами; 1584 – право власності на рухоме майно, що перебуває в дорозі визначається за погодженням сторін; 1586 – сторони можуть обрати право країни, що застосовується до їхнього договору, та відповідно ст.166 Основ цивільного законодавства у ст.ст.1586,1587 проекту. Отже, проект розповсюджує дію автономії волі лише щодо рухомого майна, тоді як до нерухомого майна буде застосовуватись право країни, де це майно знаходиться.



Крім того новацією тут є положення щодо обмеження автономії волі в сфері договорів споживання та трудових договорів. Ст.1588 проекту закріплює, що вибір права країни сторонами договору споживання не може позбавляти споживача захисту, який надається йому імперативними нормами права країни його звичайного місця перебування, якщо:

- укладенню договору передувала спеціальна оферта або реклама в цій країні та споживач здійснив усе необхідне для укладення договору в цій країні; або
- замовлення від споживача було прийняте у цій країні; або
- споживач з ініціативи іншої сторони здійснив подорож за кордон з метою укладення договору щодо придбання товарів.

У разі відсутності вибору права країни сторонами до укладеного згідно з п.2 цієї статті договору споживання, в тому числі до його форми, застосовується право країни, в якій споживач має звичайне місце перебування. Винятком із вищезазначених правил є договори перевезення, надання послуг, якщо послуга може бути надана виключно в країні, іншій ніж країна звичайного місця перебування споживача (крім договору туризму, який передбачає комбіноване перевезення та розміщення).

Ст.1588 проекту містить положення щодо обмеження автономії волі в сфері трудових договорів. Сторони трудового договору можуть у письмовій формі обрати право країни, що застосовується до трудового договору. Проте такий вибір не може погіршувати становище працівника порівняно з імперативними нормами права країни, яке підлягало б застосуванню за відсутності вибору права.

Такі обмеження автономії волі пояснюються наявністю у вищезазначених договорах сторони, що потребує спеціального захисту. Принцип автономії волі не повинен слугувати інструментом обмеження захисту інтересів споживачів і працівників, який гарантується імперативними нормами правопорядку, що підлягає застосуванню поза вибором сторін.

Такий захист надається і німецьким законодавцем у ст.ст.29,30 Вступним законом НЦУ.

Тут постає ще одна проблема, якщо імперативні норми не надають більш ефективного захисту. Якщо обраний сторонами правопорядок гарантує споживачам і працівникам більш ефективний захист їх інтересів, ніж імперативні норми об'єктивно застосовуваного в силу колізійної норми прив'язки правопорядку, перевага надається першому. Якщо ж цей правопорядок такий захист забезпечити не може, то застосовується на основі принципу найбільшого сприяння правопорядок, до якого відсилає колізійна норма. Питання про те, чи є захист інтересів споживачів за обраним правом більш ефективним, вирішується шляхом конкретного порівняння цього права з об'єктивно визначеним шляхом колізійного відсилання.

Отже, терміни "не може погіршувати" та "не може позбавляти", закріплені у вищезазначених нормах проекту, доцільніше розуміти як альтернативний вибір права, що надаватиме стороні договору максимального захисту.

Важливим питанням є сфера дії обраного права, що застосовується до договору, яка закріплена у ст.1591 проекту, і охоплює: 1) дійсність договору; 2) тлумачення договору; 3) права та обов'язки сторін; 4) виконання договору; 5) наслідки невиконання або неналежного виконання договору; 6) припинення договору; 7) наслідки недійсності договору; 8) передання вимоги та переведення боргу у зв'язку з договором.

Іншими словами, сторони не можуть обирати право, що регулюватиме їхні відносини з державними органами (наприклад, митними органами, валютного, податкового контролю), а також право, що регулює їхні відносини з третіми сторонами (наприклад, перевізник).

Ще однією новацією, закріпленою в проекті, є те, що автономія волі діє в сфері сімейних правовідносин. Визнання можливості реалізації автономії волі у сімейному праві України пов'язане із введенням такого інституту сімейного права, як шлюбний договір. Ст.1600 проекту закріплює, що сторони шлюбного договору можуть обрати право країни, що застосовується до їхніх прав та обов'язків із шлюбного договору.

Проект закріплює загальні колізійні прив'язки щодо особистих немайнових і майнових відносин подружжя у п.1 ст.1601: Загальні юридичні наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності – правом країни, в якій подружжя має спільне звичайне місце перебування або мало його в останній час шлюбу за умови, що один з них все ще має своє звичайне місце перебування у цій країні, а за відсутності останнього – право країни, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином. Імперативний характер ці колізійні

прив'язки мають тільки при регулюванні особистих немайнових відносин подружжя, оскільки згідно от. 93 СК України шлюбним договором регулюються майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки. Отже при регулюванні майнових відносин прив'язка може бути змінена угодою сторін (принцип автономії волі). В даній ситуації, якщо подружжя обирають для регулювання шлюбного договору, тобто майнових відносин, інше право, ніж те, яке визначене колізійною нормою, то їхні особисті відносини будуть регулюватися однією правовою системою, а їхні майнові відносини – іншою.

Однак спірним щодо цього питання є п.2. ст.1601 проекту, що дозволяє подружжю обрати право, яке буде регулювати загальні юридичні наслідки їхнього шлюбу за умови дотримання сукупності певних вимог, якими є: подружжя не має спільного особистого закону, спільного звичайного місця перебування або якщо особистий закон жодного з них не збігається з країною їх спільного звичайного місця перебування. Але угода про вибір права країни припиняється, якщо особистий закон подружжя стає спільним. Як вбачається, термін "загальні юридичні наслідки шлюбу" включає в себе не тільки майнові відносини подружжя, а усе коло відносин, що породжується укладенням шлюбу. Тому, вищезазначена стаття, хоча і на певних умовах, але все ж таки надає подружжю можливість самостійно обирати право, що буде регулювати їхні як майнові, так і особисті немайнові відносини, що прямо протирічить частині першій цієї ж статті. Дещо вирішує дану проблему зв'язок цієї норми зі ст.1602 – майнові права та обов'язки подружжя. Оскільки ст.1602 регулює саме майнові відносини подружжя і закріплює форму угоди про вибір права, звідси випливає, що законодавець у п.2. ст.1601 мав на увазі вибір права щодо майнових відносин подружжя. Але все ж таки такий зв'язок є лише побічним доказом такого припущення.

У зв'язку з цим пропонується не включати п.2 (та пов'язаний із ним п.3) ст.1601 проекту в майбутній закон про міжнародне приватне право, як такий що вносить невизначеність у його тлумачення і суперечить іншим нормам даного закону,

Особливістю шлюбного договору є те, що він містить не тільки зобов'язання сторін, а й регулює їхні речеві права. У зв'язку з цим слід нагадати, що проект містить диспозитивну колізійну норму, згідно якої право власності та інші речеві права на нерухоме та рухоме майно визначаються за правом країни, в якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачене законом (ч.1 ст.1581). Однак п.2 ст.1582 закріплює, що виникнення та припинення речевих прав на рухоме майно, що є предметом правочину, визначається за правом країни, якій цей правочин підпорядкований, якщо інше не встановлено погодженням сторін. Отже, оскільки шлюбний контракт також є правочином, то відповідно право, що буде регулювати виникнення і припинення речевих прав на рухоме майно, може бути обране подружжям (автономія волі).

Для нерухомого майна встановлюється імперативна колізійна прив'язка *lex rei sitae*, а по відношенню до рухомого майна діє принцип автономії волі.

Такий поділ статутів майна та необхідність закріплення такої норми викликаний перш за все мобільністю рухомого майна, оскільки якщо прикріпити до статуту рухомого майна прив'язку *lex rei sitae*, то сторони за своїм бажанням зможуть змінити цей статут шляхом переміщення рухомої речі у просторі, що в свою чергу призведе до штучного створення прив'язки, обходу закону. По-друге, угоди з нерухомістю в більшій мірі зачіпають інтереси держави, в якій знаходиться нерухоме майно.

Положення, що визначає статут нерухомого майна за *lex rei sitae* також закріплено в п.5 ст.27 Конвенції Про правову допомогу і правовідносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах за участю держав СНД 1993 року (далі Мінська конвенція). Мінська конвенція розділяє статут рухомого і нерухомого майна, підкоряючи правовий режим рухомого майна праву країни, де подружжя мали спільне місце проживання. Однак, дана конвенція не містить принципу автономії волі, закріплюючи лише чотири колізійні прив'язки для визначення права, що буде регулювати відносини подружжя. Всі варіанти застосування тієї чи іншої прив'язки сформульовані імперативне і не можуть бути змінені угодою сторін. Оскільки ч.2 ст.17 Закону України "Про міжнародні договори України" від 22 грудня 1993 року закріплює положення про примат норм міжнародних угод, то в даному випадку повинна застосовуватись норма міжнародного договору. Отже, вибір права сторонами відповідно до ст.1600 проекту, не буде враховуватись, а буде застосоване право, визначене відповідно до колізійної норми, що міститься у міжнародному договорі.

Подібна ситуація склалась і по відношенню до інших двосторонніх договорів. Так, Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, також не містить принципу автономії волі.

Отже, реалізація принципу автономії волі поставлена в залежність від того, чи передбачена така можливість у міжнародному дво – або багатосторонньому договорі. Причина ж того, що автономія волі не закріплена у договорах за участю України пояснюється тим, що вони укладаються в той, час коли нормативний акт, який би регулював відносини міжнародного приватного характеру, ще не прийнятий. Оскільки українське законодавство в цілому позитивно відноситься до автономії волі, необхідно закріпити в кожному наступному договорі, що буде укладатися Україною, цей принцип і внести відповідні доповнення у вже укладені міжнародні договори.

В результаті розгляду даного питання слід зробити декілька висновків. Предметом автономії волі є суспільні відносини міжнародного приватного характеру, тобто майнові і особисті немайнові відносини, ускладнені іноземним елементом.

Автономія волі не допускається при укладенні внутрішніх договорів. Предмет автономії волі не обмежується договірними відносинами. Цивільні правовідносини, щодо яких може діяти автономія волі, чітко окреслені національним законодавством.

Автономія має обмежений характер щодо договорів споживання і трудових договорів, оскільки сторони останніх потребують спеціального захисту.

Автономія волі може реалізовуватись у сімейних відносинах при регулюванні майнових відносин подружжя.

**ОРГАНИ, ЩО ЗАЙМАЮТЬСЯ ЗАХИСТОМ  
СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ: ПРАВОТВОРЧИЙ ДОСВІД  
УКРАЇНИ ТА ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ***Л. Фединак**Львівський національний університет імені Івана Франка*

1. Визначення кола органів, які уповноважені захищати суб'єктивні цивільні права шляхом розгляду та вирішення цивільних справ, завжди є актуальним для правової системи будь-якої держави. Відповідно до Цивільного кодексу України (далі: ЦК України) від 16 січня 2003 р., до таких органів належать суд, Президент України, органи державної влади, органи влади Автономії Республіки Крим, органи місцевого самоврядування та нотаріат. Проте, рішення, прийняті Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування щодо захисту цивільних прав та інтересів особи не є перешкодою для звернення за захистом до суду. Цивільний кодекс України також передбачає повноваження суду стосовно незаконних дій цих органів (виняток становлять дії Президента України). Регулюючи питання захисту цивільних прав нотаріусом, Кодекс не містить норми, яка б вказувала на можливість особи звернутися до суду у випадку вчинення нотаріусом виконавчого напису на борговому документі. Немає також і норми про повноваження суду щодо незаконних дій нотаріуса. Цю прогалину заповнює ч.2 ст.124 Конституції України, яка вказує на те, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі та ст.50 Закону України "Про нотаріат" від 2 вересня 1993 р., яка встановлює право особи на подання скарги на неправильно вчинену нотаріальну дію або відмову в її вчиненні, визначає правила підсудності таких справ й процесуальне становище нотаріуса й інших посадових осіб, які вчиняють нотаріальні дії та можуть брати участь у справах за поданими скаргами. Повноваження суду щодо незаконних дій нотаріуса регулюються нормами Цивільного процесуального кодексу України (далі: ЦПК України), зокрема, гл.39 за назвою "Оскарження нотаріальних дій або відмови в їх вчиненні". Отже, вчинення нотаріусом виконавчого напису на борговому документі не є перешкодою для звернення особи до суду за захистом своїх цивільних прав та інтересів. Залежно від предмету заявлених вимог такий захист може здійснюватися у позовному чи окремому провадженні.

