МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

ПІВДЕННИЙ РЕГІОНАЛЬНИЙ ЦЕНТР НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ПРАВОВЕ ЖИТТЯ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

МАТЕРІАЛИ
Міжнародної науково-практичної конференції

ТОМ 2

16–17 травня 2013 року

Одеса
Фенікс
2013

УДК 340(477)(063)
ББК 67(4Укр)я43
П 685

Відповідальний за випуск
Дрьомін Віктор Миколайович – доктор юридичних наук, професор, проректор з наукової роботи Національного університету «Одеська юридична академія», член-кореспондент Національної академії правових наук України

П 685 **Правове життя сучасної України** : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (16-17 травня 2013 р.) Т. 2 / відп. за випуск д.ю.н., проф. В.М. Дрьомін ; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса : Фенікс, 2013. – 814 с.
ISBN 978-966-438-708-5

У другому томі матеріалів Міжнародної наукової конференції «Правове життя сучасної України» відображені актуальні питання адміністративного права та процесу, фінансового права, дослідження у сфері судової та правоохоронної діяльності, актуальні проблеми кримінального права, кримінології та кримінально-виконавчого права, кримінально-процесуального права, криміналістики, судової експертизи, судової психології та медицини. Розглядаються сучасні проблеми цивільного права та цивільного процесу, права інтелектуальної власності та корпоративного права, господарського права та процесу.

Збірник розрахований на наукових працівників, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих юридичних навчальних закладів, а також юристів-практиків, які цікавляться проблемами сучасної юриспруденції, галузевими напрямами розвитку права та державного будівництва.

ISBN 978-966-438-708-5

© Оформлення ПП «Фенікс», 2013
© Національний університет «Одеська юридична академія», 2013

ПЕРЕДМОВА

Другий том матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції професорсько-викладацького складу «Правове життя сучасної України», яка щорічно проводиться у Національному університеті «Одеська юридична академія», містить розробки учених та практиків з питань різних галузей сучасного правознавства: адміністративного права та процесу, фінансового права, цивільного та господарського права та процесу, кримінального, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого права, кримінології, криміналістики тощо.

Слід зазначити, що планомірний рух України до практичного втілення ідеалів демократії та правової держави зумовлює надзвичайну важливість і підвищену актуальність проблем, пов'язаних з реформуванням як системи державного управління в Україні в цілому, так і змінами на рівні виконавчої влади. Видається необхідним та актуальним акцентувати увагу на тій винятковій ролі, яку відіграють адміністративне право та юридична наука в процесі дослідження державного управління в Україні та його розвитку, а також у рамках наукового забезпечення і практичного втілення концепції адміністративної реформи. З цією метою автори аналізують юридичну природу відповідальності та заходи впливу за вчинені порушення бюджетного законодавства України, здійснюють пошук оптимальної системи адміністративних стягнень, яка б об'єднала дієві заходи реагування держави на вчинення різноманітних адміністративних проступків, розглядають проблеми визначення об'єкта забезпечувальних заходів у податковому праві, вивчають питання казначейського обслуговування місцевих бюджетів.

Формування надійної системи захисту прав і свобод громадян, здійснення контролю над злочинністю, послідовна діяльність з формування нової кримінальної та кримінологічної політики є одними з найбільш пріоритетних завдань сучасного суспільства. Саме послідовні шляхи з розвитку системи захисту прав і свобод громадян у судовій сфері, сфері правоохоронної діяльності, науковому та експертному забезпеченні протидії злочинності та іншим негативним проявам нашого життя надають можливість сприяти формуванню правової держави, в якій верховенство права буде не політичним лозунгом, а частиною повсякденного буття.

Багато уваги приділено проблемам, які виникли у зв'язку з прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України. Наприклад, актуальними є питання правового статусу прокурора, адже чинний КПК України містить чимало новацій щодо завдань і повноважень прокурора в різних стадіях кримінального провадження. Важливими для практики є питання визначення підстав зупинення досудового розслідування за новим КПК України, дослідження проблем кримінального провадження у формі приватного обвинувачення, аналіз новел у регламентації інституту

визнання та виконання рішень іноземних судів і міжнародних судових установ.

Заслуговує на увагу те, що автори вивчають досвід зарубіжних країн з надання безоплатної правової допомоги та проблеми функціонування цілісної ефективної системи безоплатної правової допомоги в Україні. Ця проблема для нашої країни має не тільки правове, але й соціальне та політичне значення.

Окремий розділ у збірнику присвячений вивченню сучасних проблем кримінального права, кримінології та кримінально-виконавчого права. Авторами досліджуються питання прізонізації як соціальної і кримінологічної проблеми, соціальні та кримінологічні проблеми генної інженерії, питання правового забезпечення протидії незаконному обігу вогнепальної зброї в Україні, проблеми детермінації службового підроблення, класифікації функцій режиму в місцях позбавлення волі.

Важливими є дослідження теоретичних і практичних проблем методики, організації і тактики досудового розслідування та криміналістичної профілактики злочинів, зокрема питань, пов'язаних із з'ясуванням сутності слідчої діяльності, її стратегії і тактики.

Особливого значення набувають сучасні цивілістичні дослідження, предметом яких є висвітлення проблемних життєвих ситуацій відповідно до положень цивільного законодавства. Науковцями вивчаються здобутки та прорахунки другої кодифікації цивільного законодавства в УРСР, визначається сутність кондикційних зобов'язань у сучасному цивільному законодавстві України, аналізується поняття «нотаріальна дія» в контексті нового законодавства про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Звертають на себе увагу доповіді, присвячені проблемам правового регулювання господарських відносин в Україні. Актуальним та доцільним є розгляд концептуальних засад поглиблення кодифікації господарського законодавства України, питань вдосконалення порядку застосування штрафів антимонопольних органів, контролю у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Можна висловити сподівання, що матеріали, які представлені у даному томі матеріалів конференції, відповідають викликам сучасності і будуть сприяти забезпеченню сталого розвитку держави та права.

Сергій Ківалов,
доктор юридичних наук,
професор, академік НАПрН України,
Президент Національного університету
«Одеська юридична академія», народний депутат
України, голова Комітету Верховної Ради України з
питань верховенства права та правосуддя

РОЗДІЛ 17
ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ, ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Ківалов С. В.
Президент Національного університету «Одеська юридична академія», завідувач кафедри адміністративного та фінансового права, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ З АДМІНІСТРАТИВНИМ ПОЗОВОМ: МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВА І ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА СУТНІСТЬ

Право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом передбачено у ст. 104 КАС України, яка продовжує і розвиває конституційне положення про те, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Це право у структурі права на судовий захист є одним із центральних, оскільки всі наступні права – право на участь у судовому розгляді, право на судове рішення, право на виконання судового рішення є необхідними чинниками, але похідними від права на звернення до адміністративного суду.

Важливим є питання щодо співвідношення понять «право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом» і «право на судовий захист». Перше право може реалізувати особа, яка є процесуально дієздатною, а друге – кожен, чиї права, свободи або законні інтереси порушено. Водночас це не означає, що особа може вимагати надання судового захисту порушеним інтересам будь-якої іншої особи. Звернення до адміністративного суду в інтересах іншої особи є можливим лише на основі договору або закону.

Не менш важливим є визначення співвідношення понять «право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом» і «право на адміністративний позов». Аналіз чинних статей та врахування наукової думки із цього питання дають підстави вважати, що ці поняття є тотожними. Адже судове провадження в адміністративній справі ініціюється шляхом звернення до адміністративного суду за захистом прав, свобод чи законних інтересів у порядку позовного провадження. Насамперед, це передбачено у ч. 2 ст. 11 КАС України, яка визначає принцип диспозитивності адміністративного судочинства, відповідно до якого адміністративний суд позбавлений права ініціювати судовий адміністративний процес.

Для визначення сутності та особливостей права на звернення до адміністративного суду, слід перш за все з'ясувати структуру поняття «право на адміністративний позов». Право є складною юридичною конструкцією і її визначають матеріально-правова і процесуально-правова сутність.

Матеріально-правова сутність права на адміністративний позов становить право на задоволення адміністративного позову, а процесуально-правова сутність – знаходить своє відображення у праві на звернення з адміністративним позовом. Право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом (у процесуальному сенсі) є правом на звернення за захистом суб'єктивного права або охоронюваного законом законного інтересу. За своїм змістом право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом означає право на адміністративний процес незалежно від його результату, право на діяльність суду щодо розгляду і вирішення спору про право або охоронюваний законом інтерес, тобто це право на ухвалення рішення незалежно від його змісту і характеру. Таким чином, право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є процесуальною категорією, оскільки наявність цього права у фізичної особи не залежить від наявності у неї в дійсності того суб'єктивного права або законного інтересу, який підлягає захисту.

Важливо зазначити, що в юридичній літературі питання щодо правової природи (сутності) права на позов є дискусійним. Одні автори відносять це право до категорії процесуальної правоздатності. Така позиція у контексті адміністративного судочинства означає, що правом на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом володіє будь-яка особа з моменту виникнення у неї адміністративної процесуальної правоздатності. Не вдаючись до дискусії щодо співвідношення адміністративної процесуальної правоздатності і суб'єктивного права слід, зазначити, що за чинним законодавством правоздатність, на відміну від суб'єктивного права, являє собою здатність мати відповідні права й обов'язки, а суб'єктивне право – це не потенційна можливість мати певні права й обов'язки, а саме наявне право, гарантоване законом і забезпечене обов'язками інших осіб. Таким чином, важливо зазначити, що необхідно вирізнити два поняття: 1) право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом (право на звернення за судовим захистом) як елемент адміністративної процесуальної правоздатності. У цій якості право на позов само по собі не збільшує і не доповнює правову сферу одних фізичних осіб у порівнянні з іншими; 2) на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом (право на звернення за судовим захистом) як суб'єктивне процесуальне право. Це право є далеко не в усіх фізичних осіб, а тільки у конкретних осіб по конкретних справах за наявності певних передумов і певних умов.

Інші автори розглядають це право як односторонню правомочність. Із такою точкою зору важко погодитися, насамперед, з огля-

ду на особливості адміністративного судочинства. Відповідно КАС України для порушення адміністративної справи недостатньо мати право на власні дії, оскільки дії адміністративного суду – це дії у відповідь, які базуються на тих же підставах – передумовах права на адміністративний позов. Більше того, визначення права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом як односторонньої правомочності, виникнення якої пов'язано тільки із суб'єктивним переконанням особи в необхідності судового захисту мало чим відрізняється від визначення цієї категорії як адміністративної процесуальної правоздатності, оскільки обидва визначення не дають відповіді на запитання: а) за яких обставин можна відмовити у прийняті адміністративного позову; б) припинити провадження у справі; в) залишити позов без розгляду. Відповісти на ці запитання можна тільки за умови, якщо право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом розглядати як суб'єктивне адміністративне процесуальне право, виникнення й реалізація якого обумовлені наявністю або відсутністю певних юридичних фактів.

Відповідно до третьої точки зору право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом – це суб'єктивне процесуальне право. Ця точка зору заслуговує на найбільшу увагу і безпосередньо пов'язана з такими поняттями, як передумови й умови звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом. Слід зазначити, що в теорії права цьому питанню приділялася увага. Велика заслуга у розробці цієї проблеми належить М. А. Гурвичу, який увів у науковий обіг поняття «передумови» й «умови».