Виконавчий напис на борговому документі за законодавством багатьох іноземних держав здійснюється у судовому порядку та належить до спрощеного порядку цивільного судового провадження. Так, у США він проводиться відповідно до Федеральних правил цивільного процесу. Порушити це провадження має право як позивач, так і відповідач. Для постановлення рішення, суд повинен встановити відсутність між сторонами істотних спорів щодо фактичних обставин справи та переконатися у тому, що рішення постановляється на користь сторони, яка подала до суду заяву про застосування спрощеного судового провадження. Суть цього провадження зводиться до того, що суд, не визнаючи фактичні обставини справи предметом спору, розглядає тільки певне правове питання. А саме, чи буде правомірним постановлене судові рішення, яке задовольнятиме пред'явлені вимоги, за наявних фактичних обставин справи. У спрощеному провадженні переважно розглядаються справи про пропускання позивачем строку давності, спори про векселі, страхові поліси тощо. Федеральні правила цивільного процесу США передбачають спеціальні санкції за пред'явлення недоброчесної письмової заяви з клопотанням розглянути справу в спрощеному порядку. Крім цього, сторона, яка подала таку заяву, зобов'язується відшкодувати іншій видатки, пов'язані з цим провадженням. Їх розмір встановлюється судом додатково.

Спрощений порядок цивільного судового провадження передбачений і законодавством держав континентальної Європи. Наприклад, ЦПК та деякі інші законодавчі акти Франції також визначають категорії цивільних справ, що підлягають розгляду в спрощеному судовому порядку. Зокрема, такий порядок може застосовуватися до справ, які вважаються: нескладними з правової точки зору, але предметом спору є значна сума стягуваного боргу; складними з правової точки зору, хоча предметом спору є незначна сума стягуваного боргу; такими, що потребують негайного постановлення рішення та його виконання.

Згідно з цивільним процесуальним законодавством Республіки Польща стягнення з боржника грошей та речей, наділених родовими ознаками, допускається у наказовому порядку. Наказове провадження належить до компетенції державних нотаріальних бюро. Воно здійснюється на підставі позову та доданих до нього документів. Наказ про сплату позивачу боргу постановляється нотаріусами без заслуховування пояснень відповідача та розгляду справи по суті. Проте відповідач має право на оскарження такого наказу. Оскарження наказу є підставою для порушення цивільної справи про стягнення боргу у позовному провадженні суду за правилами загальної підсудності. Якщо наказ не оскаржується, то він набирає законної сили та прирівнюється до судового рішення.

За законодавством Російської Федерації інститут виконавчого напису на борговому документі вчинений нотаріусом існує поряд з інститутом спрощеного порядку цивільного судового провадження, яким є провадження наказове. За своєю юридичною природою, наказове провадження – це форма судового захисту по стягненню заборгованості з боржника на підставі безспірних документально підтверджених вимог заздалегіть встановлених законом. Наказове провадження застосовується у випадках, передбачених ЦПК Російської Федерації. Результатом наказового провадження є судовий наказ, який постановляється суддею одноособово і прирівнюється до виконавчого документа. Відповідно до норм згаданого Кодексу існує також спеціальний порядок оскарження судових наказів. Наказове провадження розглядається як альтернативне позовному, але відміну від позовного провадження, завданням наказового є розгляд справи у спрощеному та пришвидшеному порядку. Отже, за законодавством Російської Федерації кредиторі надається можливість вибору способів та засобів захисту своїх інтересів у визначених органах.

Аналіз норм цивільного процесуального законодавства України та деяких іноземних держав дає можливість зробити висновок про те, що захист цивільних прав та інтересів особи часто здійснюється у спрощеному процесуальному порядку. До такого процесуального порядку належать: спрощені провадження, наказові провадження, вчинення виконавчого напису на борговому документі. Переважно органами, до компетенції яких належать право здійснювати спрощений процесуальний порядок захисту цивільних прав та інтересів є суди. За законодавством деяких держав такими повноваженнями наділені нотаріати. Незважаючи на відмінності та особливості зазначених процесуальних форм, всі вони покликані пришвидшувати захист прав та інтересів особи.

2. Відповідно до законодавства більшості держав світу до кола органів, які уповноважені захищати суб'єктивні цивільні права шляхом розгляду та вирішення цивільних справ, належать третейські суди. Чинні нормативно-правові акти України також містять норми, які безпосередньо передбачають право суб'єктів цивільно-правових відносин передати спір на вирішення третейського суду. Це, зокрема, ст.6 ЦК України та ст.25 ЦПК України. Однак, у ЦК України від 16 січня 2003 р. немає норми, яка б серед судових органів окремо виділяла третейські суди.

Незважаючи на наявність Положення про третейський суд, який є додатком до ЦПК України, введеного в дію Законом УРСР від 18 липня 1963 р., третейський розгляд спорів між фізичними особами не отримав поширення в Україні. Певною мірою це пояснюється неінформованістю зазначених осіб про можливість звернення до третейського суду та переваги третейського розгляду, наприклад, його безкоштовність, що передбачена ст.8 Положення. З іншого боку, відсутність матеріального стимулу для самих третейських судів не сприяє розвитку цього інституту в державі.

Нині діюче Положення про третейський суд часто не відповідає реаліям часу, тому, оновлюючи ЦПК України, доцільно переглянути й норми Положення, що є додатком до нього. Зокрема, визначити правовий статус третейських судів у аспекті положень Конституції України, а саме ст.124, відповідно до якої народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Доцільним також є розширення переліку спорів, які б могли розглядатись третейськими судами. Так розширення диспозитивних засад у регулюванні майнових відносин у сім'ї (наприклад, законодавче закріплення договірної режиму майна подружжя) робить можливою передачу подружжям (колишнім подружжям) на вирішення третейського суду спору про розподіл майна. Третейським судам можна надати право вирішувати й деякі інші цивільно-правові спори за винятком тих, що виникають з адміністративно-правових відносин та справ окремого провадження, а також пов'язаних з державною таємницею. Звичайно, провадження цивільно-правових спорів у третейських судах не повинно порушувати правил паралельної юрисдикції стосовно інших судів в Україні.

Діюче законодавство в Україні не обмежує коло осіб, які можуть звертатися до третейського суду в Україні ні громадянством, ні їх місцезнаходженням. У одному з проектів закону України "Про третейський суд" пропонується не застосовувати такий закон у разі, коли одна із сторін знаходиться на території іноземної держави, якщо інше не встановлено третейським записом. Проте така норма у

майбутньому законодавстві є зайвою, оскільки третейський суд – це орган, який утворюється за угодою сторін і в якій спори передаються тільки за угодою сторін. Крім цього, відповідно до ч.3 ст.55 Конституції України будь-яка особа може використовувати усі національні засоби правового захисту.

В Україні договір про передачу спору на вирішення третейського суду повинен бути укладений у письмовій формі. Однак, законодавство не обумовлює спосіб оформлення третейського запису. На практиці його оформляють окремим документом або як застереження в основному договорі, укладеному між сторонами. Але не виключається можливість укладення такого договору шляхом обміну документами, поштовим, телеграфним, телетайпним, телефонним, електронним чи іншим зв'язком, який дозволяє достовірно встановити, що документ виходить від сторони договору. Тому спосіб оформлення третейського запису слід врегулювати у законодавстві України.

Враховуючи те, що розгляд спору у третейському суді є безкоштовним для сторін, не викликає сумнівів потреба у прийнятті норм про матеріальне і організаційне забезпечення діяльності третейських судів на території України.

## КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ

*В. Попович*

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Злочини проти людяності є одними із найтяжчих міжнародних злочинів. І хоча на нормативному рівні вони були закріплені лише в 1946 р. у Статуті Міжнародного воєнного трибуналу у Нюрнберзі під час судових процесів у справах воєнних злочинців після Другої світової війни, вони мають свою тривалу історію. Слід зазначити, що ще в 1868 р. у Санкт-Петербурзькій декларації було обмежено застосування під час війни певних вибухових чи запалювальних снарядів. У Преамбулі IV Гаазької конвенції про закони і звичаї сухопутної війни 1907 р. було зазначено, що "надалі, коли буде можливість видати більш повний збір законів війни... населення і воюючі залишаються під охороною і дією начал міжнародного права, оскільки вони впливають із звичаїв, що встановилися між освіченими народами та із законів людяності і вимог суспільної свідомості". У 1915 р. уряди Росії, Франції та Великобританії, з метою засудження вбивств вірмен у Туреччині, підписали Декларацію, у якій йшла мова про "злочин проти людяності і цивілізації, відповідальність за який буде покладена на членів Уряду Туреччини і причетних до різанини діячів".

Щодо видів злочинів проти людяності, то їх перелік міститься у ст.5 Статуту Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території колишньої Югославії від 25 травня 1993 р. та ст.3 Статуту Міжнародного трибуналу з Руанди від 8 листопада 1994 р.

Відповідно до вказаних статей Міжнародний трибунал уповноважений здійснювати судове переслідування осіб, відповідальних за наступні злочини, якщо вони вчинюються під час збройного конфлікту як міжнародного так і внутрішнього характеру, і які спрямовані проти будь-якого цивільного населення: а) вбивства; б) винищення; с) поневолення; d) депортація; е) поміщення у тюрму; f) катування; g) зґвалтування; h) переслідування за політичними, расовими чи релігійними мотивами; і) інші нелюдські акти.

У ст.7 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. визначено, що "злочин проти людяності" означає будь-яке із діянь, які здійснюються в рамках широкомасштабного чи систематичного нападу на будь-яких цивільних осіб, якщо такий напад вчинюється свідомо: а) вбивство; б) знищення; с) поневолення; d) депортація чи насильницьке переміщення населення; е) ув'язнення чи інше жорстоке позбавлення фізичної свободи на порушення основоположних норм міжнародного права; f) тортури; g) зґвалтування, оборнення у сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, вимушена стерилізація чи будь-які інші форми сексуального насилля схожої тяжкості; h) переслідування будь-якої ідентифікованої групи чи спільноти за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними чи іншими мотивами, які повсюдно визнані недопустимими згідно з міжнародним правом, за зв'язок з будь-якими діяннями, зазначеними у даному пункті, чи будь-якими злочинами, що підпадають під юрисдикцію Суду; і) насильницьке зникнення людей; j) злочини апартеїду; k) інші нелюдські діяння аналогічного характеру, що полягають в умисному заподіянні великих страждань або серйозних тяжких ушкоджень, серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю.

Злочин геноциду є одним із найбільш тяжких злочинів проти людяності, і тому він був виділений окремим видом серед серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права.

Конвенція про запобігання злочину геноциду і покарання за нього від 9 грудня 1948 р., яка була ратифікована Президією Верховної Ради СРСР 18 березня 1954 р., відносить до геноциду дії, вчинені з метою знищити повністю чи частково будь-яку національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку, в тому числі вбивство членів такої групи, заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень чи розумового розладу, навмисне створення життєвих умов, розрахованих на її повне чи часткове фізичне знищення, насильницьку передачу дітей з однієї людської групи в іншу, заходів для запобігання дітонародженню в середині такої групи (ст.V). Як видно з викладеного тексту, мова йде як про родові поняття геноциду, так і про розкриття способів вчинення злочину. І якщо вбивства "традиційні" як спосіб вказаних злочинних дій, то особливе значення має те, що законодавець називає злочином

умисне створення нестерпних умов життя. Під час другої світової війни саме за допомогою геноциду гітлерівці винищили 12 мільйонів цивільного населення серед українців, росіян, поляків, євреїв, чехів, словаків та інших народів.