У контексті адміністративного судочинства передумовами права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є ті обставини процесуального характеру (юридичні факти), від яких залежить або з якими пов'язано виникнення самого права на адміністративний позов. Передумови права на позов передбачені ст.ст. 109 і 157 КАС України. Важливо зазначити, що перелік обставин, які передбачені у ч. 1 ст. 109 КАС України, є вичерпним, тобто тільки вони тягнуть за собою відмову судді у відкритті провадження у справі. Такими передумовами права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом є: 1) заяву не належить розглядати в порядку адміністративного судочинства. Ця підстава є відсилочною і передбачає звернення до ст. 17 КАС України, яка передбачає компетенцію адміністративних судів щодо вирішення адміністративних справ, або коло справ, віднесених до розгляду й вирішення системою адміністративних судів; 2) у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав є такі, що набрали законної сили – постанова суду чи ухвала суду про: а) відмову у відкритті провадження в адміністративній справі; б) закриття провадження у такій справі у зв'язку з відмовою позивача від адміністративного позову або примиренням сторін; 3) якщо позивач відмовився від адміністративного

позову і відмову прийнято судом; 4) якщо сторони досягли примирення; 5) фізична смерть або оголошення в установленому порядку померлою фізичної особи, яка звернулася з позовною заявою або до якої пред'явлено адміністративний позов, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Ця передумова передбачає два взаємопов'язані моменти: а) фізична смерть або оголошення в установленому порядку померлою особи, яка звернулася з позовом. При цьому факт смерті повинен бути підтверджений свідоцтвом про смерть, а факт оголошення померлою – рішенням суду про оголошення особи померлою, що набрало законної сили; б) спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Процесуальне правонаступництво – це заміна сторін чи третіх осіб (правопопередників) іншою особою (правонаступником) у разі вибуття з процесу суб'єкта спірних чи встановлених судом правовідносин. У разі процесуального наступництва може бути перехід процесуальних прав та обов'язків під час адміністративного процесу від однієї особи, яка була стороною в конкретній адміністративній справі до іншої, яка не брала участі у справі. При цьому процесуальне правонаступництво є можливим за таких випадків: а) вибуття сторони або третьої особи у відносинах, щодо яких виник спір; б) заміна сторони чи третьої особи у відносинах, щодо яких виник спір.

Відсутність передумов права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом означало відсутність самого суб'єктивного права на позов, що тягне за собою два юридичних наслідки: а) відмова у відкритті провадження в адміністративній справі, якщо відсутність права на позов встановлена на стадії порушення справи, без права на повторне звернення цього ж позову. Ця категорія передумов передбачена ст. 109 КАС України; б) закриття провадження у справі, якщо відсутність права на позов встановлена на стадії судового розгляду, без права на повторне звернення цього ж позову. Перелік зазначених передумов права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом передбачений ст. 157 КАС України.

Самсін І.Л.

голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України,
суддя Верховного суду України, заслужений юрист України,
кандидат юридичних наук

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ПОДАТКОВИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Однією із причин регулювання податкових відносини імперативним методом, так само як і багатоаспектної реалізації державного примусу в цих відносинах є їх владно-майновий характер. З одного боку, ці відносини безпосередньо пов'язані з реалізацією фізичними і юридичними особа-

ми, іншими суб'єктами своїх майнових прав. З іншого – вони спрямовані на відчуження частини власності цих суб'єктів, а тому вочевидь потребують чіткої регламентації з боку держави.

Варто погодитися у зв'язку з зазначеним із думкою М. В. Карасьової, яка зазначає, що через економічну та правову природу податку як безвідплатного відчуження майна на користь публічної влади податкові правовідносини є об'єктивно суперечливими, оскільки інтерес до збільшення та самостійного розпорядження власністю суперечить необхідності її відчуження на «спільні потреби» (Карасева М. В. Финансовое право – политически «напряженная» отрасль права // Государство и право, 2001, № 8. С. 62–63.). Справедливим є й те, що цей конфлікт виражається в відсутності збігу індивідуальної волі зобов'язаної особи-платника податків із вираженою в праві загальною державною волею, а тому платник податків завжди буде прагнути уникнути сплати податку, навіть за допомогою незаконних способів. Таким чином, проблема забезпечення виконання правових норм у податковому праві через специфіку предмета регулювання набуває особливого значення (Стрельников В. В. Правовой режим пени в налоговом праве: Учебное пособие / Под ред. С. Г. Пепеляева. М., 2004. С. 20.).

На цю проблему звертав увагу ще П. М. Годме. Серед засобів боротьби з ухиленням від сплати податку вчений пропонує виділити декілька напрямів. Перший з них передбачає усунення причин, що породжують ухилення від сплати податку – розвиток громадянських почуттів, вплив громадської думки, неприпустимість використання податків у політичних цілях, так само як і встановлення надмірного податкового тягаря. Він розрізняє два способи боротьби з правопорушеннями: попередження (в першу чергу вдосконалення податкового контролю) та покарання (податкові санкції). Отже, в податковому праві існує об'єктивна необхідність узгодження волі держави (суспільства) та платника податківшляхом, зокрема, установлення та застосування заходів забезпечення виконання податкового зобов'язання (Годме П. М. Финансовое право. М.: Прогресс, 1978. С. 397–423; Стрельников В. В. Правовой режим пени в налоговом праве: Учебное пособие / Под ред. С. Г. Пепеляева. М., 2004. С. 21).

В сучасній науці підходи до розуміння забезпечення виконання зобов'язання, у тому числі й податкового, є досить різноманітними. Питання правової природи податкового зобов'язання вже досить детально проаналізоване. Отже, для вироблення чіткого уявлення про предмет дослідження, тобто засоби забезпечення виконання податкового зобов'язання, вважаємо за необхідне звернутися до загального розуміння поняття забезпечення.

Академічний тлумачний словник української мови визначає дієслова «забезпечувати», «забезпечити» як «постачаючи щось у достатній кількості, задовольняти кого-, що-небудь у якихось потребах» або «створювати надійні умови для здійснення чого-небудь; гарантувати щось»(Словник

української мови в 11 т. Том 3. – Київ: «Наукова думка», 1972. С. 18.) . Подібне визначення російського аналогу цього дієслова дає словник російської мови С. І. Ожегова: «зробити цілком можливим, дієвим, реально здійсненним; відгородити, зберегти» (Ожегов С. И. Словарь русского языка. – М.: Советская энциклопедия, 1972. С. 338.).

В літературі з податкового права також сформувалися різні підходи до визначення забезпечення виконання податкового зобов'язання. І. І. Кучеров, наприклад, зазначає, що способами забезпечення виконання податкового обов'язку є правові заходи, які стимулюють добровільну сплату платником податку (збору) (Кучеров И. И. Налоговое право России: Курс лекций.М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 2001. С. 154.). На нашу думку, таке формулювання не повністю розкриває сутність забезпечення виконання податкового зобов'язання (або якогось конкретного податкового обов'язку – з метою аналізу цього визначення термінологічні особливості значення не мають). Наведене визначення скоріше стосується «загальних заходів», спрямованих на усунення причин, які сприяють ухиленню від оподаткування – установлення адекватного рівня податкового навантаження або, скажімо, виховання в платниках почуття обов'язку, на використанні яких наголошує П. М. Годме (Годме П. М. Финансовое право. М.: Прогресс, 1978. С. 397–423.).

Безумовно, наявність засобів забезпечення виконання податкового зобов'язання, передбачених чинним податковим законодавством, є достатньо серйозним стимулом для платників у виборі між добровільним виконанням податкового зобов'язання та ухиленням від оподаткування. Аналогію тут можна провести з загальною превентивною функцією кримінального покарання. Сама наявність такого покарання й невідворотність його застосування у випадку вчинення злочину, а не безпосереднє його застосування, вже значним чином упливає на вибір особи щодо вчинення або невчинення злочину. Так само й сама лише загроза застосування засобів забезпечення виконання податкового зобов'язання впливає на вибір платника податків.

Монаєнко А. О.

Класичний приватний університет, проректор з наукової роботи, доцент, доктор юридичних наук, заслужений юрист України

АНАЛІЗ ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЗАХОДІВ ВПЛИВУ ЗА ВЧИНЕНІ ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Розглядаючи бюджетну відповідальність, слід зазначити, що у чинному Бюджетному кодексі України не визначається її поняття. Виникає питання, чи є бюджетна відповідальність видом фінансово-правової чи ні. У загальному вигляді фінансово-правову відповідальність можна визна-

чити як застосування державою у встановленому законодавством порядку до порушників фінансово-правових норм особливих заходів фінансово-правового примусу – фінансових санкцій, пов'язаних з обтяженнями майнового та карального характеру. Відповідно до ч. 2 ст. 111 Податкового кодексу України від 2 грудня 2010 року № 2755–VI фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та/або пені.

Бюджетну відповідальність можна визначити як застосування державою до суб'єкта бюджетного правопорушення заходів фінансово-правового примусу організаційного характеру, що виражається у встановленні негативних наслідків для порушника, які полягають в накладенні на нього додаткових обов'язків, передбачених санкцією порушеної бюджетно-правової норми, в строго визначеному для цього процесуальному порядку. І організаційний характер бюджетно-правових санкцій підтверджується ст. 117 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 року № 2456-VI, про що мова піде далі.

Якщо розглядати бюджетну відповідальність як вид фінансово-правової, то у разі порушення бюджетного законодавства фінансово-правова відповідальність має призводити для суб'єктів бюджетного права до певних негативних наслідків саме майнового та карального характеру. Формально це обумовлено специфікою фінансово-правових санкцій, що мають майновий характер і, таким чином, впливають на економічні інтереси правопорушників. Слід зазначити, що бюджетно-правові санкції встановлені в Бюджетному кодексі України. Проте, з аналізу ст. 117 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 року № 2456-VI видно, що за порушення бюджетного законодавства до учасників бюджетного процесу можуть застосовуватися такі заходи впливу:

1) попередження про неналежне виконання бюджетного законодавства з вимогою щодо усунення порушення бюджетного законодавства;

2) зупинення операцій з бюджетними коштами;

3) призупинення бюджетних асигнувань. Призупинення бюджетних асигнувань передбачає припинення повноважень на взяття бюджетного зобов'язання на відповідну суму на строк від одного до трьох місяців у межах поточного бюджетного періоду шляхом внесення змін до розпису бюджету (кошторису) у порядку, встановленому Міністерством фінансів України;

4) зменшення бюджетних асигнувань. Зменшення бюджетних асигнувань передбачає позбавлення повноважень на взяття бюджетного зобов'язання на відповідну суму на строк до завершення поточного бюджетного періоду шляхом внесення змін до розпису бюджету (кошторису) та у разі необхідності з подальшим внесенням змін до закону про Державний бюджет України (рішення про місцевий бюджет) у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України;

5) повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету;

6) зупинення дії рішення про місцевий бюджет;

7) безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів. Безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів передбачає стягнення органами Державної казначейської служби України коштів з місцевих бюджетів до державного бюджету, в тому числі і за рахунок зменшення обсягу трансфертів (дотації вирівнювання) місцевим бюджетам на відповідну суму, у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України;

8) інші заходи впливу, які можуть бути визначені законом про Державний бюджет України, – застосовуються за порушення бюджетного законодавства згідно із таким законом.