Караність геноциду передбачена також у ст.ст.4–5 Статуту Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території колишньої Югославії від 25 травня 1993 р., ст.ст.2–3 Статуту Міжнародного трибуналу з Руанди від 8 листопада 1994 р., ст.ст.5–6 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р.

Вдалим кроком по імплементації Конвенції про запобігання злочину геноциду і покарання за нього від 9 грудня 1948 р. стала ст.442 нового Кримінального кодексу України 2001 р., яка міститься у розділі XX "Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку". Відповідно до частини першої вказаної статті під геноцидом розуміється діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу.

Крім того, одним із тяжких злочинів проти людяності міжнародним співтовариством визнано апартеїд. Його сутність полягає в територіальному, соціальному, політичному чи економічному поділі фізичних осіб за ознакою раси, національності чи релігії, в узаконеному безправ'ї останніх. Апартеїд – це доведена до межі політика расизму.

З метою боротьби із вказаним злочином 30 листопада 1973 р. Генеральною Асамблеєю ООН на XXVIII сесії було прийнято Конвенцію про припинення злочину апартеїду та покарання за нього. Дана Конвенція була ратифікована Президією Верховної Ради СРСР 15 жовтня 1975 р.

Відповідно до ст.ст.І та ІІ вказаної Конвенції апартеїд є злочином проти людяності. Нелюдські акти, які є наслідком політики та практики апартеїду і схожої з ним політики та практики расової сегрегації та дискримінації, які визначені в ст.ІІ даної Конвенції, є злочинами, які порушують принципи міжнародного права, зокрема цілі та принципи Статуту Організації Об'єднаних Націй, і які складають серйозну загрозу для міжнародного миру та безпеки.

Держави-учасниці даної Конвенції оголошують злочинними організації, установи та окремих осіб, які вчинили злочин апартеїду. Апартеїд означає наступні нелюдські акти, вчинені з метою встановлення і підтримки панування однієї расової групи людей над будь-якою іншою расовою групою людей та її систематичне пригноблення, зокрема позбавлення члена чи членів расової групи або груп права на життя та свободу особистості шляхом вбивства членів расової групи чи груп, або шляхом заподіяння членам расової групи чи груп серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу, посягання на їх свободу чи гідність, або в результаті застосування до них тортур; умисне створення для расової групи чи груп таких життєвих умов, які розраховані на їх повне чи часткове фізичне знищення тощо.

Як правильно зазначив Ю.А. Решетов "З правової точки зору в цій статті досить важливою є констатація того, що злочин апартеїду виявляється у відповідній політиці та практиці. Таким чином, необхідна умова для виявлення актів апартеїду заключається в тому, щоб встановити не тільки такі акти, як вбивства, застосування примусової праці тощо, які безпосередньо ведуть до систематичного придушення та пригноблення за расовою ознакою, але будь-які заходи, і зокрема заходи законодавчого характеру, які утворюють систему політики апартеїду. Останні є доказом винного умислу, який є необхідною ознакою складу злочину апартеїду".

Відповідно до п."b" ст.ІV Конвенції Держави-учасниці зобов'язані прийняти законодавчі, судові та адміністративні заходи для переслідування, притягнення до суду відповідно до їх юрисдикції осіб, які несуть відповідальність чи звинувачуються у вчиненні актів, визначених у ст.ІІ даної Конвенції, незалежно від того, знаходяться такі особи на території тієї держави де вчинюються такі акти, чи є громадянами цієї чи будь-якої іншої держави, чи особами без громадянства. Заборона актів апартеїду є загальновизнаною нормою міжнародного права. І незалежно від того чи беруть вони участь у даній Конвенції, вони зобов'язані карати осіб, які вчинили вказаний злочин, а відповідальність самих держав (політична та матеріальна) за вчинення таких актів виникає незалежно від їх участі в даній Конвенції.



У розділі V "Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина" Кримінального кодексу України міститься ст.161, яка передбачає відповідальність за порушення рівності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії. З об'єктивної сторони даний злочин може проявлятися у таких формах, як дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі і гідності; образа почуттів громадян у зв'язку з їх релігійними переконаннями; пряме чи непряме обмеження прав громадян за ознаками раси, кольору шкіри тощо.

Однак для злочину апартеїду характерна спеціальна мета – встановлення та підтримка панування однієї расової групи людей над будь-якою іншою та її систематичне пригноблення, у той час, коли вказана стаття такої мети не передбачає. Тому, на нашу думку, дії, які передбачені ст.161 Кримінального кодексу України не можна розглядати як злочин апартеїду.

Відповідно до ст.3 вказаного Кодексу законодавство про кримінальну відповідальність становить виключно Кримінальний кодекс України. Але він повинен ґрунтуватися на загальновизнаних нормах та принципах міжнародного права, а також на нормах тих міжнародних актів, які в законному порядку були визнані державою, і ні в якому разі не суперечити їм.

Оскільки злочини проти людяності визнано світовим співтовариством найсерйознішими міжнародними злочинами, то успішній боротьбі з ними повинна служити повна імплементація у Кримінальний кодекс України положень про даний міжнародний злочин.

## ФОРМИ СПІВРОБІТНИЦТВА ДЕРЖАВ У БОРОТЬБІ З МІЖНАРОДНОЮ ЗЛОЧИННІСТЮ

*В. Гринчак*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

У сучасних умовах взаємодія держав у боротьбі з транснаціональними злочинами стає дедалі інтенсивнішою. Для забезпечення невідворотності покарання правопорушника та сприяння державі, що потерпіла від наслідків злочину, у переслідуванні правопорушника в міжнародних відносинах створюються відповідні механізми співробітництва. Їх можна класифікувати в залежності від поведінки держави, до якої спрямована вимога про співпрацю. Ця поведінка може стосуватися безпосередньо видачі злочинця, сприяння в процесі його переслідування, доведення вини тощо.

Право переслідування злочинця з боку держави, що потерпіла від наслідків злочину за межами державної території є однією із складових державного суверенітету. Вчинення злочину передбачає покарання винної особи. Здатність забезпечити невідворотність переслідування і покарання для держави є поведінкою, яка в певній мірі підтверджує її авторитет та роль в суспільстві. Відповідно, реалізація суверенного права на переслідування правопорушника повинна поважатися іншими державами, насамперед тією, на території якої перебуває злочинець, докази тощо. Таке зобов'язання обумовлене принципом невтручання у внутрішні справи, який виступає імперативною нормою міжнародного права. Зважаючи на предмет дослідження, варто зауважити, що нормативно-правовий зміст названого принципу в питаннях співробітництва держав у боротьбі з міжнародною злочинністю необхідно тлумачити розширено. Вимоги принципу невтручання у внутрішні справи стосуються не лише заборони безпосереднього посягання на відносини держави і правопорушника (незаконне виправдання злочинця, протиправна відмова у видачі), але водночас і проблем усунення перешкод в процесі переслідування взагалі. Як наслідок, необхідність сприяння державі, яка здійснює переслідування злочинця, носить об'єктивний характер, оскільки виникає з імперативної норми міжнародного права. Зважаючи на це, держави укладають міжнародні договори з метою чітко окреслити взаємодію в галузі боротьби з міжнародною злочинністю.

Перебування правопорушника або доказів його вини за межами юрисдикції не дозволяє державі повністю реалізувати своє право на переслідування. Проте, в жодному випадку не можна стверджувати, що така відсутність є підставою для припинення правовідносин між потерпілою державою та правопорушником взагалі. В силу того, що переслідування не може мати місця на території іншої держави, держава змушена клопотати про сприяння з боку органів держави перебування злочинця або держави, на території якої є докази, інформація тощо, які мають значення в процесі доказування. Таке сприяння може мати прояв в затриманні та екстрадиції злочинця, наданні правової допомоги тощо.

Взаємодія держав у питаннях боротьби з міжнародною злочинністю здійснюється в кількох напрямках. Вони уособлюють собою різні види поведінки держави, спрямованої на сприяння процесу переслідування правопорушника іншою державою. Вид поведінки держави безпосередньо залежить від стадії процесу, на якій зупинилося переслідування. Перша стадія процесу переслідування безпосередньо пов'язана з наявністю факту злочину та винної особи. Друга – відповідно з можливістю держави довести вину правопорушника наявними в неї засобами. Третя – з ефективністю здійснення правосуддя, і остання – з усуненням сприятливих умов для протиправної поведінки особи. Названі стадії відіграють основну роль у формуванні підстав для міждержавного співробітництва у боротьбі зі злочинністю..

Кожна стадія зумовлює специфічну поведінку держав, яка є узгодженою з нормами міжнародного права і детально регламентована. Першій стадії відповідає поведінка у формі переслідування правопорушника. Внаслідок узгодження договірними сторонами стандартів в питаннях кваліфікації протиправної поведінки, правопорушник розглядається саме в такій якості і в державі вчинення злочину, і в державі перебування. В категорію цих правопорушників входять особи, щодо яких винесено вирок та особи, переслідування яких ще не завершено. Співробітництво держав полягає в усуненні перешкод у розповсюдженні державою, що потерпіла від наслідків злочину, своєї юрисдикції на правопорушника. Для реалізації цього держава перебування правопорушника не лише

позбавляє останнього права знаходитися в межах її території, але поряд з цим дозволяє державі, що потерпіла від наслідків злочину, безпосередньо розповсюдити на особу свою юрисдикцію внаслідок примусової, незалежно від волі правопорушника, видачі.

Друга форма співробітництва полягає в наданні правової допомоги. Вона є наслідком неспроможності держави довести переслідування до визначення правопорушнику покарання через недоступність доказів, які знаходяться за межами її юрисдикції. В даному випадку співробітництво передбачає вчинення певних дій органами держави, до якої звернено клопотання про правову допомогу, які матимуть правові наслідки для процесу переслідування правопорушника. Відповідно, договірні сторони погоджують між собою види, форму і зміст документів, дії органів та посадових осіб тощо. Особливу увагу заслуговують питання правомірності та юридичної сили наданих документів та проведених дій. В процесі надання правової допомоги сторони одночасно враховують вимоги власного національного законодавства щодо правомірності доказів. Фактично, кримінально-процесуальне законодавство договірних сторін в питаннях, охоплених правовою допомогою, або співпадає, або сторони встановлюють єдині стандарти.

Третя форма співробітництва дає можливість сторонам визначати правопорушнику, за законодавством якої країни буде здійснюватися переслідування. Вона полягає в передачі карного провадження іншій державі і, по-суті, являє собою переуступку юрисдикції над злочинцем або передачу осіб щодо яких винесений вирок для відбування покарання на території країни громадянства. Підставою для такої поведінки є універсальна юрисдикція держави щодо злочинів її громадян на території інших держав. Держава громадянства або постійного перебування має право з власної ініціативи переслідувати злочинця, незалежно від переслідування державою що потерпіла від наслідків злочину. В силу того, що переслідування мають здатність здійснити обидві держави, невідворотність покарання є очевидною і сторони можуть обумовити випадки перейняття провадження.

Остання форма співробітництва є досить ефективною, насамперед у питаннях попередження окремих видів протиправних дій (напр. незаконний обіг наркотиків, піратство тощо).

У сучасних умовах, співробітництво держав у боротьбі з міжнародною злочинністю зміцнює дружні відносини між державами, забезпечує повагу суверенітету та невтручання у внутрішні справи. Вдосконалення існуючих форм співробітництва та розвиток нових дозволить державам вийти на якісно новий етап у попередженні злочинності та підвищення ефективності боротьби з нею.

**ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ НЕПОВНОЛІТНІХ:  
ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ І МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ***Л. Палюх**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Дані статистики свідчать про те, що на сьогодні в Україні зростає злочинність серед неповнолітніх. Неповнолітніми вчиняються злочини, які раніше вчинялися тільки дорослими. Серед неповнолітніх поширюються такі негативні явища як алкоголізм, наркоманія, токсикоманія. Причинами цього називаються глибока соціально-економічна криза у країні, відсутність реальних соціальних і правових механізмів реалізації прав неповнолітніх, нестабільність у суспільстві, що спричинили зубожіння багатьох сімей, поширення дитячої безпритульності, зростання кількості неповних сімей, втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність дорослими. Ріст злочинності серед неповнолітніх в Україні свідчить про те, що звичайними методами її подолати неможливо. Вказану проблему потрібно вирішувати як на загальносоціальному рівні, так і шляхом вдосконалення правосуддя у справах неповнолітніх.

Провадження щодо цієї категорії громадян повинно бути специфічним порівняно з провадженням у справах "дорослих" правопорушників, виходячи з вікових психологічних особливостей неповнолітніх, мотивації вчинених ними злочинів (суспільно-небезпечних діянь), більшій піддатливості виховному впливу.

Зростання злочинності серед неповнолітніх в усьому світі, і відповідно збільшення кількості неповнолітніх, які потрапили у сферу правосуддя, позначили необхідність більш повного їх захисту прав в рамках судів у справах неповнолітніх та загальних судів у країнах, де немає спеціалізованої ювенальної юстиції. Це зумовило прийняття на міжнародному рівні ряду документів, якими встановлюються гарантії прав неповнолітніх, а також визначаються міжнародні стандарти, що стосуються провадження у справах неповнолітніх порушників. До вказаних міжнародних актів належать:

- Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя у відношенні неповнолітніх (Пекінські правила), схвалені у листопаді 1985 р. Генеральною Асамблеєю ООН, які повинні бути враховані в законодавстві кожної країни і застосовуватися при розслідуванні та судовому розгляді справ даної категорії, і які діють поряд з основними гарантіями, передбаченими ст.14 Пакту про громадянські і політичні права;
- Конвенція про права дитини, затверджена Генеральною Асамблеєю ООН у листопаді 1989 р., яка була ратифікована Україною 27 лютого 1991 року;
- Керівні принципи ООН для попередження злочинності серед неповнолітніх ("Ер-Ріядські принципи"), прийняті у 1990 році на основі Пекінських правил VIII конгресом ООН по попередженню злочинності і поведженню з правопорушниками.

Вказаними документами встановлено керівні ідеї, принципи і цілі здійснення правосуддя у справах неповнолітніх, гарантії прав та інтересів неповнолітніх під час провадження у справах цієї категорії. Головними цілями правосуддя у відношенні неповнолітніх визначено:

- забезпечення добробуту неповнолітнього,
- забезпечення того, щоб будь-які заходи впливу на неповнолітніх повинні були співрозмірні як з особливостями особи правопорушника, так і з обставинами правопорушення.

Основна ідея, що проходить через Мінімальні стандартні правила, що стосуються відправлення правосуддя у справах неповнолітніх, є створення спеціалізованої юстиції у справах неповнолітніх (ювенальної юстиції), включаючи в першу чергу суд як центральну ланку цієї системи, а також органи, що проводять досудове розслідування у справах неповнолітніх, допоміжні служби, які здійснюють так зване "соціальне дослідження" особи. У вказаному міжнародному документі вказано, зокрема, що держави повинні систематично координувати і розвивати служби у справах неповнолітніх з метою підтримання персоналу цих служб на належному рівні.

У провідних зарубіжних країнах поряд з існуванням судів у справах неповнолітніх функціонують сімейні суди, метою діяльності яких є всебічне забезпечення і охорона прав та інтересів неповнолітнього. Суди у справах неповнолітніх зі змішаною кримінальною і цивільною юрисдикцією є в Австрії, Іспанії, Португалії, Японії, Польщі. Зі всіх країн Східної Європи (країн колишнього соцтабору) спеціалізовані суди для неповнолітніх існують лише у Польщі. Проекти щодо створення інституту ювенальної юстиції проробляються зараз на законодавчому рівні у Російській Федерації, зокрема підготовлений проект Закону "Про ювенальну юстицію в Російській Федерації", також судовою реформою в Росії передбачене поряд зі створенням ювенальної юстиції і створення сімейних судів; російськими науковцями активно обговорюються пропозиції щодо створення ювенальної юстиції.

У зв'язку з цим актуальним на сьогодні є питання створення в Україні судів у справах неповнолітніх, по розгляду сімейних справ як автономних спеціалізованих судів в системі судів загальної юрисдикції, які б всебічно забезпечували охорону прав та законних інтересів неповнолітніх. Питання про їх створення є особливо важливим на сьогоднішній день, коли в країні проводиться судово-правова реформа. У ч.1 ст.125 Конституції України закладено основу для створення в Україні спеціалізованих судів, зокрема вказано, що система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності і спеціалізації. Концепцією судово-правової реформи в Україні, затвердженій Постановою Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року, передбачено створення судів по розгляду сімейних справ, у справах неповнолітніх.

Створення в Україні ювенальної юстиції не було б пов'язано з кардинальною перебудовою існуючої системи правосуддя у зв'язку з тим, що:

- незважаючи на відсутність в Україні автономних судів у справах неповнолітніх, в законодавстві нашої держави все ж закріплені досить вагомий об'єм кримінально-процесуальних норм, що стосуються особливостей провадження у справах неповнолітніх.;
- відповідно до ч.2 ст.6 Закону України "Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх", всі справи щодо неповнолітніх, які вчинили злочини, та інші справи, які стосуються інтересів неповнолітніх, в тому числі і сфери цивільного судочинства, і містяться в переліку, що є в даній статті, розглядаються спеціально уповноваженими на те судьями (складом суддів). Таким чином, в законодавстві закріплена спеціалізація суддів у справах неповнолітніх в рамках загальних судів.

Уявляється, що створення вказаної моделі суду у справах неповнолітніх сприяло б:

- зменшенню негативного впливу судового засідання на неповнолітнього;
- давало б можливість суду більше уваги приділити охороні і захисту інтересів неповнолітнього правопорушника.

Як зазначено в п.14.2 Пекінських правил, "судовий розгляд повинен відповідати інтересам неповнолітнього і здійснюватися в атмосфері розуміння, що дозволить неповнолітньому брати в ньому участь і вільно викладати свою точку зору". Це положення важко реалізувати в рамках загального суду, враховуючи завантаженість вказаних судів, а також специфіку порівняно з іншими категоріями справ, справ, що стосуються неповнолітніх.

Особливо важливим це питання видається у зв'язку з розглядом судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, тобто до віку "кримінального повноліття", як його ще називають в літературі.

Як стверджують кримінологи, по своїй суті весь кримінальний процес від початку до кінця розрахований на виявлення потреб, інтересів дорослої людини, в ньому містяться значні елементи раціональної недовіри. Діти не усвідомлюють роль цього "ритуалу", формальностей і сприймають офіційний розгляд справи як драматизацію того, що відбулося. Тому важливою в даному випадку є також особлива атмосфера "невимушеності і розуміння", що має місце у вказаній моделі суду, і про яку мовиться в Мінімальних стандартних правилах, що дає змогу неповнолітньому вільно викладати свою точку зору під час судового засідання.

Для реалізації судом у справах неповнолітніх вказаних вище цілей правосуддя, забезпечення належного виховного впливу на неповнолітнього, важливим фактором є відповідна кваліфікація суддів. У зв'язку з цим уявляється необхідним запровадити післядипломну підготовку кандидатів на посади суддів в галузі дитячої, підліткової психології і педагогіки.

Також було б доцільно створити при спеціалізованих судах у справах неповнолітніх штат експертів, спеціалістів, які б здійснювали соціальне дослідження, тобто дослідження умов життя, виховання неповнолітніх. Важливим кроком в напрямку спеціалізації посадових осіб у сфері судочинства щодо неповнолітніх в Україні було створення інституту судових вихователів – посадових осіб, на які покладається здійснення комплексу заходів головним чином виховних, по виконанню судових рішень щодо неповнолітніх. Інститут судових вихователів є унікальним в тому плані, що він створений спеціально для виконання рішень щодо неповнолітніх, а також те, що судовими вихователями можуть бути особи, які мають юридичну, педагогічну або психологічну освіту і досвід роботи з неповнолітніми – тобто цей інститут повністю відповідає вимогам Пекінських правил стосовно кваліфікації і професійної підготовки посадових осіб. Цей інститут є аналогічним до інституту польських кураторів, чиновників служби пробації у деяких західних країнах. Видається, що було б доцільно покласти функцію соціального дослідження на судового вихователя, який би проводив дослідження умов життя і виховання неповнолітнього. Належне встановлення судом умов життя і виховання неповнолітнього, сприяло б без сумніву винесенню правильного рішення у справі, дало б можливість вжити щодо неповнолітнього правопорушника найбільш ефективні заходи впливу, і після винесення рішення здійснювати ефективний виховний вплив, виходячи з конкретних умов життя і виховання неповнолітнього, для виконання рішення суду. Також доцільно було б створити при спеціалізованих судах штат експертів в галузі дитячої психології і психіатрії.

## ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ПРЕДМЕТ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

*В. Семків, Г. Довгань*

*Львівський національний університет імені Івана Франка*

Проблема забезпечення захисту інтелектуальної власності набула особливої значимості у зв'язку з тим, що у ст.41 Конституції України вперше декларовано право володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. На конституційному рівні закріплено не тільки право інтелектуальної власності, а й зобов'язання держави щодо її захисту. Право інтелектуальної власності як інститут права України здобуло конституційні засади і актуальність для розвитку нормативної бази.

Однак суспільна, економічна та правова практика засвідчила, що громадяни – власники і держава Україна нерідко безпорадні перед незаконними діями у сфері інтелектуальної діяльності. Проблема порушення законодавства про інтелектуальну власність набула небаченої гостроти, ускладнила економічні та політичні відносини України з іншими державами, міжнародною спільнотою.

Існують різні способи вирішення цієї проблеми. Але всі вони потребують розвинутого, систематизованого і ефективного законодавства про інтелектуальну діяльність, певного рівня правосвідомості громадян, продуктивної діяльності державних органів.

Необхідно констатувати, що адаптація законодавства України про інтелектуальну власність до нових соціальних – політичних та економічних умов відбувається досить інтенсивно. Одним із визначних її етапів стало прийняття Цивільного кодексу України, який містить книгу 4 "Право інтелектуальної власності". З моменту набуття чинності Цивільного кодексу законодавець і суспільство перейдуть до вирішального етапу розвитку сучасного права інтелектуальної власності – етапу гармонізації з міжнародним, європейським правом інтелектуальної власності.

Важливу роль в цьому складному процесі може відіграти порівняльне правознавство.

Порівняльне правознавство – це наука, яка характеризується двома аспектами. Перший стосується використання порівняльного методу при вивченні правових інститутів і конкретних юридичних проблем держави, до якої належить дослідник. Другим аспектом є автономне вивчення зарубіжного права на рівні правових систем у цілому, а також на рівні окремих галузей права та основних юридичних інститутів.

Без сумніву право інтелектуальної власності є одним із найважливіших юридичних інститутів і, таким чином, предметом порівняльного правознавства.

Загальна теорія порівняльного правознавства й методологія порівняльно – правових досліджень виділяє види, типи й групи досліджень та порівнянь, предметом яких може бути право інтелектуальної власності.