Як бачимо, бюджетна відповідальність у вигляді вище наведених заходів впливу призводить для правопорушника певні негативні наслідки, але не майнового, а організаційного чи особистого характеру, хоча і впливає на економічні інтереси правопорушника. Крім того, деякі заходи впливу відповідно до вищезазначеної статті не мають карального характеру, що суперечать основним принципам фінансово-правової відповідальності. Але ж у сфері бюджетної діяльності держава має прагнути отримати відшкодування збитку, заподіяного їй бюджетним правопорушенням і покарати правопорушника у грошовій формі. Проте, наприклад, призупинення бюджетних асигнувань; зупинення операцій з бюджетними коштами, зупинення дії рішення про місцевий бюджет можна віднести до заходів саме забезпечувального характеру, які можна охарактеризувати як заходи припинення. Повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету можна віднести до відновлювальних заходів. А такий захід впливу як попередження про неналежне виконання бюджетного законодавства з вимогою щодо усунення порушення бюджетного законодавства носить превентивний характер щодо учасника бюджетного процесу, який здійснив порушення бюджетного законодавства. Тому, на нашу думку, заходи бюджетної відповідальності (ст. 117 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 року № 2456-VI) можуть зупиняти та/чи призупиняти, а також попереджати правопорушення у бюджетній сфері, проте вони не мають карального характеру для правопорушника. Крім того, заходи бюджетної відповідальності за їх юридичною природою можна віднести до превентивних, відновлювальних та/або заходів припинення фінансово-правового примусу, суть яких полягає в застосуванні конкретних процесуально-примусових заходів, які пов'язані певними правовими обмеженнями організаційного характеру.

Крім того, викликає занепокоєння 8 пункт ст. 117 Бюджетного кодексу України, відповідно до якого за порушення бюджетного законодавства до учасників бюджетного процесу можуть застосовуватися інші заходи впливу, які можуть бути визначені законом про Державний бюджет Укра-

їни, – застосовуються за порушення бюджетного законодавства згідно із таким законом.

Справа в тому, що головною функцією і важливою особливістю кодифікації є зміна змісту правового регулювання, надання йому комплексного системного характеру. Важлива особливість кодифікації полягає в тому, щоб вона забезпечила виконання в правовій системі двох завдань: упорядкувати законодавство і якісно його удосконалити. Головною метою кодифікації є систематизованість законодавства, усунення прогалин, які порушують системність кодифікованого нормативно-правового акту. Основними ж принципами кодифікації є своєчасність проведення кодифікації, її повнота, єдина направленість кодифікації тощо. Виходячи з цього, 8 пункт ст. 117 надає можливість законодавцю додатково передбачити в Законі України «Про Державний бюджет України на відповідний рік» із року в рік не тільки інші, але й різні заходи впливу за порушення бюджетного законодавства, що порушує принцип повноти кодифікації. Слід зазначити, що неповнота кодифікації не дозволить досягнути основної мети процесу кодифікації, оскільки систематизоване законодавство залишається безсистемним. Якщо суб'єкти правовідносин будуть вимушені хоча б частину нормативних приписів шукати в інших нормативно-правових актах, то правовий вплив зберігає дезорганізований характер. Нормативно-правовий масив залишається безсистемним. У перспективі прийняття кодифікованих нормативно-правових актів має перейти в основну форму законотворчості.

Біла-Тіунова Л. Р.

Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри адміністративного та фінансового права, доктор юридичних наук, професор

СЛУЖБА ПЕРСОНАЛУ ЯК ОРГАН УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЮ СЛУЖБОЮ

Закон «Про державну службу» (2011) увів в нормативний обіг поняття «служба персоналу» щодо адміністративних державних службовців, на який і поширюється дія цього Закону. У своїй діяльності служба персоналу керуються цим Законом, іншими законами, Типовим положенням про службу персоналу державного органу, органу влади Автономної Республіки Крим або їх апарату, затв. наказ Нацдержслужби України від 05.03.2012 р. і Положення про службу персоналу органу державної влади, затвердженого керівником державного органу. Відповідно до чинного законодавства служба персоналу утворюється в державному органі, органі влади АРК або їх апаратах, в залежності від чисельності працівників апарату, підпорядкованих територіальних органів, підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління, а також від обсягу, харак-

теру та складності управління персоналом, у такій організаційній формі: а) департамент; б) управління; в) відділ; г) сектор; д) спеціаліст із питань управління персоналом (вводиться до штатного розпису органу державної влади з розрахунку до 35 осіб на одного спеціаліста служби персоналу).

Основними завданнями служби персоналу є: а) забезпечення здійснення керівником державної служби в органі державної влади своїх повноважень; б) забезпечення реалізації державної політики у сфері державної служби з питань управління персоналом органу державної влади; в) добір персоналу органу державної влади; г) організація заходів з підвищення рівня професійної компетентності персоналу органу державної влади; д) організаційно-методичне забезпечення управління персоналом в органі державної влади; ж) спрямування, координація, організаційно-методичне керівництво та контроль за роботою з персоналом у підпорядкованих організаціях; з) документальне оформлення вступу на державну службу, її проходження та припинення.

Відповідно до своїх завдань служба персоналу: вивчає поточну та перспективну потребу в персоналі та вносить відповідні пропозиції керівникові державної служби в органі державної влади; планує роботу з персоналом в органі державної влади; здійснює аналітично-консультативне забезпечення роботи керівника державної служби в органі державної влади з питань управління персоналом та вносить йому відповідні пропозиції щодо удосконалення роботи з персоналом; здійснює організаційне забезпечення роботи галузевої (регіональної) ради по роботі з кадрами; у межах своєї компетенції бере участь у розробленні структури апарату органу державної влади та його штатного розпису; надає методичну допомогу та контролює розроблення посадових інструкцій персоналу органу державної влади; у межах компетенції розробляє та погоджує проекти нормативно-правових актів органу державної влади; організовує проведення внутрішніх навчань персоналу апарату органу державної влади, підпорядкованих територіальних органів, підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління; разом з іншими структурними підрозділами: а) вивчає особисті, професійні, ділові якості осіб, які претендують на зайняття посад в органі державної влади, керівників підпорядкованих організацій; б) планує переміщення по службі державних службовців органу державної влади з урахуванням їх індивідуальних здібностей, професійної підготовки та результатів роботи, вносить відповідні пропозиції керівникові державної служби в органі державної влади; в) розробляє вимоги до напряму підготовки (отриманої особою спеціальності) та інші вимоги до рівня професійної компетентності осіб, які претендують на зайняття посад державної служби груп II, III, IV і V; г) вносить за поданням структурних підрозділів пропозиції керівникові державної служби в органі державної влади щодо переміщення державних службовців; д) здійснює організаційно-методичне забезпечення проведення кон-

курсу на заміщення посад груп II, III, IV і V в органі державної влади та відповідних посад у підпорядкованих організаціях, призначення на які здійснюються керівником органу державної влади тощо.

Для реалізації визначених завдань служба персоналу має право: а) взаємодіяти із структурними підрозділами органу державної влади, підпорядкованими організаціями, державними органами та органами місцевого самоврядування з питань, що належать до її компетенції; б) одержувати у встановленому законодавством порядку від посадових осіб та іншого персоналу органу державної влади та підпорядкованих організацій інформацію, матеріали та пояснення (у тому числі письмові), необхідні для здійснення покладених на неї завдань; в) за погодженням з керівником державної служби в органі державної влади брати участь у конференціях, семінарах, нарадах та інших заходах із питань управління персоналом; г) на обробку персональних даних фізичних осіб відповідно до законодавства з питань захисту персональних даних для виконання покладених на неї повноважень; д) за дорученням керівника державної служби представляти орган державної влади в інших органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, і установах та організаціях з питань, що належать до її компетенції.

Службу персоналу очолює керівник, який призначається на посаду та звільняється з посади керівником державної служби, крім випадків, установлених законодавством (наприклад, п. 6 ст. 8 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» передбачає, що міністр затверджує положення про самостійні структурні підрозділи апарату міністерства, призначає на посади та звільняє з посад їх керівників і заступників керівників. На посади керівника служби персоналу, його заступника та інших працівників служби персоналу призначаються особи з рівнем професійної компетентності, необхідним для виконання завдань на відповідній посаді.

Ворона Д. М.
Голова державної реєстраційної служби України,
кандидат державного управління

СУБ'ЄКТИ ТА ОБ'ЄКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МІГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ В УКРАЇНІ

Правове регулювання міграційних процесів – це діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, міжнародних і громадських організацій з управління міграційними процесами, на основі дотримання прав і свобод людини і громадянина, з метою реалізації інтересів особи, суспільства і держави, у рамках чинного міграційного законодавства України. Основним елементом в структурі правового регулювання є держава. До основних рис державного управління міграцією можна віднести: організуючу діяльність органу виконавчої влади, виконавчо-розпорядчий

характер діяльності міграційної служби; виконавчу діяльність територіальних органів влади в процесі повсякденного і безпосереднього управління виконанням поточних і перспективних міграційних завдань, а також підзаконну діяльність, що здійснюється при верховенстві закону.

З визначення правового регулювання міграційних процесів і характеристик його принципів очевидно, що суб'єктами регулювання є органи законодавчої, виконавчої і судової влади, органи місцевого самоврядування, міжнародні і громадські організації. Об'єктом же регулювання є міграційні відносини, що виникають в процесі взаємодії усіх учасників міграційних процесів.

Органи державного управління, по суті, є органами виконавчої влади. В той же час управління, а з окремих питань регулювання міграційних процесів здійснюється усіма гілками влади. У цих умовах апарат державного управління створює єдину основу, що забезпечує стійкість і порядок функціонування усіх гілок влади, сприяючи належному розумінню міграційної діяльності (Олефір В.І. Адміністративно-правове регулювання протидії нелегальній міграції та торгівлі людьми: Монографія. – К.: Друкарня МВС України. 2004. – С. 123).

Аналіз організаційно-правових основ діяльності міграційної служби України та її територіальних органів показав, що ефективність функціонування вказаних структур тим вище, чим більше розробленим є міграційне законодавство України. Тому, законодавча влада повинна забезпечувати підготовку і прийняття законів, що дозволяють якнайповніше керуватися виділеними соціально-правовими і організаційно-правовими принципами.

Роль виконавчої влади в правовому регулюванні міграції проявляється в практичній реалізації превентивних законів, а також інших нормативно-правових актів, що відбивають в країні і за її межами міграційні процеси. Тим самим виконавча влада набуває виконавчо-розпорядчого характеру і досягає своїх цілей шляхом наділення компетентних органів необхідними юридичними владними повноваженнями. З урахуванням викладеного призначення судової влади в інтересах правового регулювання міграції полягає в реалізації функцій судочинства (конституційного, цивільного, адміністративного і кримінального), а також контролю законності в діяльності суб'єктів адміністративно-правових відносин (органів виконавчої влади, керівного складу і персоналу сфери міграції).