Діахронне та синхронне порівняння базується на тому, що право існує в часі та просторі, отже право інтелектуальної в Україні має минуле, сучасне і майбутнє. Послідовно таке порівняння у своїх роботах проводить професор О.А. Підпригора. У статті "Методологія права інтелектуальної власності в сучасних умовах" О.А. Підпригора визначає засади такого виду порівняння, приходять до висновку, що чинне законодавство України про інтелектуальну власність, у тому числі й новий Цивільний кодекс, ґрунтується на минулих усталених засадах, коли все створене творчою працею людини в переважній більшості ставало власністю держави. За чинним законодавством, 90-95% об'єктів промислової власності створюються в порядку виконання службових обов'язків і визнаються службовими. Вони стають власністю роботодавця. І тільки 5-10% об'єктів промислової власності створюються не в порядку виконання службових обов'язків і стають власністю своїх творців.

Таким чином, на думку О.А. Підпригори, у минулі роки творець не мав права на своє творіння, принаймні в сфері науково – технічної діяльності. Не має він цього права і зараз. Таке порівняння як зразок діахронного та синхронного рівняння дозволило насамперед встановити закономірності розвитку права інтелектуальної власності і виявити найкращі для наших умов способи правового регулювання.

Узвичасними видами порівняння у порівняльному правознавстві є внутрішнє та зовнішнє порівняння. А.І. Дмитрієв і А.О. Шепель вважають, що порівняльно – правове дослідження може починатися, як мінімум, із порівняння двох правових систем, наприклад своєї національної та однієї іноземної, та йти далі, аж до охоплення всіх правових систем, що існують у світі – це зовнішнє порівняння. У праві інтелектуальної власності найбільш поширеним зовнішнім порівнянням є порівняння патентно – правових систем. Таке зовнішнє порівняння є макропорівнянням, тобто порівнянням на рівні правових систем, на відміну від мікропорівняння, що проводиться на рівні правових норм та інститутів однієї країни.

Порівняльно – правові дослідження у праві інтелектуальної власності проводяться двома способами – нормативним та функціональним. Відправною точкою нормативного способу є подібні правові норми, законодавчі акти. Слід зазначити, що саме завдяки нормативному порівнянню здійснювалась адаптація законодавства України про інтелектуальну власність до міжнародних стандартів. При розробці законодавства України про інтелектуальну власність використовувалось порівняння з міжнародними документами про інтелектуальну власність (Всесвітня конвенція про авторське право 1952 року; Універсальна конвенція про авторське право 1971 р.; Договір про патентне співробітництво; Конвенція Європейські патенти для спільного ринку тощо), законів США про інтелектуальну власність, Кодексу інтелектуальної власності Франції, Патентних законів Канади, Російської Федерації. Застосування нормативного порівняння у праві інтелектуальної власності дозволило зробити два суттєві висновки: по – перше, ззовні ідентичні юридичні терміни не завжди мають однакове значення в різних правових системах; по – друге, у праві інтелектуальної власності можна досягнути високого рівня уніфікації. Тобто спроби створити світове наднаціональне право інтелектуальної власності є достатньо перспективними.

Функціональне порівняння починається не з порівняння правових норм та інститутів, а з постановки соціальної проблеми з наступним пошуком правових норм або інститутів, за допомогою яких можна вирішити проблему.

А.І. Дмитрієв і А.О. Шепель визначають функціональне порівняння, як дослідження правових засобів, способів вирішення одних і тих самих соціальних та правових проблем за допомогою різних правових систем.

У результаті функціонального порівняння науковці та практики дійшли висновку, що право інтелектуальної власності необхідно кодифікувати, тобто прийняти або окремий закон про інтелектуальну власність або кодекс про інтелектуальну власність. Пропозиції про зміну порядку оформлення прав інтелектуальної власності, зокрема, про переведення відносин з патентною установою на цивільно – правові засади, також є результатом функціонального порівняння.

Результати порівняльних досліджень у праві інтелектуальної власності можна використовувати:

- у процесі правотворчості (наприклад, для розробки і прийняття єдиного закону про інтелектуальну власність чи кодексу про інтелектуальну власність);
- у тлумаченні законів (тлумачення статті закону України "Про авторські і суміжні права", яка встановлює об'єкти авторського права);
- у практиці правозастосування (узагальнення судової практики з питань інтелектуальної власності);
- у діяльності фізичних та юридичних осіб (проблеми цивільно – правової відповідальності за порушення права інтелектуальної власності);
- у наукових дослідженнях (адаптація права інтелектуальної власності до надшвидкого розвитку інформаційних технологій, зокрема, Інтернету);
- в освіті (розробка і апробування навчального курсу "Порівняльне право інтелектуальної власності");
- у діяльності міжнародних організацій та міжнародних об'єднань (ефективна участь України у міжнародних організаціях захисту інтелектуальної власності (ВОІВ тощо)).

Таким чином, порівняльні дослідження у праві інтелектуальної власності є особливо цінними, що дозволяє не тільки розглядати його як предмет порівняльного правознавства, а й ставити питання: чи не можуть ці дослідження набути відносної самостійності, що вимагатиме визнання порівняльного права інтелектуальної власності самостійною науковою дисципліною?

Поки що більшість теоретиків порівняльного правознавства не підтримують ідею галузевих порівняльних дисциплін, але постановка проблеми видається доречною. І першим кроком до її розв'язання буде право інтелектуальної власності для студентів вищих навчальних закладів України.



## КОНСТИТУЦІЯ – ЯК ОСНОВА СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ ТА ПОЛЬЩІ

*А. Косило*

*Волинський державний університет імені Лесі Українки*

Історії світового конституціоналізму відомо багато прикладів, коли в конституції тої чи іншої держави законодавець передбачав існування суспільних та державних інституцій, яких насправді ще не існувало. Тим самим передбачаючи створення цих неіснуючих інституцій в майбутньому. Реформування державної системи шляхом так-званого правового прогнозування в конституції є найбільш характерним для держав в яких відбувається трансформація суспільних систем. Реформаторські процеси в Польщі – як об'єкт для порівняння, є для України особливо цінні, оскільки обидві держави переживають подібні процеси трансформації постсоціалістичних суспільних систем. На основі порівняльно-правового аналізу можна розробити правові рекомендації стосовно подальшого реформування правової системи, саме це і є метою даного дослідження. На сьогоднішній день в українській чи польській літературі публікації на тему конституційних основ судової реформи, які б висвітлювали проблему на тлі порівняльно-правового аналізу українського та польського законодавства, – відсутні.

В Конституції України було закладено наступні основи для реформування судової влади в майбутньому: 1) в ст.125 ч.2 Конституції України було закріплено, що найвищим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України; 2) ст.125 ч.4 Конституції України передбачала, що в Україні діють апеляційні та місцеві суди. Як відомо, апеляційних судів в Україні на момент ухвалення Конституції не було. Процесуальне законодавство не передбачало апеляційного оскарження а існувало лише касаційне оскарження рішень суду першої інстанції до обласного суду та оскарження в порядку нагляду; 3) згідно ст.129 ч.2 Конституції України, – в Україні передбачалося існування суду присяжних; 4) Конституція України встановила, що арешт особи, проведення огляду та обшуку житла, порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції можуть здійснюватись лише з санкції суду, а не прокурора, як було раніше (ст.29, 30, 31); 5) передбачалось існування Вищої ради юстиції (ст.131 Конституції України), органу, який до прийняття Конституції в системі органів державної влади України не існувало.

Відповідно до п.п.12, 13 Перехідних Положень Конституції України, протягом п'яти років з моменту її ухвалення, повинна бути сформована судова система та пристосовано процесуальне законодавство згідно з вимогами Конституції. Отже, перед законодавцем постало завдання протягом п'ятирічного періоду змінити судову систему країни у відповідності з Конституцією.

І так звана мала судова реформа відбулась буквально за тиждень до того, як мав завершитись встановлений Конституцією п'ятирічний термін введення вищезгаданих змін в життя. 21 червня 2001 року Верховною Радою України було прийнято 9 законів, які ознаменували собою проведення малої судової реформи. Найважливіші з них, це закони про внесення змін до Законів України "Про судоустрій України", "Про арбітражний суд", "Про органи суддівського самоврядування", "Про статус суддів", "Про кваліфікаційні комісії, кваліфікаційну атестацію і дисциплінарну відповідальність суддів України", "Про попереднє ув'язнення", Цивільного процесуального кодексу України, Кримінально-процесуального кодексу України та Арбітражного процесуального кодексу України. Таким чином, приймаючи вищезгадані закони, парламент виконав вимогу про приведення у відповідність з Конституцією законодавства, що регулює статус та порядок діяльності судової влади.

Було змінено структуру судової влади: розгляд справ став трьох інстанційний: I інстанція – місцеві суди – (розглядають всі цивільні, кримінальні та адміністративні справи, за виключенням справ віднесених до підвідомчості інших судів); II інстанція – апеляційні суди (розглядають апеляції на рішення місцевих судів); III інстанція – Верховний Суд України (розглядає касації на рішення місцевих та апеляційних судів). Арбітражні суди перейменовано на господарські, які було виділено в окрему гілку судів, з тим, що відтепер вертикаль господарських судів підпорядковувалась Верховному Суду України в складі якого створювалась Палата в господарських справах. Розгляд справ в господарських судах теж повинен був бути трьох (або чотирьох -) інстанційним: I інстанція – місцеві господарські суди, які створюються для однієї області; II інстанція – апеляційні господарські суди, які створюються для регіонів (кількох областей); III інстанція – Вищий господарський суд України (який розглядає касації на рішення судів першої та апеляційної інстанцій); IV інстанція – Верховний Суд

України (який розглядає скарги на рішення Вищого господарського суду України з метою узагальнення судової практики).

Було змінено кримінальне, цивільне та господарське процесуальне законодавство встановивши судовий порядок арешту особи, апеляційне провадження та ін.

Закон України "Про Вищу раду юстиції" було прийнято раніше малої судової реформи, а саме 15 січня 1998 року. Що ж стосується інституту суду присяжних, то його ще й досі в Україні не запроваджено.

Закріпленням реформи судової влади стало прийняття Верховною Радою України 7 лютого 2002 року Закону України "Про судоустрій України", який зберігши попередні реформаторські надбання, став логічним продовженням судової реформи, закладеної в положеннях Конституції.

Також і в Конституції Республіки Польща від 2 квітня 1997 року (надалі – Конституція РП) було закладено основи подальшого реформування судової влади, а саме: 1) Згідно ст.237 Конституції РП, – лише протягом чотирьох років після прийняття Конституції в справах про адміністративні правопорушення могли приймати рішення колегії в справах про адміністративні правопорушення. Після закінчення цього періоду дана категорія справ повинна була б бути передана в підвідомчість судів. 2) Ст.176 Конституції РП встановила, що судові провадження повинно включати в себе щонайменше дві інстанції. Крім того, із змісту ст.ст.175, 184 Конституції РП випливало, що в державі діють Вищий Адміністративний Суд та інші адміністративні суди. Нагадаємо, що на момент прийняття Конституції в Польщі діяв лише один судовий орган адміністративної юрисдикції – Вищий Адміністративний Суд. Нове законодавство про устрій адміністративних судів та адміністративне провадження повинні були б бути прийняті протягом п'яти років з моменту набрання чинності Конституцією.

Таким чином, перед польським законодавцем постало завдання: протягом чотирьох років з моменту набрання чинності Конституцією ухвалити нове законодавство про провадження в справах про адміністративні правопорушення та в п'ятирічний термін – нове законодавство про устрій адміністративних судів та порядок провадження перед цими судами. Зміни в законодавстві повинні були б відповідати основам закладеним в згаданих вище положеннях Конституції.