Співвідношення виконавчої, законодавчої і судової влади в системі правового регулювання міграції в Україні показує, що неодмінним атрибутом державно-владного механізму, побудованого на началах розподілу влади, є виконавча влада. Вона створює умови для здійснення превентивної функції органами законодавчої влади, ініціює зміни в чинне міграційне законодавство; реалізує власні виконавчо-розпорядчі функції; сприяє здійсненню судовою владою функцій судочинства і сама виступає

об'єктом судового впливу. У зв'язку з цим виконавча влада універсальна, виражаючись в діяльності суб'єктів міграційних відносин, наділених правомочністю і виконавчою компетенцією в міграційній сфері. Суб'єкти правового регулювання міграції представлені, передусім, в державно-владному механізмі України органами виконавчої влади (МВС, ДМСУ та ін.), їх територіальними органами і органами місцевого самоврядування.

Причому дії вказаних суб'єктів поширюються на відносини влади з громадянами; соціальну і правоохоронну діяльність; міжнародні, міжвідомчі відносини; відносини з органами, установами, організаціями, об'єднаннями; особисті, громадські і державні інтереси.

Це визначається властивими виконавчій владі ознаками: універсальний характер (існує безперервно для усіх суб'єктів – учасників міграційних процесів); примусовий характер (силові і одноосібно здійснювані заходи впливу); предметність (наявність інформаційно-правових, організаційно-технічних ресурсів); організуючий характер (упорядковує міграційну сферу).

Тому міграція в якості об'єкту управління припускає мету створення сприятливих умов, сприяючих реалізації інтересів особи, суспільства і держави, при дотриманні прав і свобод громадян для вільного пересування по території Україні, а також врегулювання міграційних процесів нормами міграційного законодавства.

Таким чином, суб'єкти і об'єкти правового регулювання міграції в Україні є єдиним системним утворенням, структурними елементами якої є органи державної влади, місцевого самоврядування, міжнародні і громадські організації, так само як і самі мігранти, в особі іноземних громадян, осіб без громадянства, біженців.

Коломоєць Т. О.
Запорізький національний університет,
декан юридичного факультету,
завідувач кафедри адміністративного та господарського права,
доктор юридичних наук, професор

ЕФЕКТИВНІСТЬ АДМІНІСТРАТИВНОГО СТЯГНЕННЯ – ОБОВ'ЯЗКОВА СКЛАДОВА ДІЄВОГО ВИКОРИСТАННЯ ЙОГО РЕСУРСУ

Активізація сучасних вітчизняних правотворчих процесів в адміністративно-деліктній сфері об'єктивно передбачає зосередження спільних зусиль вчених-адміністративістів, юристів-практиків, нормотворців, спрямованих на пошук оптимальної системи адміністративних стягнень, яка б об'єднала дієві заходи реагування держави на вчинення різноманітних, численних адміністративних проступків – адміністративні стягнення. На жаль, чинна система адміністративних стягнень у повній

мірі узгоджується із реальними вимогами часу, містить різновиди адміністративних стягнень, які були запроваджені ще у XX столітті й із незначними змінами правових засад використання їх ресурсу зберігаються і до цього часу, поряд із відносно новими різновидами, правові засади застосування яких за змістом дещо суперечать сформованим ще за радянських часів загальним положенням адміністративно-деліктного законодавства у відповідній частині. Неузгодженість реальних потреб правозастосування та наявних нормативних положень істотно знижують ефективність використання ресурсу адміністративних стягнень (як всієї їх системи, так і окремих її різновидів), реакції держави на вчинення адміністративних проступків. За таких умов нагальною є потреба модифікації системи адміністративних стягнень, оновлення правових засад використання їх потенціалу і у цьому аспекті питому увагу слід приділити ефективності адміністративних стягнень як необхідній складовій дієвого її застосування.

На жаль, узагальнений аналіз наявних наукових джерел свідчить про те. Що цьому питанню приділяється достатньо фрагментарна увага. Узагальнені положення стосовно ефективності в цілому, її етимологічного аспекту, критеріїв, умов та показників можна зустріти у роботах М. Я. Саввіна (стосовно ефективності адміністративного штрафу), Ю. Х. Куразова (відносно ефективності попередження), І.І. Веремеєнко (стосовно ефективності адміністративно-правових санкцій), Т. О. Коломоєць (відносно ефективності адміністративного штрафу), хоча деякі із них із плином часу за змістом дещо застаріли, деякі із них мають вузькоспеціалізований зміст, присвячені лише окремим видам адміністративних стягнень. Робіт, безпосередньо присвячених ефективності адміністративних стягнень в цілому, на жаль, немає, що свідчить про відсутність ґрунтовного наукового базису для сучасного нормотворчого процесу у відповідній сфері відносин. Дещо іншим є стан справ у російській адміністративно-правовій доктрині, представники якої приділяють увагу питанням ефективності в адміністративно-деліктній сфері при висвітленні більш змістовних питань. Так, наприклад, І.О. Зайцев аналізує ефективність крізь призму принципу адміністративно-деліктного провадження, приділяючи увагу і ефективності адміністративних стягнень (Зайцев И. А. Реализация принципов законности, целесообразности, справедливости и эффективности в производстве по делам об административных правонарушениях (на примере участкового уполномоченного милиции) / И. А. Зайцев // Перспектива оптимизации административного процесса: Материалы международной конференции , посв. М. Я. Масленникову. – М.: ФГУ «ВНИИ МВД России», 2011. – С. 166 – 172). І.В. Кузурманова приділяє увагу ефективності адміністративно-юрисдикційної діяльності й акцент робить на ефективності стягнень (Кузурманова И. В. Эффективность административно-юрисдикционной деятельности) И. В. Кузурманова // Административно-юрисдикционная деятельность пограничных органов:

материалы межведомственной научно-практической конференции – М.: МПИ ФСБ России, 2010. – С. 53.) О. С. Рогачова досліджує ефективність норм адміністративно-деліктного права (Рогачова О. С. Эффективность норм административно-деликтного права: автореф. дис… д.ю.н. / О. С. Рогачева. – Воронеж: ВГУ, 2012. – 49 с.), детально зупиняємося на її комплексному змісті, приділяє увагу умовам, критеріям показникам із акцентом уваги і на стягнення. На жаль, вітчизняні наукові правові напрацювання з відповідної проблематики, у порівнянні із російськими аналогами, є менш функціональними й нагальним є посилання спеціалізації галузевих правових досліджень, присвячених ефективності адміністративних стягнень. Що дозволить не лише з'ясувати дієвість ресурсу того чи іншого різновиду адміністративного стягнення, а й слугування підґрунтям для формування нового досконалого за змістом та практиці застосування вітчизняного кодифікованого адміністративно-деліктного акту у частині засад застосування адміністративних стягнень.

Незважаючи на існування розмаїття підходів вчених-юристів до розуміння сутності, призначення ефективності, доцільно все ж таки її, в т.ч. і щодо адміністративних стягнень, розглядати як практичність застосування із виокремленням кількох її аспектів, а саме (варіант, запропонований О. С. Рогачовою): цільового (співвідношення мети накладання адміністративного стягнення і реального результату його стягнення), соціального (відповідність адміністративних стягнень соціальним інтересам), економічного (забезпечення економічного зиску для держави від адміністративних стягнень, мінімізація витрат держави при їх накладенні), психологічного (загальна та спеціальна превенція, форсування у населення активної громадської позиції, бажання добровільно виконувати, дотримуватися правових приписів). Урахування цих аспектів, у поєднанні із зосередженням зусиль держави стосовно формування умов забезпечення ефективності адміністративних стягнень (прийняття нового, досконалого за змістом кодифікованого адміністративно-деліктного акту, підвищення рівня правової культури суб'єктів адміністративної юрисдикції, довіри до них з боку населення, підвищення рівня правової культури останніх, посилення профілактичної спрямованості діяльності державних органів тощо), критеріїв такої ефективності (спів розмірності адміністративного стягнення ступеню суспільної шкідливості адміністративного проступку, посилення публічного ефекту застосування стягнення, можливість заміни одного виду адміністративного стягнення іншим із урахуванням обставин справи, можливість індивідуалізації змісту і форми стягнення з урахуванням обставин справи тощо), а також аналіз її показників (як щодо загальнодержавного, так і раціонального рівня, загального і спеціального характеру) сприятиме обґрунтуванню пропозиції щодо перегляду переліку чинних видів адміністративних стягнень із необхідністю приведення його у відповідність до вимог реального часу (стосовно виправних робіт,

наприклад), доповнення його різновидами, зорієнтованими на застосування щодо юридичних осіб, запровадження можливості заміни одного виду адміністративного стягнення іншим, удосконалення процедури їх накладення. Що лише сприятиме дієвості використання їх ресурсу, оптимальності реагування держави на вчинення численних, різноманітних адміністративних проступків.

Латковська Т. А.
Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри адміністративного і фінансового права, доктор юридичних наук, професор

ПРОБЛЕМИ КАЗНАЧЕЙСЬКОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ МІСЦЕВИХ БЮДЖЕТІВ

Виконання, затверджених рішенням відповідної ради, місцевих бюджетів, визначених бюджетним законодавством третьою стадією бюджетного процесу (Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 року № 2456-VI ст. 19 // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50–51. – ст. 572), є найтривалішою і важливою стадією, оскільки всі інші пов'язані із цією стадією. Виконання місцевого бюджету, включаючи внесення змін до рішення про місцевий бюджет, охоплює виконання доходної та видаткової частин бюджету.

Існує три системи виконання бюджету: банківська, казначейська і змішана. До 1997 року в Україні була банківська система, однак, багато негативних чинників її функціонування створили підстави для переходу на казначейську систему виконання бюджетів. З 2001 року бюджетним законодавством закріплена казначейська система обслуговування місцевих бюджетів, основним призначенням якої є спрямування на підвищення ефективності управління бюджетними коштами та контролю за їх витрачанням.

Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, забезпечує казначейське обслуговування бюджетних коштів на основі ведення єдиного казначейського рахунку, відкритого у Національному банку України (Закон України від 07 липня 2011 р. № 3614-VI; Закон України від 16 жовтня 2012 р. № 5463-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 9. – ст. 63).

Відповідно до Бюджетного кодексу України казначейське обслуговування бюджетних коштів передбачає: розрахунково-касове обслуговування розпорядників і одержувачів бюджетних коштів відповідно до законодавства; контроль за здійсненням бюджетних повноважень при зарахуванні надходжень бюджету, взятті бюджетних зобов'язань розпорядниками бюджетних коштів та здійсненні платежів за цими зобов'язаннями; ведення бухгалтерського обліку і складання звітності про виконання бю-

джетів з дотриманням національних положень (стандартів) бухгалтерського обліку.

Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, за погодженням з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної бюджетної політики, має право залучати на поворотній основі кошти єдиного казначейського рахунку для покриття тимчасових касових розривів місцевих бюджетів, Пенсійного фонду України та для надання середньострокових позик місцевим бюджетам.

Обсяги тимчасових касових розривів місцевих бюджетів, пов'язаних із забезпеченням захищених видатків загального фонду, в обов'язковому порядку покриваються центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, в межах поточного бюджетного періоду, а тимчасові касові розриви Пенсійного фонду України, пов'язані з виплатою пенсій, – у межах фактичного дефіциту коштів на цю мету за рахунок коштів єдиного казначейського рахунку на договірних умовах без нарахування відсотків за користування цими коштами з обов'язковим їх поверненням до кінця поточного бюджетного періоду.

Не дивлячись на те, що місцеві бюджети є вагомою складовою бюджетної системи країни, виступають головним інструментом реалізації регіональної політики та макроекономічного регулювання, за допомогою якого перерозподіляється значна частка внутрішнього валового продукту, сьогодні виникли серйозні проблеми казначейського обслуговування місцевих бюджетів.

Схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів від 25 травня 2007 року та прийнята на виконання Конституції, законів України, а також Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2015 року, Концепція реформування місцевих бюджетів була спрямована на проведення у період до 2011 року реформи у сфері місцевих бюджетів відповідно до стратегічного завдання регіональної політики – створення умов для підвищення конкурентоспроможності регіонів, забезпечення їх сталого розвитку, високої продуктивності виробництва та зайнятості населення. Метою реформування місцевих бюджетів передбачалось зміцнення фінансової основи місцевого самоврядування, посилення впливу системи формування місцевих бюджетів на соціально-економічний розвиток та поліпшення добробуту громадян України. Концепція передбачала перетворення місцевих бюджетів у ефективний інструмент соціально-економічного розвитку адміністративно-територіальних одиниць шляхом виконання таких основних завдань, як зміцнення фінансової основи місцевого самоврядування, забезпечення прозорості процесу формування та виконання місцевих бюджетів. Однак, органи місцевого самоврядування спіткають проблеми з казначейським обслуговуванням незахищених ста-

тей видатків місцевих бюджетів. І якщо літом 2012 року їх частково вдалося вирішити, то на початку вересня ці проблеми не лише поновилися, але й набули масового характеру, що привело до затримки й блокування платежів місцевих бюджетів. Більша частина платіжних доручень й рахунків стосувалася незахищених видатків місцевих бюджетів, а саме: житлово-комунального господарства, утримання установ бюджетної сфери та соціальної інфраструктури тощо. Затримка й блокування коштів місцевих бюджетів навіть на декілька днів створюють для органів місцевого самоврядування серйозні проблеми.

Таким чином, враховуючи вищевикладене, необхідно відмітити, що діюча система міжбюджетних відносин не може вважатися досконалою через низку таких проблем як посилення централізації фінансових ресурсів, всупереч Концепції реформування місцевих бюджетів. Вирішити проблеми казначейського обслуговування місцевих бюджетів можна шляхом розподілу єдиного казначейського рахунку на два рахунки з метою окремого обліку та використання коштів Державного та місцевих бюджетів, а також шляхом використання коштів казначейського рахунку, на якому обліковуються доходи та видатки місцевих бюджетів, для покриття дефіциту фінансових ресурсів Державного бюджету України тільки на договірній основі між центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики та відповідними органами місцевого самоврядування.

Ніщимна С. О.

Чернігівський державний інститут економіки і управління,
декан юридичного факультету, кандидат юридичних наук, доцент

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ У ПУБЛІЧНІЙ ФІНАНОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Дотримання та зміцнення законності у публічній фінансовій діяльності залежить від рівня фінансової дисципліни в державі та наявності реальних (дієвих) механізмів відповідальності суб'єктів такої діяльності у разі вчинення ними фінансових й інших правопорушень. Очевидно, що у цьому процесі не аби яке значення має дієвість та реалізація такого загальноправового принципу, як законність.

На нашу думку, принцип законності полягає у:

1) точному і неухильному виконанні вимог закону при реалізації заходів фінансово-правової відповідальності;

2) обґрунтованості застосування відповідальності до правопорушника. Цей принцип реалізується в усіх галузях права, у т.ч. і фінансового. Суб'єкти фінансового права при здійсненні своїх прав і виконанні обов'язків повинні дотримуватись вимог законності.

Принцип, що розглядається, дає уявлення про правову дійсність під кутом зору практичної реалізації права. У науковій літературі взагалі, і фінансово-правовій, зокрема, не сформовано уніфікованого підходу щодо визначення цього поняття, його вихідних елементів та основних аспектів реалізації. Проблемою законності цікавилися дослідники різних сфер життєдіяльності різних історичних епох, від античності до сьогодення.

Принцип законності знаходить своє вираження у тому, що вся публічна фінансова діяльність регламентується нормами фінансового права, дотримання яких забезпечується, у разі необхідності, примусовою силою держави.

Дослідження законності як феномену суспільної дійсності, зв'язку її теоретичних положень з умовами практичної реалізації є не лише важливою науковою, але й практичною проблемою. Історичний досвід функціонування державно-правових систем багатьох країн світу свідчить про те, що дотримання в них вимог законності сприяє розкриттю права не тільки як засобу втілення інтересів членів суспільства, але й як інструмента реалізації особистих інтересів індивідів, їхньої свободи. Тобто, є основою функціонування правової системи в цілому, і проявом обов'язкового елементу, зокрема, фінансового права. За своєю суттю це є якісна характеристика права, що забезпечує його зміст, отже її дослідження необхідно не тільки для визнання інших принципів фінансового права, але й для створення на її основі відповідних норм права.

Законність у правореалізації – це дотримання норм фінансового й іншого законодавства. У фінансовому праві реалізація принципу законності вимагає наявності відповідного законодавства. При цьому законодавство має бути таким, що відповідає сучасним потребам суспільства, ринкових відносин. Для того, щоб закони, їх норми реалізовувалися найбільш ефективно, фінансове законодавство має бути зрозумілим для правозастосувачів і стабільним. На жаль, такі ознаки вітчизняному фінансовому законодавству притаманні лише частково. Отже, досить складним питанням щодо реалізації принципу законності у фінансових правовідносинах слід визначити його нормативність. Так, трапляються випадки, коли приймаються закони, які завідомо є такими, що не підлягають виконанню, не забезпечені механізмом реалізації, розроблені без урахування досягнень юридичної техніки або відображають галузеві чи корпоративні інтереси (Еремеев И. А. Реализация принципа законности в деятельности государственного аппарата современной России: политико-правовое исследование : дисс. .. канд. юрид. наук: 12.00.01 / И.А. Еремеев. – Казань, 2005. – С.48).

І.Л. Нєвзоров вважає, що «законність – це принцип діяльності суб'єктів, втягнутих у правову діяльність, що виражається у суворому та неухильному дотриманні й виконанні ними легітимних норм права з метою реалізації своїх прав та виконання обов'язків, покладених на них легітимним законом» (Невзоров И. Л. Принцип законности в правопри-

менительной деятельности: дисс. .. канд. юрид. наук: 12.00.01. / И.Л. Невзоров. – Х., 2003. – С. 46). На наш погляд, у даному випадку відбувається підміна понять «правова діяльність» і «правові відносини». Із наведеної цитати випливає, що принципу законності мають дотримуватися суб'єкти, «втягнуті у правову діяльність». Публічна фінансова діяльність безсумнівно є правовою діяльністю, тобто органи публічної влади – суб'єкти фінансових правовідносин мають у своїй діяльності дотримуватися принципу законності. Проте не слід забувати, що у фінансовому праві окрім суб'єктів фінансової діяльності, є й інші суб'єкти – фізичні та юридичні особи, яких не слід «вплітати» у фінансову діяльність державно-владних органів, тобто вони не є учасниками цієї діяльності, адже вони у фінансових правовідносинах (як і в будь-яких інших правовідносинах) мають дотримуватися принципу законності. Отже, законність як загальноправовий принцип – це не лише принцип діяльності суб'єктів, втягнутих у правову діяльність, а й інших суб'єктів правовідносин.

У фінансовому праві, коли йдеться про принцип законності, як правило, зазначається, що він є принципом фінансової діяльності. На наш погляд, досить логічним є розмежування принципів фінансового права та фінансової діяльності і нам важливо окреслити особливості реалізації кожного принципу не лише в діяльності, а і у фінансовому праві взагалі.

Вважаємо, що у фінансовому праві і фінансовому процесі вся публічна фінансова діяльність має відповідати принципу законності. Законність дій (тобто, коли діяльність суб'єктів фінансових правовідносин відповідає принципу законності) не слід плутати із підзаконністю. Остання, у свою чергу, стосується, наприклад, нормативно-правових актів, положення яких мають відповідати фінансовим законам та/або нормативно-правовим актам органів виконавчої влади вищого рівня. Принцип законності як загальноправовий принцип у фінансовому праві має всеохоплююче застосування, поширюється на всю публічну фінансову діяльність, на дії всіх суб'єктів фінансового права.

Діордіца І.В.
Академія праці і соціальних відносин ФПУ, завідувач кафедри кримінального права, процесу та криміналістики

ДО ПИТАННЯ ДОКАЗУВАННЯ ПРИ РОЗГЛЯДІ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ ЩОДО ОСКАРЖЕННЯ ПОДАТКОВИХ ПОВІДОМЛЕНЬ-РІШЕНЬ

Згідно з частиною другою статті 71 Кодексу адміністративного судочинства України в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову.

Виходячи зі змісту наведеної норми, саме на податкові органи покладається обов'язок надати достатні докази на обґрунтування висновків про порушення платником податків норм податкового законодавства, на підставі яких такому платникові визначено відповідні грошові зобов'язання.

При цьому, досліджуючи зазначені обставини справи, суд не повинен обмежуватися виключно доказами, що подані сторонами у справі. Виходячи з принципу офіційного з'ясування обставин справи, передбаченого частинами четвертою та п'ятою статті 11 КАС України, суд повинен вжити належних заходів для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування необхідних доказів з власної ініціативи.

На підставі пункту 1 частини другої статті 110, статті 114 Кодексу адміністративного судочинства України задля вжиття належних заходів із метою встановлення обставин реальності здійснення спірної господарської операції суд повинен витребувати у податкового органу або платника податків ті докази, які не надані учасниками справи, але які, на думку суду, можуть підтвердити або спростувати доводи податкового органу щодо наявності порушень з боку платника податків.

У разі ненадходження витребуваних додаткових доказів у строк, установлений судом, спір може бути розв'язано на підставі наявних у справі доказів.

Якщо позивач без поважних причин ухиляється від надання доказів на вимогу суду, а наявних у справі матеріалів недостатньо для спростування підтверджених належними доказами висновків контролюючого органу, покладених в основу ухваленого ним спірного рішення, у позові платника податків може бути відмовлено.

Якщо витребувані судом докази на підтвердження правомірності оскарженого рішення (дій чи бездіяльності) не надані відповідачем-податковим органом, суд не позбавлений права вказати на допущені таким податковим органом порушення процесуальних вимог шляхом постановлення окремої ухвали в порядку статті 166 Кодексу адміністративного судочинства України.

У разі, якщо зібраних у справі доказів буде достатньо для підтвердження доводів податкового органу щодо відсутності фактичного здійснення господарської операції, у відповідному позові платника податків щодо неправомірності визначених йому грошових зобов'язань необхідно відмовити. Водночас, відсутність або недостатність відповідних доказів з урахуванням змісту підпункту 4.1.4 пункту 4.1 статті 4 Податкового кодексу України (презумпція правомірності рішень платника податку в разі, якщо норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків) є підставою для висновку про неправомірність оскарженого рішення контролюючого органу.