Реалізуючи основи реформування судової влади закладені в Конституції, які мали на меті передати розгляд справ про адміністративні правопорушення від несудових органів, якими були колегії, до компетенції судів, Сейм прийняв наступні закони: "Право про устрій загальних судів" від 27 липня 2001 року, який передбачав створення гродських судів; Кодекс провадження в справах про адміністративні правопорушення 24 серпня 2001 року; Правила введення в дію Кодексу провадження в справах про адміністративні правопорушення 24 серпня 2001 року. Згідно ст.ст.9, 10 Кодексу провадження в справах про адміністративні правопорушення від 24 серпня 2001 року, – справи про адміністративні правопорушення підвідомчі виключно районним судам, а справи про адміністративні правопорушення вчинені військовослужбовцями – військовим судам гарнізонів. Для уникнення надмірного перевантаження районних судів справами про адміністративні правопорушення, які мали надійти після введення в дію нового порядку розгляду даної категорії справ, в новоприйнятому Законі "Право про устрій загальних судів" від 27 липня 2001 року, – було передбачено створення гродських судів, які мали б розглядати справи про адміністративні правопорушення. Так, §2 ст.13 Закону "Право про устрій загальних судів" 27 липня 2001 року встановлював, що в районному суді можуть бути створені на правах відділу (або замісцевого відділу) гродські суди, до компетенції яких, між іншим, належить і розгляд справ про адміністративні правопорушення. Згідно §3 ст.13 згаданого Закону, – гродські суди створюються на підставі розпорядження Міністра Справедливості в залежності від потреби того чи іншого району.

Виконуючи вимогу Конституції про двоінстанційність адміністративного провадження, Сейм прийняв закони: "Право про устрій адміністративних судів" від 25 липня 2002 року та "Право про провадження в адміністративних судах" від 30 серпня 2002 року. Ці закони наберуть чинності з 1 січня 2004 року. В законах йдеться про двоінстанційність розгляду адміністративних справ. З цією метою має бути створено воеводські адміністративні суди – як суди першої інстанції. Вищий адміністративний суд буде трансформовано на суд касаційної інстанції, який розглядатиме скарги на рішення воеводських адміністративних судів.

Як бачимо, між конституціями України та Республіки Польща є багато спільного щодо реформування судової влади. Для України може бути цінним досвід Польщі щодо впровадження двоінстанційності адміністративних судів, оскільки у нас суди адміністративної юрисдикції ще не створено. Крім того, можливим є використання польського досвіду щодо запровадження спеціалізованих судів для розгляду справ про адміністративні правопорушення.

## ЗМІСТ

<b>СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК.....</b>	<b>3</b>
<i>П. Рабінович</i> <b>ПРИВАТНЕ І ПУБЛІЧНЕ ПРАВО ЯК ДІАЛЕКТИЧНА ЄДНІСТЬ.....</b>	<b>3</b>
<i>С. Добрянський</i> <b>ПРАВА ЛЮДИНИ ЯК СПЕЦИФІЧНА ФОРМА БУТТЯ (ІСНУВАННЯ) МОРАЛІ.....</b>	<b>6</b>
<i>О. Грищук</i> <b>ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ У МІЖНАРОДНИХ ПРАВОВИХ АКТАХ.....</b>	<b>8</b>
<i>М. Антонович</i> <b>ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПАКТУ ПРО ГРОМАДЯНСЬКІ ТА ПОЛІТИЧНІ ПРАВА В УКРАЇНІ: КРИЗЬ ПРИЗМУ КОМІТЕТУ ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ.....</b>	<b>10</b>
<i>Т. Пашук</i> <b>ПРАВО ЛЮДИНИ НА ЕФЕКТИВНИЙ ЗАХИСТ ДЕРЖАВОЮ ЇЇ ПРАВ І СВОБОД.....</b>	<b>12</b>
<i>С. Рабінович</i> <b>АНТРОПОЛОГІЧНА ПРОБЛЕМАТИКА У ПРИРОДНО-ПРАВОВІЙ ДУМЦІ СУЧАСНОГО КАТОЛИЦИЗМУ.....</b>	<b>14</b>
<i>С. Гусарев</i> <b>СИСТЕМА ЮРИДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА СВОБОД ГРОМАДЯН.....</b>	<b>17</b>
<i>Н. Наулік</i> <b>ІНСТИТУТ ОМБУДСМАНА – СКЛАДОВА НАЦІОНАЛЬНИХ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ.....</b>	<b>20</b>
<i>І. Панкевич</i> <b>ПРАВА ЛЮДИНИ У НАВЧАЛЬНИХ ТЕХНОЛОГІЯХ З ПРАВознавства.....</b>	<b>22</b>
<i>С. Стеценко</i> <b>ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В СФЕРІ МЕДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ (ДОСВІД РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ).....</b>	<b>24</b>
<i>С. Калинин</i> <b>О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ОСВЕЩЕНИЯ ТЕОЛОГИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ СУЩНОСТИ ПРАВА.....</b>	<b>25</b>
<i>Р. Сивий</i> <b>СИСТЕМА ПРАВА УКРАЇНИ: ДО МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ ЇЇ СТРУКТУРИ.....</b>	<b>29</b>
<i>Н. Левицька</i> <b>ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ПРАВА.....</b>	<b>32</b>
<i>Т. Санжарук</i> <b>ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ТА ЇЇ ЕЛЕМЕНТИ ЯК ВЛАСТИВОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРАВА.....</b>	<b>35</b>
<i>М. Рісний</i> <b>ДИСКУСІЙНІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ПРАВозастосуваЛЬНОГО РОЗСУДУ.....</b>	<b>38</b>
<i>І. Омельчук</i> <b>ПРАВосвідомість МОЛОДІ: ЗАГАЛЬНІ, ГРУПОВІ, СПЕЦИФІЧНІ РИСИ.....</b>	<b>42</b>
<i>В. Чушенко</i> <b>СОЦІАЛЬНО-ОРГАНІЗОВАНЕ СУСПІЛЬСТВО І ФОРМУВАННЯ ПОЛІТИЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ.....</b>	<b>44</b>

<i>О. Данильян</i> ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ СТАНОВЛЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ В ТРАНСФОРМАЦІЙНИЙ ПЕРІОД.....	47
<i>Т. Андрієвська</i> ОХОРОНА ЗДОРОВ'Я НАСЕЛЕННЯ – ПРІОРИТЕТНИЙ НАПРЯМОК СОЦІАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ.....	52
<i>Д. Гудима</i> МІСЦЕ ТА РОЛЬ ФІЛОСОФСЬКИХ ДИСЦИПЛІН У СИСТЕМІ ФАХОВОЇ ПІДГОТОВКИ ЮРИСТІВ.....	54
<i>А. Макаренко</i> ОСОБЛИВОСТІ МЕТОДИКИ ВИКЛАДАННЯ ДИСЦИПЛІНИ "ПРАВознавство" ДЛЯ СЛУХАЧІВ ФАКУЛЬТЕТУ ДОУНІВЕРСИТЕТСЬКОЇ ПІДГОТОВКИ ЛНУ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА .....	56
<b>СЕКЦІЯ ІСТОРІКО-ПРАВОВИХ НАУК.....</b>	<b>58</b>
<i>А. Кольбенко</i> ОСОБЛИВОСТІ СТАНОВЛЕННЯ ПРАВА ТА ДЕРЖАВИ НА РІЗНИХ ЕТАПАХ РОЗВИТКУ СУСПІЛЬСТВА.....	58
<i>М. Дамирли</i> ПУТИ РЕКОНСТРУКЦИИ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКОГО ОБОГАЩЕНИЯ ИСТОРИЧЕСКОГО ПОЗНАНИЯ ПРАВА .....	60
<i>С. Сливка</i> ЕТИКА ПРИРОДНОГО ПРАВА У СТАРОДАВНЬОМУ КИТАЇ .....	63
<i>Г. Федущак-Паславська</i> ОСНОВНІ ЗАСАДИ СПАДКУВАННЯ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ .....	69
<i>Ю. Цветкова</i> КОРІННЯ СИМФОНІМІЧНИХ ВІДНОСИН В ДЕРЖАВОТВОРЕННІ УКРАЇНИ .....	71
<i>G. Górski</i> EUROPEJSKA RESPUBLICA CHRISTIANA OD KOŃCA X DO KOŃCA XIII WIEKU .....	75
<i>І. Бойко</i> ПРАВОВИЙ СТАТУС ВІРМЕНСЬКИХ ПОСЕЛЕНЬ У ГАЛИЧИНІ (XIV – XVIII ст.) .....	79
<i>L. Ćwikła</i> POŁOŻENIE PRAWNE MIESZCZAN WYZNANIA PRAWOSŁAWNEGO NA ZIEMIACH RUSKICH W KRÓLESTWIE POLSKIM W LATACH 1344 – 1596.....	81
<i>І. Радібова</i> ІСТОРІОГРАФІЯ МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ В УКРАЇНІ.....	84
<i>В. Кіселичник</i> ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ЛЬВІВСЬКОГО МІСЬКОГО ПРАВА.....	87
<i>М. Кобилецький</i> ХЕЛМІНСЬКЕ (КУЛЬМЕНСЬКЕ) ПРАВО.....	89
<i>М. Демкова</i> ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО ЗА ВІРМЕНСЬКИМ СТАТУТОМ 1519 р.....	91
<i>W. Sławiński</i> ZABIEGI PROTESTANTÓW O RÓWNOUPRAWNIENIE WYZNAŃ I SWOBODY RELIGIJNE W RZECZYSPOLITEJ W LATACH 1570 – 1595.....	94

<i>Л. Ясінська</i> РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ НОТАРІАТУ В КРАЇНАХ ЄВРОПИ (XVIII – ПЕРША ПОЛОВИНА XX ст.).....	98
<i>Т. Андрусак</i> РОЗВИТОК УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ В ГАЛИЧИНІ НАПЕРЕДОДНІ ВЕСНИ НАРОДІВ.....	100
<i>О. Мікула</i> РЕФОРМА ВИБОРЧОГО ЗАКОНУ ДО ГАЛИЦЬКОГО КРАЙОВОГО СЕЙМУ: ЙОГО ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ .....	102
<i>В. Кульчицький, Л. Пристаи</i> ОРГАНІЗАЦІЯ УПРАВЛІННЯ МІСТА ЛЬВОВА ЗА ВЛАСНИМ СТАТУТОМ 1870 РОКУ .....	104
<i>A. Redzik</i> PRAWO PRYWATNE NA UNIWERSYTECIE LWOWSKIM W LATACH 1871 –1939 .....	106
<i>М. Никифорак</i> МІСЬКЕ САМОВРЯДУВАННЯ НА БУКОВИНІ ЗА АВСТРІЇ (1774-1918 рр.) .....	110
<i>В. Качур</i> ПРО ХАРАКТЕР КАНАДСЬКОГО ФЕДЕРАЛІЗМУ ЗА АКТОМ 1867 р.....	113
<i>І. Настасяк</i> РОЛЬ ГУБЕРНСЬКОГО ПРАВЛІННЯ У ЗМІЦНЕННІ ДЕРЖАВНОГО ЛАДУ В ГАЛИЧИНІ.....	115
<i>Б. Тищик</i> ЗУНР: ДИПЛОМАТИЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ (1918 – 1919 рр.) .....	118
<i>О. Паславська</i> ВІДРОДЖЕННЯ ПОЛЬСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1918 – 1921 рр.).....	121
<i>Н. Єфремова</i> ЗАКОН "ПРО ОРГАНІЗАЦІЮ ВІЙСЬКОВО-СУДОВИХ ІНСТИТУЦІЙ ТА ЇХ КОМПЕТЕНЦІЮ" УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ 1918 р. ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ВІЙСЬКОВО-СУДОВИХ УСТАНОВ В УКРАЇНІ .....	124
<i>Т. Курило</i> ПРАВОВА ОХОРОНА ПАМ'ЯТОК ІСТОРІЇ ТА КУЛЬТУРИ В УКРАЇНСЬКІЙ РСР (1917-1991рр.) .....	127
<i>F. Ciepły</i> FILOZOFICZNE ASPEKTY REGULACJI NIELECZNICZYCH ŚRODKÓW ZABEZPIECZAJĄCYCH W POLSKIM KODEKSIE KARNYM Z 1932 r. ....	130
<i>W. Bednaruk</i> SYSTEM OBSADY FOTELE SĘDZIOWSKICH W POZĄTKOWYM OKRESIE ISTNIENIA PARLAMENTU PARYSKIEGO.....	135
<i>M. Lipska</i> DZIAŁALNOŚĆ RADY NIEUSTAJĄCEJ W ZAKRESIE POLICJI.....	138
<i>О. Юхимюк</i> ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ МІСЬКИХ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЗАХІДНОЇ УКРАЇНИ В СКЛАДІ ПОЛЬЩІ (1918-1939 рр.).....	141
<b>СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК .....</b>	<b>144</b>
<i>А. Матвієнко</i> ФОРМИ ТА ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ТА СВОБОД ЛЮДИНИ Й ГРОМАДЯНИНА .....	144