Окрім того, одним з етапів процесуальної діяльності суду із встановлення обґрунтованості даних податкового обліку може бути встановлення зв'язку між фактом придбання товарів (послуг), спорудженням основних фондів, імпортом товарів (послуг) і господарською діяльністю платника податку. Необхідно зауважити, що відповідно до пункту 198.3 статті 198 Податкового кодексу України податковий кредит звітного періоду визначається виходячи з договірної (контрактної) вартості товарів/послуг, але не вище рівня звичайних цін, визначених відповідно до статті 39 цього Кодексу, та складається з сум податків, нарахованих (сплачених) платником податку за ставкою, встановленою пунктом 193.1 цього Кодексу, протягом такого звітного періоду у зв'язку з:

– придбанням або виготовленням товарів (у тому числі при їх імпорті) та послуг з метою їх подальшого використання в оподатковуваних опеbраціях у межах господарської діяльності платника податку;

– придбанням (будівництвом, спорудженням) основних фондів (основних засобів, у тому числі інших необоротних матеріальних активів та незавершених капітальних інвестицій у необоротні капітальні активи) у тому числі при їх імпорті, з метою подальшого використання в оподатковуваних операціях у межах господарської діяльності платника податку.

Тобто, необхідною умовою для віднесення сплачених у ціні товарів (послуг) сум податку на додану вартість є факт придбання товарів та послуг із метою їх використання в господарській діяльності.

З огляду на викладене, витрати для цілей визначення об'єкта оподаткування податком на прибуток, а також податковий кредит для цілей визначення об'єкта оподаткування податком на додану вартість мають бути фактично здійснені і підтверджені належним чином складеними первинними документами, що відображають реальність господарської операції, яка є підставою для формування податкового обліку платника податків.

Водночас, за відсутності факту придбання товарів чи послуг або в разі, якщо придбані товари чи послуги не призначені для використання у господарській діяльності платника податку, відповідні суми не можуть включатися до складу витрат для цілей оподаткування податком на прибуток або податкового кредиту з податку на додану вартість навіть за наявності формально складених, але недостовірних документів, або сплати грошових коштів.

Журавель М. В.

Одеський національний університет ім. І.І. Мечникова, докторант кафедри адміністративного і господарського права, кандидат юридичних наук

ОЗНАКИ ПРАВОВИХ АКТІВ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ

Серед загальної системи вимог до правових актів державного управління (підзаконність, офіційність, правомочність, імперативність та належне юридичне оформлення) розглянемо лише ті, що належать до групи

основних і стосуються не так юридичної форми, як тих сутнісних ознак, які дають змогу встановити якісні властивості зазначених актів. Щодо юридичної форми правових актів державного управління, то вона вже знайшла своє доволі чітке врегулювання. Так, наприклад, якщо розглядати такі нормативно-правові акти, як постанови уряду, то вони складаються з таких структурних елементів, як назва, вступна частина, постановляюча частина, додатки (у разі потреби), підпис та мають такі реквізити: порядковий реєстраційний номер, місце і дата прийняття. При цьому постановляюча частина повинна містити в собі: а) нормативні положення, правові норми; б) конкретні правила поведінки суб'єктів суспільних відносин, що становлять предмет правового врегулювання цією постановою; в) визначення виду і міри негативних правових наслідків недотримання цих правил (зокрема юридичної відповідальності); г) умови та порядок дії інших нормативних актів або їх окремих норм, які врегульовують інші правовідносини і спрямовані на вирішення питань, що виникають у зв'язку з набранням чинності цією постановою; д) у разі потреби – посилання на додатки; е) норми, пов'язані з набранням чинності постановою або її окремими положеннями, та у разі потреби – перелік суб'єктів контролю за її виконанням, приписи про необхідність прийняття нових актів тощо. Водночас проекти постанов Кабінету Міністрів України відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» підлягають опрацюванню з урахуванням acquis communautaire (обов'язковому опрацюванню з дотриманням цієї вимоги підлягають проекти постанов у разі, коли цей проект за предметом правового регулювання належить до сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського Союзу).

Як правило, першою і найбільш характерною ознакою правових актів державного управління є те, що всі вони мають яскраво виражений підзаконний характер. Це означає, що всі правові акти державного управління видаються виключно на основі Конституції України, законів держави і відповідно до актів вищестоящих органів виконавчої влади. Часто ця вимога набуває своєї формально-юридичної фіксації й у самому правовому акті державного управління. Загалом підзаконний характер правових актів державного управління випливає із загальних властивостей самої виконавчої влади, яка за своїм функціональним призначенням спрямована на виконання Конституції та законів держави. Втім, варто наголосити на цьому моменті, оскільки доволі часто причиною незадовільної якості правових актів державного управління є саме їх невідповідність як Конституції, так і чинному законодавству. Зрозуміло, що у випадку, якщо йдеться про відповідність окремих актів державного управління Конституції України, діє норма ст. 150 Конституції України, яка вказує, що до повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність), у тому числі актів

Президента України та актів Кабінету Міністрів України. Але при цьому не можна забувати й про те, що, крім актів Кабінету Міністрів України, органами виконавчої влади видається велика кількість правових актів управління. У цьому сенсі дуже важливим стає прийняття спеціального закону, який чітко внормував би порядок видання нормативно-правових актів в Україні та встановив гарантії забезпечення їх підзаконного характеру. Таким законом міг би стати Закон України «Про нормативно-правові акти», проект якого свого часу вже було розроблено у Верховній Раді України, але так і не було прийнято. Указуючи на підзаконний характер правових актів державного управління, варто пам'ятати ще про один аспект цієї проблеми. Річ у тому, що, наголошуючи на цій властивості та вимозі, йдеться не лише про дотримання відповідності нижчих правових актів вищим, а й про збереження системного характеру нормотворчої діяльності органів виконавчої влади в цілому. У цьому сенсі всі правові акти державного управління повинні прийматися на основі Програми діяльності Кабінету Міністрів України, щорічної Державної програми економічного і соціального розвитку України, законів України, актів та доручень Президента України. До речі, ця норма міститься і в Тимчасовому регламенті Кабінету Міністрів України, де зазначається, що за пропозиціями міністерств, інших центральних органів виконавчої влади Мінюстом щороку формується орієнтовний план законопроектної роботи на наступний рік. Зазначені пропозиції готуються з урахуванням відповідних положень законів України, актів та доручень Президента України, актів Кабінету Міністрів та планів законотворчої діяльності Верховної Ради і повинні містити: а) назву законопроекту; б) обґрунтування необхідності прийняття закону (його цілі, загальна характеристика, основні положення, а також положення Програми діяльності Кабінету Міністрів України, на виконання яких спрямовується законопроект); в) обґрунтування необхідності розроблення концепції законопроекту та термін її подання до Кабінету Міністрів; г) перелік центральних органів виконавчої влади, установ та організацій, які пропонується залучити до розроблення законопроекту; д) термін подання законопроекту Кабінетові Міністрів.

Іншою характерною ознакою правових актів державного управління є їх імперативний характер. Як правило, суть цієї ознаки тлумачиться як зобов'язання всіх осіб, до кого спрямовуються зазначені управлінські акти, їх виконувати. Причому в самих правових актах державного управління чітко вказуються як суб'єкти, на які покладаються певні обов'язки, так і ті дії, що їм необхідно вчинити. При цьому в самих актах державного управління можуть міститися норми, які передбачають установлення фіксованих заходів відповідальності у разі ігнорування відповідними особами цих актів, їх недотримання, перешкоджання їх реалізації або їх неналежному виконанню. Втім, як свідчить досвід адміністративно-правового розвитку України, доволі часто спостерігається виникнення розбіжності між вимогою імперативності правових актів державного управління та її

об'єктивним забезпеченням. У зв'язку з цим яскравою ілюстрацією є поява цілої низки актів державного управління, спрямованих на встановлення додаткових інститутів контролю або прийняття додаткових мір щодо контролю за дотриманням вимоги обов'язкової реалізації тих чи інших правових актів державного управління. Повноваження контролю за забезпеченням імперативності правових актів управління покладено на уряд, причому перелік для розгляду на засіданнях Кабінету Міністрів питань, пов'язаних з виконанням Конституції та законів України, актів Президента України та Кабінету Міністрів, а також із звітуванням керівників органів (організацій) про результати діяльності цих органів (організацій), формується на квартал Міністром Кабінету Міністрів за пропозиціями Прем'єр-міністра, Першого віце-прем'єр-міністра, віце-прем'єр-міністрів і затверджується розпорядженням Кабінету Міністрів. Як свідчить досвід сучасної України, зазначена проблема не лише є невирішеною, а й багато в чому стан забезпечення вимоги імперативності правових актів державного управління погіршився. Причому в окремі періоди (маються на увазі насамперед кінець 2005 – початок 2006 р.) відсутність надійних механізмів забезпечення імперативності правових актів державного управління призвела до формування об'єктивної загрози всій системі виконавчої влади в цілому, а також стабільності забезпечення прав і свобод людини та громадянина в Україні (у першу чергу – права на гідне існування та на достатній життєвий рівень для себе і своєї родини).

Нарешті, останньою принциповою ознакою правових актів державного управління, яка дає змогу оцінювати якість їхнього впливу на формування і розвиток адміністративно-правових відносин, є вимога правомочності зазначених управлінських актів. Подекуди можна зустріти тезу про тотожність вимоги правомочності ознаці підзаконності правових актів державного управління. Але, думається, такий висновок є некоректним за тієї причини, що під правомочністю мається на увазі не відповідність актів управління вищестоящим нормативно-правовим актам, а насамперед ті властивості, що пов'язані із їх виданням. У цьому сенсі граничної ваги набуває те, щоб кожен конкретний правовий акт державного управління приймався належним органом виконавчої влади відповідно до характеру та в межах наданої йому компетенції. Тобто в правових документах, що регламентують діяльність органів виконавчої влади, завжди містяться норми, які наділяють зазначені органи нормотворчими повноваженнями. У цьому аспекті стає цілком очевидною потреба чіткого визначення повноважень тих чи інших органів виконавчої влади, оскільки майже в усіх без винятку випадках установлення правомочності актів державного управління пов'язано із визначенням компетенції та прав, що надаються конкретним органам виконавчої влади. З цієї точки зору недотримання вимоги правомочності правових актів державного управління поставатиме водночас і як порушення компетенції тих органів виконавчої влади, які ці акти видали.

Маринчак Н.Є.
Суддя Вищого адміністративного суду України

ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОБ'ЄКТА ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ У ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ

Наразі в нашій країні провадиться реформування податкових відносин. У той же час прийняття Податкового кодексу України залишило без належного вирішення низку проблемних питань, що стосуються справляння податків, і зокрема, тих, що пов'язані із реалізацією забезпечувальних заходів у податковому праві. Як справедливо зазначив Конституційний Суд України у Рішенні від 24 березня 2005 року за № 2-рп/2005 «виконання конституційного обов'язку, передбаченого статтею 67 Конституції України, реалізується сплатою кожним податків і зборів. Встановлення системи оподаткування, податків і зборів, їх розмірів та порядку сплати є виключно прерогативою закону. При унормуванні цих суспільних відносин держава має право визначати механізми, які забезпечують платником належну сплату податків і зборів». Однак сьогодні ми спостерігаємо відсутність у Податковому кодексі України як чітких критеріїв для встановлення вичерпного переліку засобів забезпечення виконання податкового обов'язку і їх відмежування від інших примусових заходів, застосування яких пов'язується із невиконанням зобов'язаними суб'єктами податково-правових норм, так і дієвого механізму забезпечувальної дії окремих способів, застосування яких супроводжується істотним обмеженням прав платників податків як власників.

Втім правова цінність забезпечувальних заходів є неочевидною. Як справедливо вказує В.В. Кириченко, це полягає в тому, що їх застосування дозволяє без використання механізму відповідальності впливати на поведінку платників податків, забезпечити необхідну ступінь реалізації обов'язків платників податків. Тож очевидно, що у сучасних умовах зростає потреба в розробці цілої низки питань, що стосуються правової природи забезпечувальних заходів.

Як вбачається, за своєю правовою природою забезпечувальні заходи є додатковими гарантіями виконання зобов'язаним суб'єктом покладеного на нього законом податкового обов'язку. При цьому залежно від предмету правового регулювання тієї чи іншої галузі права забезпечувальні заходи набувають відповідних специфічних рис, оскільки «використання певною галуззю загальноправових забезпечувальних заходів тягне ту чи іншу модифікацію змісту відповідних заходів, що також зумовлено специфікою правового режиму регулювання суспільних відносин». У податковому праві забезпечувальні заходи спрямовані на забезпечення виконання податкового обов'язку.

У той же час аналіз юридичної літератури переконує у тому, що вчені по-різному підходять до визначення об'єкту забезпечення. Наприклад,

Є.О. Імикшенова об'єктом забезпечувальної дії вважає виконання обов'язків по сплаті податків і зборів, що включає два види юридично значимих дій – добровільне виконання зобов'язаним суб'єктом покладеного на нього податкового обов'язку (сплату податкових платежів) і її примусове виконання податковими органами (стягнення податкових платежів). Н.І. Хімічева О. У. Латипова пов'язують забезпечення лише з обов'язком зі сплати податків і зборів. В.В. Кириченко говорить про те, що кожний з елементів податкового обов'язку можна вважати самостійним безпосереднім об'єктом відповідних способів забезпечення. П.М. Дуравкін наполягає також і на можливості забезпечення погашення податкового боргу.

На наше переконання, з огляду положення Податкового кодексу України доцільно розмежовувати загальний і родовий об'єкти забезпечувальних заходів. Приміром, у п. 14.1.155. п. 14.1. ст. 14 Податкового кодексу України податкова застава названа як спосіб забезпечення сплати платником податків грошового зобов'язання та пені, не сплачених таким платником у строк. У такому визначенні міститься вказівка на об'єкт забезпечувального впливу, а саме – сплату платником податків грошового зобов'язання та пені, не сплачених таким платником у строк. Що стосується адміністративного арешту майна, то а за п. 94.1. ст. 94 адміністративний арешт майна платника податків є винятковим способом забезпечення виконання платником податків його обов'язків, визначених законом. Отже, за такого підходу об'єктом мають визнаватися обов'язки платника податків, визначені законом. Зокрема, згідно із п. 94.2. ст. 94 Податкового кодексу України адміністративний арешт застосовується у разі коли: платник податків порушує правила відчуження майна, що перебуває у податковій заставі; фізична особа, яка має податковий борг, виїжджає за кордон; платник податків відмовляється від проведення документальної перевірки за наявності законних підстав для її проведення або від допуску посадових осіб органу державної податкової служби; відсутні дозволи (ліцензії) на здійснення господарської діяльності, торгові патенти, а також у разі відсутності реєстраторів розрахункових операцій, зареєстрованих у встановленому законодавством порядку, крім випадків, визначених законодавством; відсутня реєстрація особи як платника податків в органі державної податкової служби, якщо така реєстрація є обов'язковою відповідно до цього Кодексу, або коли платник податків, що отримав податкове повідомлення або має податковий борг, вчиняє дії з переведення майна за межі України, його приховування або передачі іншим особам; платник податків відмовляється від проведення перевірки стану збереження майна, яке перебуває у податковій заставі; платник податків не допускає податкового керуючого до складення акта опису майна, яке передається в податкову заставу.

Миронова С. М.
НОУ ВПО «Волгоградский институт экономики, социологии и права», заведующая кафедрой конституционного, административного и финансового права, кандидат юридических наук, доцент

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ УКРАИНЫ И РОССИИ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)

Из всех преобразований, проводимых в последние годы, как в Украине, так и в России, реформа местного самоуправления является наиболее значимой и важной для жителей соответствующих государств. От ее результативности, а значит, от уровня работы муниципалитетов, зависит обеспечение качества жизни граждан, каждого конкретного человека. Система местного самоуправления является неотъемлемой частью, как федеративного, так и унитарного государства. Конституции России и Украины в соответствующих разделах и главах закрепили право на осуществление местного самоуправления, а также гарантии его финансового обеспечения.

В то же время именно финансовое обеспечение местного самоуправление, установление финансово-правовых норм и отличает федеративное государство от унитарного, поскольку финансирование муниципальных образований имеет свои особенности в зависимости от типа государственного устройства.

Нагляднее всего это можно увидеть на примере бюджетного законодательства.

В соответствии со ст. 2 Бюджетного кодекса Украины бюджетная система Украины представляет собой совокупность государственного бюджета и местных бюджетов, построенная с учетом экономических отношений, государственного и административно-территориальных устройств и урегулированная нормами права. При этом понятия «местные бюджеты» и «бюджеты местного самоуправления» не являются равнозначными. Местные бюджеты включают в себя бюджет Автономной Республики Крым, областные, районные бюджеты и бюджеты местного самоуправления. Бюджеты местного самоуправления – бюджеты территориальных общин сел, их объединений, поселков, городов (в том числе районов в городах)

Бюджетный кодекс Российской Федерации (ст. 6) определяет бюджетную систему Российской Федерации как основанную на экономических отношениях и государственном устройстве Российской Федерации, регулируемую законодательством Российской Федерации совокупность федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации, местных бюджетов и бюджетов государственных внебюджетных фондов;

Таким образом, бюджетная система и России, и Украины, определяется, исходя из государственного устройства страны.

Наличие в Российской Федерации особых территориальных образований – субъектов РФ, а также наделение их собственным бюджетом, выделяет и ряд особенностей финансового обеспечения местного самоуправления. Как правило, в федеративном государстве, финансовая помощь муниципальным образованиям оказывается не напрямую, а через бюджеты субъектов РФ (в отдельных случаях помощь на местный уровень может передаваться и минуя субъекты РФ). Кроме того, выделение средств из региональных бюджетов на муниципальный уровень предполагает соответственно и осуществление контроля за расходованием этих средств, а также в случае необходимости принятие мер к устранению финансовых нарушений.

Анализ Бюджетного кодекса РФ позволил выделить следующие особенности финансового обеспечения муниципального образования в федерации:

– возможность временного осуществления субъектом РФ отдельных бюджетных полномочий органов местного самоуправления (ст. 8);

– возможность установления законом субъекта РФ о бюджете субъекта РФ дополнительных нормативов отчислений в местные бюджеты от налога на доходы физических лиц, подлежащего зачислению в бюджет субъекта РФ, а также обязанность органов государственной власти субъекта Российской Федерации установить в порядке, предусмотренном Бюджетным кодексом, единые и (или) дополнительные нормативы отчислений в местные бюджеты от налога на доходы физических лиц, исходя из зачисления в местные бюджеты не менее 20 процентов налоговых доходов консолидированного бюджета субъекта РФ от указанного налога (ст. 58);

– предоставление из бюджетов субъектов РФ межбюджетных трансфертов в форме: дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности поселений и дотаций на выравнивание бюджетной обеспеченности муниципальных районов (городских округов); субсидий местным бюджетам; субвенций местным бюджетам для реализации полномочий органов государственной власти субъектов Российской Федерации (ст. 135);

– необходимость подписания соглашений с финансовым органом субъекта Российской Федерации о мерах по повышению эффективности использования бюджетных средств и увеличению поступлений налоговых и неналоговых доходов местного бюджета, в случае превышения доли межбюджетных трансфертов, предоставляемых муниципальному образованию, 70 процентов объема собственных доходов местных бюджетов (ст. 136);

– возможность введения временной финансовой администрации в муниципальном образовании (ст. 168.1).

Это далеко не все нормы Бюджетного кодекса РФ, устанавливающие межбюджетные отношения между субъектом РФ и муниципальными образованиями.

Таким образом, в федеративном государстве государство фактически наделяет свои территориальные образования полномочия по финансовому взаимодействию с муниципальными образованиями. Такое взаимодействие является более целесообразным, поскольку позволяет учитывать особенности конкретного региона, принимать на региональном уровне программы и нормативно-правовые акты, устанавливающие требования применительно к данному субъекту РФ, а также необходимые стимулирующие меры по развитию местного самоуправления.

Додіна Є.Є.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного та фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ПО СПРАВАМ ПРО ЗАТРИМАННЯ ТА ПРИМУСОВЕ ВИДВОРЕННЯ ІНОЗЕМНОГО МІСІОНЕРА ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

В статті 6 КАСУ(Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року N 2747-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, N 35-36, N 37, ст.446) встановлено, що суб'єкти владних повноважень мають право звернутися до адміністративного суду про затримання та примусове видворення іноземного місіонера у випадках, передбачених Конституцією та законами України. Іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи користуються в Україні таким самим правом на судовий захист, що і громадяни та юридичні особи України.

Ст. 183-5 «Особливості провадження у справах за адміністративними позовами з приводу видворення іноземців та осіб без громадянства», якою було доповнено КАСУ у відповідності до Закону N 3796-VI від 22.09.2011, визначає що позовні заяви іноземців та осіб без громадянства щодо оскарження рішень про їх примусове повернення в країну походження або третю країну, а також позовні заяви центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, органів охорони державного кордону або Служби безпеки України про примусове видворення іноземців та осіб без громадянства за межі території України подаються до адміністративного суду за місцезнаходженням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, органу охорони державного кордону чи Служби безпеки України або за місцезнаходженням пункту

тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають на території України.

Суд після одержання позовної заяви органами Державної прикордонної служби України з'ясовує, чи: 1) подана позовна заява особою, яка має адміністративну процесуальну дієздатність; 2) має представник належні повноваження (якщо позовну заяву подано представником); 3) відповідає позовна заява вимогам, встановленим ст. 106 КАС.

Згідно положень статті 56 КАСУ законним представником органу, підприємства, установи, організації в суді є його керівник чи інша особа, уповноважена законом, положенням, статутом.

Згідно вимог ст. 106 КАСУ у позовній заяві зазначається крім іншого зміст позовних вимог згідно з ч.3 ст. 105 КАС і виклад обставин, якими органи Державної прикордонної служби України обґрунтовують свої вимоги, а в разі подання позову до декількох відповідачів, – зміст позовних вимог щодо кожного з відповідачів; перелік документів та інших матеріалів, що додаються. На підтвердження обставин, якими обґрунтовуються позовні вимоги, органи Державної прикордонної служби України зазначають докази, про які їм відомо і які можуть бути використані судом У відповідності до ст. 32.Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства «(«Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства :Закон України від 22 вересня 2011 року N 3773-VI// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2012, N 19-20, ст.179) однією із підстав видворення є вчинення адміністративного правопорушення після виконання адміністративного стягнення.

У випадку якщо іноземний місіонер порушив законодавство України у вигляді спроби незаконного перетину державного кордону поза пунктами пропуску, то така особа може визнана винною за скоєння правопорушення, яке передбачене ч. 1 ст. 204-1 КУпАП. – (Кодекс України про адміністративні правопорушення //Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР) 1984, додаток до № 51, ст.1122) – незаконне перетинання або спроба незаконного перетинання державного кордону України , а саме: перетинання або спроба перетинання державного кордону України будь-яким способом поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів або за документами, що містять недостовірні відомості про особу, чи без дозволу відповідних органів влади – тягнуть за собою накладення штрафу від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або адміністративний арешт на строк до п'ятнадцяти діб.