<i>С. Саблук</i> КОНСТИТУЦІЙНІ ГАРАНТІЇ ПРАВ ДИТИНИ В УКРАЇНІ.....	148
<i>Р. Максакова</i> НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ВИБОРЧИХ ПРАВ НА МІСЦЕВИХ ВИБОРАХ В УКРАЇНІ .....	151
<i>О. Бориславська</i> ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ.....	157
<i>І. Литвиненко</i> ДЕРЖАВНІ ГАРАНТІЇ І ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ, ЙОГО ОРГАНІВ ТА ПОСАДОВИХ ОСІБ.....	160
<i>А. Лещух</i> ПРИНЦИПИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ВІДДІЛІВ І УПРАВЛІНЬ МІСЬКИХ РАД В УКРАЇНІ.....	163
<i>С. Кульбач</i> ОРГАНИ ВНУТРІШНІХ СПРАВ ЯК ГАРАНТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЛІТИЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН .....	165
<i>І. Сенюта</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕДИЧНОГО ВТРУЧАННЯ В УКРАЇНІ.....	166
<b>СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК .....</b>	<b>169</b>
<i>А. Школик</i> АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО УКРАЇНИ НА ПОРОЗІ ЗМІН.....	169
<i>Г. Ткач</i> ОРГАНІЗАЦІЙНО-ФУНКЦІОНАЛЬНІ ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА.....	171
<i>М. Якимчук</i> СТАН ТА ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНОЇ СТРУКТУРИ СИСТЕМИ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ.....	173
<i>Н. Янюк</i> АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПОЗОВ ЯК ЗАСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ І ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ГРОМАДЯНИНА .....	178
<i>А. Мицак</i> МИТНЕ ПРАВО УКРАЇНИ В ПЕРІОД РЕОРГАНІЗАЦІЇ МИТНИХ ОРГАНІВ ЗА ЗАКОНОМ УКРАЇНИ "ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ТА ДОПОВНЕНЬ ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТІВ УКРАЇНИ З МИТНИХ ПИТАНЬ ВІД 28.01.94 р." .....	180
<i>А. Годяк</i> ФОРМУВАННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА В ГАЛУЗІ ВЕТЕРИНАРНОЇ МЕДИЦИНИ УКРАЇНИ .....	184
<i>A. Maleszewska</i> ZMIANY W POLSKIM PRAWIE BUDOWLANYM WYBRANE ZAGADNIENIA .....	187
<i>В. Хохуляк</i> НАУКА ФІНАНСОВОГО ПРАВА: ОСНОВНІ ПІДХОДИ ПІЗНАННЯ СУЧАСНИХ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ РЕАЛІЙ .....	190
<i>В. Косаняк</i> МЕХАНІЗМ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ПОНЯТТЯ, СТАДІЇ І ЕЛЕМЕНТИ.....	194

<i>О. Сударенко</i> <b>ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФІНАНСУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА ДЛЯ МОЛОДІ .....</b>	<b>198</b>
<i>В. Левкович</i> <b>ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НЕПОДАТКОВИХ ДОХОДІВ, ЯКІ ВИПЛИВАЮТЬ З ПРАВА ВЛАСНОСТІ ДЕРЖАВИ .....</b>	<b>204</b>
<i>М. Пожидаєва</i> <b>ЗНАЧЕННЯ ЄДИНОГО ПОДАТКУ ДЛЯ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ .....</b>	<b>206</b>
<i>В. Сулим</i> <b>АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ МІСЦЕВИХ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ .....</b>	<b>209</b>
<i>Н. Пришва</i> <b>ЩОДО ПИТАННЯ ДЕЛЕГУВАННЯ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ В СФЕРІ АКУМУЛЯЦІЇ ОБОВ'ЯЗКОВИХ ПЛАТЕЖІВ .....</b>	<b>211</b>
<i>М. Сідак</i> <b>ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПОБУДОВИ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ БАНКІВСЬКОЇ СИСТЕМИ В КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЇ ЄВРОПИ ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ.....</b>	<b>214</b>
<i>М. Duda</i> <b>SANKCJE RZECZYWISTE A SANKCJE POZORNE W POLSKIM MATERIALNYM PRAWIE PODATKOWYM (ZARYS PROBLEMU) .....</b>	<b>218</b>
<i>М. Münnich</i> <b>WYKONYWANIE KONTROLI PODATKOWEJ I SKARBOWEJ PRZEZ ORGANY POLSKIEJ ADMINISTRACJI SKARBOWEJ .....</b>	<b>221</b>
<i>Е. М. Kosieradzka</i> <b>GENEZA BANKU CENTRALNEGO W POLSCE DO MOMENTU UTWORZENIA NARODOWEGO BANKU POLSKIEGO.....</b>	<b>224</b>
<i>Р. Potorski</i> <b>SKALA I GŁÓWNE PRZYCZYNY WZROSTU ZALEGŁOŚCI W PŁATNOŚCI POLSKICH PODATKÓW PAŃSTWOWYCH.....</b>	<b>227</b>
<i>М. Jońca</i> <b>FORMA I CZAS OBOWIĄZYWANIA TESTAMENTUM IN PROCINCTU .....</b>	<b>230</b>
<i>С. Лучковська</i> <b>ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ЕЛЕМЕНТІВ ВАЛЮТНОГО КОНТРОЛЮ .....</b>	<b>233</b>
<b>СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК.....</b>	<b>235</b>
<i>О. Беляневич</i> <b>"ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК" ЯК ОЦІНОЧНА КАТЕГОРІЯ ДОГОВІРНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМА ТЛУМАЧЕННЯ .....</b>	<b>235</b>
<i>Н. Корчак</i> <b>СПІВВІДНОШЕННЯ ПУБЛІЧНИХ ТА ПРИВАТНИХ ІНТЕРЕСІВ В КОНКУРЕНТНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ .....</b>	<b>238</b>
<i>І. Діковська</i> <b>ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ .....</b>	<b>241</b>
<i>Ю. Ушакова</i> <b>ПРАВО КОЛЕКТИВНОЇ ВЛАСНОСТІ ЧИ ПРАВО ВЛАСНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ.....</b>	<b>245</b>

<i>М. Колонтирська</i> ДЕРЖАВНЕ ЗАМОВЛЕННЯ ЯК ЗАСІБ РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ .....	248
<i>О. Ярешко</i> ДІЛОВА РЕПУТАЦІЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ .....	250
<i>К. Dębińska</i> DOBRA SŁAWA OSÓB PRAWNYCH.....	252
<i>О. Буткевич</i> КОМПЛЕКСНІ ВИРОБНИЧІ ЗОНИ У СКЛАДІ ВЕЗ В УКРАЇНІ .....	254
<i>А. Герц</i> НОВЕЛИ ШПОТЕЧНОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	256
<i>Ж. Білоус</i> ОСОБЛИВОСТІ ВИРАЖЕННЯ ВОЛІ СТОРІН У ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВОРАХ .....	258
<i>В. Мартин</i> РЕЧОВІ ПРАВА НА ЧУЖЕ МАЙНО ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ .....	262
<i>В. Слома</i> ПОРУКА ТА ГАРАНТІЯ ЯК СПОСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА .....	266
<i>В. Косак</i> ПРОБЛЕМИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАХИСТОМ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ .....	269
<i>О. Яворська</i> НОВІ ВИДИ ЦІННИХ ПАПЕРІВ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....	271
<i>А. Попова</i> ПРОФЕСІЙНІ УЧАСНИКИ РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ: ПОНЯТТЯ І ОЗНАКИ .....	273
<i>В. Васильєва</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ .....	276
<i>О. Ваянова</i> ПРОБЛЕМИ АВТОРСЬКО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ АЛГОРИТМУ .....	279
<i>Ж. Чорна</i> ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ЖИТЛА ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ .....	281
<i>Г. Яновицька</i> ПОНОВЛЕННЯ ОКРЕМИХ МАЙНОВИХ ПРАВ НЕЗАКОННО ЗАСУДЖЕНИХ І РЕАБІЛІТОВАНИХ (НА МАТЕРІАЛАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ).....	283
<i>М. Логвінова</i> ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОЗБАВЛЕННЯ БАТЬКІВСЬКИХ ПРАВ .....	285
<i>R. Ostrowski</i> WYSTAWIENIE WEKSLA PRZEZ SPÓŁKĘ PRAWA HANDLOWEGO .....	289
<i>М. Присяжнюк</i> КОНКУРС У ПРИВАТИЗАЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ .....	292
<i>Н. Процьків</i> ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРІВ ПОВ'ЯЗАНИХ З КРЕДИТНО-РОЗРАХУНКОВИМИ ВІДНОСИНАМИ.....	294



<i>О. Трофімова</i> <b>ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ ЛІЗИНГУ ТА ЙОГО ПРОВОДА ПРИРОДА</b> .....	297
<i>Ю. Білоусов</i> <b>ПИТАННЯ ВПРОВАДЖЕННЯ У ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ПОЛОЖЕНЬ НОВОГО СІМЕЙНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ</b> .....	300
<i>Н. Бондаренко</i> <b>ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ СТАДІЇ ПІДГОТОВКИ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ (В КОНТЕКСТІ ГАРАНТІЙ ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА)</b> .....	302
<i>Л. Кондратьєва</i> <b>ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПІДГОТОВКИ СПРАВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН З УЧАСТЮ НЕПОВНОЛІТНІХ</b> .....	304
<i>О. Трач</i> <b>ПРОГОЛОШЕННЯ УХВАЛ ТА РІШЕНЬ СУДУ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ</b> .....	307
<b>СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА</b> .....	<b>309</b>
<i>Н. Гетьманцева</i> <b>ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН</b> .....	309
<i>С. Вишинецька</i> <b>РОЛЬ ТРУДОВОГО ПРАВА В АСПЕКТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ</b> .....	314
<i>І. Васечко</i> <b>ФОРМУВАННЯ КАТЕГОРІАЛЬНО-ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ ТРУДОВОГО ПРАВА</b> .....	318
<i>О. Білявська</i> <b>МІСЦЕ САНКЦІЙ В СТРУКТУРІ НОРМИ ТРУДОВОГО ПРАВА</b> .....	322
<i>Д. Лещух</i> <b>ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТИПОВИХ ТА ЗРАЗКОВИХ ФОРМ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ</b> .....	326
<i>Т. Парпан</i> <b>ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕМІЩЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ</b> .....	328
<i>І. Фурик</i> <b>ІНДИВІДУАЛЬНО-ДОГОВІРНИЙ ХАРАКТЕР ВСТАНОВЛЕННЯ ТА ЗМІНИ УМОВ ОПЛАТИ ПРАЦІ НАЙМАНИХ ПРАЦІВНИКІВ</b> .....	330
<i>С. Запара</i> <b>АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПОРЯДКУ ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ</b> .....	332
<i>С. Синчук</i> <b>ПОНЯТІЙНИЙ АПАРАТ ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ</b> .....	335
<i>О. Кульчицька</i> <b>ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ГРОМАДЯН ЗА ПРАВОМ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ</b> .....	337
<i>В. Бурак</i> <b>ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ</b> .....	339
<i>В. Федорович</i> <b>МЕТОДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У ЗЕМЕЛЬНОМУ ПРАВІ</b> .....	341

<i>Т. Ковальчук</i> ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ГРОМАДЯН НА ЗЕМЕЛЬНІ ДІЛЯНКИ В УКРАЇНІ.....	343
<i>Д. Бусуйок</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ЮРИДИЧНУ ПРИРОДУ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ .....	346
<i>І. Потапчук</i> ПРО МІСЦЕ ПРИБЕРЕЖНОЇ СМУГИ МОРІВ У СИСТЕМІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ МОРІВ В УКРАЇНІ.....	349
<i>С. Романко</i> ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИХ ЗАХОДІВ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРЕВЕНТИВНОГО СПРЯМУВАННЯ У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ СЛІСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ.....	352
<b>СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ .....</b>	<b>356</b>
<i>В. Василяш</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ДЖЕРЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ.....	356
<i>Б. Кириць</i> РОЗДІЛ IV ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ 2001 р. ПОТРЕБУЄ УДОСКОНАЛЕННЯ .....	358
<i>О. Заруцький</i> КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ВІД ЗЛОЧИННИХ ПОСЯГАНЬ, ЩО СКОЮЮТЬСЯ У СПІВУЧАСТІ.....	360
<i>Н. Саванович</i> К ВОПРОСУ О МИНИМАЛЬНОМ КОЛИЧЕСТВЕ УЧАСТНИКОВ ОРГАНИЗОВАННОЙ ГРУППЫ ПО УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ 1999 ГОДА.....	362
<i>А. Стрижевська</i> ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТТЯ "МНОЖИННІСТЬ ЗЛОЧИНІВ" ТА СИСТЕМНОГО УТВОРЕННЯ "ПОВТОРНІСТЬ, СУКУПНІСТЬ ТА РЕЦИДИВ ЗЛОЧИНІВ" У ДОКТРИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ЧИННОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ.....	365
<i>К. Марисюк</i> ДО ПИТАННЯ ПРО ОЗНАКИ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ ЗЛОЧИННИХ ОРГАНІЗАЦІЙ.....	369
<i>В. Гришук</i> ПОНЯТТЯ, ВИДИ, ПІДСТАВИ, ФОРМИ І СТАДІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ .....	371
<i>О. Ющик</i> ПЕРЕВИЩЕННЯ МЕЖ ДІЯННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО З РИЗИКОМ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ .....	374
<i>А. Шидловский</i> ВЛИЯНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, СМЯГЧАЮЩИХ И ОТЯГЧАЮЩИХ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ, НА МЕРУ НАКАЗАНИЯ.....	376
<i>Т. Іванюк</i> ЗМІСТ ТА ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ З'ЯВЛЕННЯ ІЗ ЗІЗНАННЯМ, ЩИРОГО КАЯТТЯ ТА АКТИВНОГО СПРІЯННЯ РОЗКРИТТЮ ЗЛОЧИНУ ЯК ОБСТАВИН, ЯКІ ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ .....	379
<i>В. Бурдін</i> ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЛІКАРІВ ЗА НЕНАДАННЯ ДОПОМОГИ ХВОРОМУ .....	382

<i>А. Найда, О. Малюк</i> <b>ПРОФЕСІЙНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ МЕДИЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ</b> .....	384
<i>Т. Гуцесова</i> <b>КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ І (АБО) ТКАНИН ЛЮДИНИ</b> .....	388
<i>С. Лихова</i> <b>КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ПРАВА НАЙМАНИХ ПРАЦІВНИКІВ НА УЧАСТЬ У СТРАЙКУ (ст.174 КК УКРАЇНИ)</b> .....	391
<i>С. Лихова, П. Берзін</i> <b>ПИТАННЯ ОБҐРУНТОВАНІСТІ ВЖИВАННЯ ПОНЯТТЯ "ЗЛОЧИНІ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ"</b> .....	396
<i>К. Попов</i> <b>ЗЛОВЖИВАННЯ ДОВІР'ЯМ ЯК СПОСІБ ШАХРАЙСТВА</b> .....	400
<i>І. Газдайка-Василишин</i> <b>ВІДМЕЖУВАННЯ ПОГРОЗИ ЗНИЩЕННЯ МАЙНА ВІД СУМІЖНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ</b> .....	403
<i>П. Андрушко</i> <b>ЧИ МОЖЕ ФІЗИЧНА ОСОБА, ЩО ЗДІЙСНЮЄ ПІДПРИЄМНИЦЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ БЕЗ СТВОРЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ, ВИЗНАВАТИСЬ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ?</b> .....	405
<i>П. Берзін</i> <b>КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ОБМАНУ ЯК СПОСОБУ ЗДІЙСНЕННЯ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗНАКА ДЛЯ ТОВАРІВ І ПОСЛУГ, ФІРМОВОГО НАЙМЕНУВАННЯ ТА КВАЛІФІКОВАНОГО ЗАЗНАЧЕННЯ ПОХОДЖЕННЯ ТОВАРУ</b> .....	410
<i>О. Бахуринська</i> <b>СПІВВІДНОШЕННЯ БЕЗПОСЕРЕДНЬОГО ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ.271 КК УКРАЇНИ, З РОДОВИМ ОБ'ЄКТОМ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ВИРОБНИЦТВА</b> .....	413
<i>В. Гордієнко</i> <b>ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ "БАНКРУТСТВО" ТА "СТІЙКА ФІНАНСОВА НЕСПРОМОЖНІСТЬ" ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ</b> .....	416
<i>А. Бойко</i> <b>ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЕКОНОМІКО-КРИМІНОЛОГІЧНОЇ ОЦІНКИ ТРАНСФОРМАЦІЇ ЕКОНОМІКИ ЗА РИНКОВИМ ТИПОМ В УКРАЇНІ</b> .....	419
<i>Ю. Абросімова</i> <b>ТЕНДЕНЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ В РЕГІОНІ</b> .....	421
<i>О. Зазимко</i> <b>КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА СУБ'ЄКТА ПОДРУЖНЬОГО ВБИВСТВА</b> .....	423
<i>В. Поливаний</i> <b>РОЗВИТОК СПОСОБІВ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ У БАНКІВСЬКІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ З ВИКОРИСТАННЯМ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ</b> .....	426
<b>СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ І КРИМІНАЛІСТИКИ</b> .....	427
<i>В. Нор</i> <b>ПУБЛІЧНІСТЬ, ЗМАГАЛЬНІСТЬ І ДИСПОЗИТИВНІСТЬ ЯК ОСНОВА КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ</b> .....	427

<i>В. Шпак</i> ЗНАЧЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ УГОЛОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА И ЕЕ ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ .....	429
<i>В. Юрчишин</i> ДИНАМІКА ФОРМУВАННЯ ПУБЛІЧНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ЙОГО ПАРАДИГМИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ .....	434
<i>У. Ковна</i> ПОНЯТТЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ОСОБИ ТА ЇЇ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ СТАНОВИЩЕ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ .....	437
<i>А. Павлишин</i> ПІДСТАВИ ПОСТАНОВЛЕННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО ВИРОКУ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ.....	440
<i>О. Крикунов</i> ЗАСАДИ КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ПОТЕРПЛИМ У ВИРОКАХ СУДУ .....	443
<i>А. Маланюк</i> ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ВИЗНАННЯ І ВИКОНАННЯ В УКРАЇНІ ВИРОКІВ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ, ПОСТАНОВЛЕНИХ СУДАМИ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ.....	446
<i>С. Кошель</i> ДЕЯКІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ КОЛЕКЦІЙ У ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ.....	449
<i>Н. Бобечко</i> НОВІ (ДОДАТКОВІ) МАТЕРІАЛИ ТА НОВОВІЯВЛЕНІ ОБСТАВИНИ: ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ .....	451
<i>І. Козутич</i> ПРО ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ .....	453
<i>Р. Єзерський</i> ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ З КРИМІНАЛІСТИЧНОЮ ТАКТИКОЮ І МЕТОДИКОЮ .....	456
<i>С. Томин</i> ВСТАНОВЛЕННЯ І ВИЯВЛЕННЯ НОСІЇВ КРИМІНАЛІСТИЧНО ЗНАЧУЩОЇ ІНФОРМАЦІЇ.....	458
<i>І. Жолнович</i> МІСЦЕ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ОПИСУ ОСОБИ ЗА ЗОВНІШНІСТЮ В СИСТЕМІ НАУКИ "КРИМІНАЛІСТИКА" .....	462
<i>О. Саїнчин</i> ПРОБЛЕМИ РОЗСЛІДУВАННЯ НАВМИСНИХ ВБИВСТВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗНИКНЕННЯМ ЛЮДИНИ (КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АНАЛІЗ) .....	464
<i>О. Калужна</i> ПРО РОЛЬ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ У СИСТЕМІ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ФАЛЬШИВОМОНЕТНИЦТВА.....	466
<b>СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА.....</b>	<b>468</b>
<i>М. Микієвич</i> ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ В КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЙОГО ЗОВНІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ .....	468

<i>Л. Луць</i> ДЖЕРЕЛА ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ .....	470
<i>З. Мозіль</i> РОЛЬ СУДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ВІЛЬНОГО РУХУ ТОВАРІВ НА ВНУТРІШНЬОМУ РИНКУ ЄС .....	473
<i>О. Юлдашев</i> АДАПТАЦІЯ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТА ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ВИМОГ ЄС І СОТ ЯК ШЛЯХ ДО ПІДВИЩЕННЯ РІВНЯ ЗАБЕЗПЕЧЕНОСТІ ПРАВ ЛЮДИНИ .....	475
<i>М. Ostapczuk</i> GODNOŚĆ CZŁOWIEKA A PROBLEM TRANSPLANTACJI. UWAGI NA TLE PRAWA POLSKIEGO ORAZ PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ .....	481
<i>І. Снівак</i> ЦИВІЛЬНІ ПРАВА І ОБОВ'ЯЗКИ В СВІТЛІ ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ .....	484
<i>В. Kucia-Guściora</i> INSTRUMENTY PRAWNE SŁUŻĄCE ZAPOBIEGANIU PODWÓJNEMU OPODATKOWANIU W STOSUNKACH MIĘDZYARODOWYCH .....	489
<i>В. Поєдинок</i> ПРАВОВІ ПИТАННЯ ДОПУСКУ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИТОРІВ .....	493
<i>С. Павлиш</i> МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ УКРАЇНСЬКИХ МОРЯКІВ У ВИПАДКУ ПРОТИПРАВНИХ ДІЙ ЩОДО НИХ ЗА КОРДОНОМ .....	497
<i>С. Задорожна</i> СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ АВТОНОМІЇ ВОЛІ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ .....	500
<i>Л. Фединяк</i> ОРГАНИ, ЩО ЗАЙМАЮТЬСЯ ЗАХИСТОМ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ: ПРАВОТВОРЧИЙ ДОСВІД УКРАЇНИ ТА ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ .....	504
<i>В. Попович</i> КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ .....	507
<i>В. Гринчак</i> ФОРМИ СПІВРОБІТНИЦТВА ДЕРЖАВ У БОРОТБІ З МІЖНАРОДНОЮ ЗЛОЧИННІСТЮ .....	510
<i>Л. Палюх</i> ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ НЕПОВНОЛІТНІХ: ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ І МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ .....	512
<i>В. Семків, Г. Довгань</i> ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ПРЕДМЕТ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства .....	515
<i>А. Косило</i> КОНСТИТУЦІЯ – ЯК ОСНОВА СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ ТА ПОЛЬЩІ .....	517

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ  
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ  
В УКРАЇНІ**

Матеріали X регіональної  
науково-практичної конференції

*(5-6 лютого 2004 р.)*

Формат 60x84/8. Папір друк. Гарн. Таймс. Наклад 300.

Віддруковано з готових діапозитивів у Жовківській друкарні  
видавництва отців Василян "Місіонер".  
80300, Львівська область, м. Жовква, вул. Василянська, 8.