В протоколі про адміністративне затримання повинно бути зазначено, що, іноземний місіонер в присутності перекладача ознайомлений з правами за ст. 268 КпАП України. Справа про адміністративне правопорушення розглядається в присутності особи, яка притягається

до адміністративної відповідальності. Статтею 263 КпАП України встановлені строки адміністративного затримання, а саме: адміністративне затримання особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, може тривати не більш як три години. У виняткових випадках у зв'язку з особливою потребою законами України може бути встановлено інші строки адміністративного затримання. Осіб, які порушили прикордонний режим або режим у пунктах пропуску через державний кордон України, може бути затримано на строк до трьох годин для складення протоколу, а в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення – до трьох діб з повідомлення про це письмово прокурора протягом двадцяти чотирьох годин з моменту затримання або на строк до десяти діб з санкції прокурора, якщо правопорушники не мають документів, що посвідчують їх особу.

Тодощак О. В.
Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного та фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ, ПОВЯЗАНИХ ІЗ РЕАЛІЗАЦІЄЮ ПРАВА ГРОМАДЯН НА МИРНІ ЗІБРАННЯ

Право на мирні зібрання є беззаперечним громадянським правом, проте, його реалізація без дотримання умов безпеки створює реальні загрози суспільству. Саме тому удосконалення правове регулювання механізму реалізації громадянами України наданого їм конституційного права на мирні зібрання – важливий крок на шляху до утвердження демократичних і правових стандартів розвитку нашої держави.

Віднесення питання щодо обмеження реалізації права на мирні зібрання до юрисдикції адміністративних судів, поклало на суд забезпечення гарантованого державою права на мирні зібрання. Таким чином, роль суду в регулюванні зазначених відносин сьогодні зростає, а в період активізації руху громадянських та політичних сил вирішення судами справ розглядуваної категорії викликає особливу увагу і резонанс у суспільстві.

Спеціального закону, який регулював би суспільні відносини у сфері мирних зібрань, законодавство України на сьогодні не має. Однією з нагальних проблем, яка повинна бути розв'язана таким законом, є строки сповіщення органів влади про проведення мирного зібрання з метою належного забезпечення безпеки їх проведення. Стаття 39 Конституції України хоча і передбачає завчасне сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення мирного зібрання, однак не встановлює конкретних строків такого сповіщення. Невизначеність

цього питання викликає різне застосування зазначеної норми Конституції та вказує на необхідність його законодавчого врегулювання.

Відповідно до ст. 8 КАС України суд при вирішенні справ керується принципом верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Однак під час розгляду та вирішення справ зазначеної категорії суди нечасто використовують практику Європейського суду з прав людини, як і інше міжнародне законодавство, що регулює питання реалізації права на мирні зібрання (за винятком статті 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року), хоча в умовах часткової неврегульованості розглядуваних питань національним законодавством європейська практика може значно полегшити вирішення справ та сприятиме забезпеченню реалізації права людини на мирні зібрання в Україні.

Згідно з ч. 1 ст. 182 КАС України органи виконавчої влади, місцевого самоврядування звертаються з позовною заявою про заборону проведення зборів, мітингів, походів, демонстрацій тощо чи про інше обмеження права на мирні зібрання (щодо місця чи часу їх проведення тощо) до окружного адміністративного суду за своїм місцезнаходженням. Закон не встановлює конкретного строку звернення з такою заявою до суду, однак обумовлює негайне звернення до суду після одержання повідомлення про проведення масового заходу.

Організатор зборів, мітингів, походів, демонстрацій чи інших мирних зібрань відповідно до частини першої статті 183 КАС України мають право звернутися з позовною заявою про усунення обмежень у реалізації права на мирні зібрання з боку органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, повідомлених про проведення таких заходів, до адміністративного суду за місцем проведення цих заходів.

На відміну від позовів за зверненням суб'єкта владних повноважень про обмеження у реалізації права на мирні зібрання, справи за позовами про усунення обмежень у реалізації цього права з боку органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування суд має право розглядати у день проведення цих заходів, що сприяє забезпеченню реалізації гарантованого державою права на мирні зібрання громадян.

Необхідно зазначити, що для прийняття рішення про задоволення позову суд повинен пересвідчитися у реальності можливої загрози, при цьому така реальність повинна бути підтверджена відповідними доказами. Для уникнення порушень гарантованого Основним Законом України права у першу чергу з'ясуванню підлягає питання чи є запланований захід мирним та яка мета його проведення. Під час розгляду та вирішення справ зазначеної категорії суди аналізують докази і надають оцінку обставинам, що мають значення для правильного вирішення справи, зокрема меті та змісту мирних зібрань, можливості виникнення конфліктів та порушень

правопорядку під час одночасного проведення зібрань, які мають протилежні політичні, ідеологічні спрямування, вивчали минулу поведінку організаторів та учасників зібрань, з'ясовували ймовірність небезпеки порушення прав і свобод інших людей тощо.

Відмовляючи у задоволенні позовів органів виконавчої влади, місцевого самоврядування про встановлення обмежень у реалізації права на мирні зібрання та задовольняючи позови організаторів мирних зібрань про усунення таких обмежень, суди брали до уваги їх мирний характер, мету, кількість учасників, дійсну можливість органів виконавчої влади та місцевого самоврядування виконати свої повноваження щодо забезпечення охорони громадського порядку під час проведення мирних зібрань, вжиті заходи до погодження спірних питань проведення мирного зібрання з його організаторами до звернення з позовом про його заборону чи інше обмеження, оцінювали наявність реальної небезпеки їх проведення інтересам національної безпеки та громадського порядку.

Найчастіше підставою звернення до суду з позовами про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання є неможливість органів виконавчої влади та місцевого самоврядування забезпечити дотримання громадського порядку під час проведення заявлених заходів сама собою або у зв'язку з несвоєчасним попередженням цих органів про їх проведення, збігом у місці та часі проведення кількох мирних зібрань (часто протилежного характеру), що могло спричинити заворушення або порушення прав і свобод інших людей. Нерідко органи виконавчої влади та місцевого самоврядування не могли забезпечити дотримання безпеки дорожнього руху під час проведення зібрань.

Як показує практика, суди, в основному, задовольняють позови про обмеження проведення масових зібрань у зв'язку з обґрунтованістю вимог органів місцевого самоврядування.

В судовій практиці є видки задоволення позовів про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання лише за наявності формальних підстав для цього, коли суди не вдавалися до ретельного дослідження та належної оцінки обставин справи і наданих доказів. Певною мірою однією з причин цього є неврегульованість окремих питань реалізації права на мирні зібрання відповідним національним законом, з іншого – недостатня обізнаність з міжнародними нормами щодо забезпечення права на мирні зібрання або їх неправильне розуміння. У деяких випадках оцінка доказів у справах викликала труднощі у судів.

Шатковський Я. М.
Верховний Суд України, науковий консультант відділу консультантів управління забезпечення діяльності Судової палати у господарських справах, кандидат юридичних наук

ОКРЕМІ ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАНДАРТИЗАЦІЇ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я В УКРАЇНІ

Аналізуючи реформування в системі охорони здоров'я України останніх 15–17 років, можна дійти висновків про причини, що гальмують поступальний розвиток медичної галузі. Розвиток, що здатен забезпечити дійсно людиноцентристську ідеологію вітчизняної охорони здоров'я, оскільки медицина існує для людини, забезпечення її прав, свобод та законних інтересів у зазначеній сфері. Ураховуючи особливий характер медичної діяльності, об'єктом якої є людина з певними проблемами (скаргами), досить важливо з боку держави (компетентних державних органів) розробити механізми, котрі зможуть забезпечити реалізацію на практиці конституційного принципу безоплатності медичної допомоги, її доступності та якості.

Серед проблем, що на нашу думку, гальмують поступальний розвиток медичної галузі, зокрема обов'язкового медичного страхування та стандартизації, доцільно виокремити:

– відсутність державної стратегії медичного законодавства, коли б поряд з іншими законопроектами чільне місце зайняли проекти обов'язкового медичного страхування (як зазначено у межах першого розділу дисертації незалежно від конкретних авторів, головне – сам принцип державної уваги);

– неготовність значної частини медичних працівників управлінського складу до роботи в умовах обов'язкового медичного страхування, коли суттєво змінюється управлінська парадигма медичної галузі;

– неготовність значної частини медичних працівників практичної ланки працювати в умовах запровадження медичних стандартів, котрі об'єктивно здатні сприяти захисту як пацієнтів, так і медичних працівників;

– плинність кадрів управлінської ланки системи охорони здоров'я, що певною мірою ускладнює комплексний поступальний розвиток реформ медичної галузі.

Хоча цей перелік не є вичерпним, проте розуміння основних проблем вже може стати спонукальним чинником визначення шляхів їх подолання та напрямів руху вперед. С. Стеценко та І. Сенюта відзначають, що «незважаючи на суттєві позитивні зміни і поступ у розробленні і прийнятті нових законів, підзаконних актів та в оновленні діючого законодавства про охорону здоров'я, все ж відзначаємо і те, що нормативно-правова база

у сфері медичної діяльності ще не повною мірою відповідає сучасним потребам, містить прогалини і недоліки, певні з яких мають принциповий характер. Чинне законодавство України про охорону здоров'я (як загального, так і спеціального спрямування) не здатне належним чином врегульовувати відносин у цій сфері, не містить необхідного уніфікованого понятійного апарату, який би консолідував фактичні і юридичні уявлення учасників відносин в охороні здоров'я, що призводить до неадекватного формування юридичної практики за «медичними» справах» (Стеценко С. Г. Законодавче забезпечення охорони здоров'я в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку / Стеценко С. Г., Сенюта І.Я. // Право України. – 2007. – № 6. – С. 96–100).

Пропонуємо такі загальні шляхи удосконалення адміністративно-правового забезпечення стандартизації у системі обов'язкового медичного страхування в Україні:

1. Побудова організаційних структур стандартизації на різних рівнях управління та безпосереднього надання медичної допомоги.

2. Державне замовлення на проведення в системі Академії медичних наук України, профільних вищих навчальних закладів Міністерства освіти та науки України та Міністерства охорони здоров'я України комплексних наукових досліджень, присвячених проблематиці стандартизації і запровадження обов'язкового медичного страхування в Україні.

3. Створення класифікатора медичних послуг, що сприятиме якісній роботі з медичної стандартизації, оскільки стане зрозумілим, до чого, крім хвороб, «прив'язуватися» під час розроблення медичних стандартів.

4. Раціоналізація мережі медичних закладів для оптимального їх завантаження та надання можливості отримання якісної (передусім первинної) медичної допомоги сільським жителям.

5. Підвищення доступності медичної допомоги незалежно від місця проживання, матеріального чи соціального статусу тощо.

6. Фінансове забезпечення стандартів для уможливлення їх реального застосування у практиці надання медичної допомоги.

7. Освітні програми для студентів медичних вищих навчальних закладів, післядипломну підготовку, курсів підвищення кваліфікації, з метою викладання на належному рівні питань стандартизації.

Підсумовуючи викладене, слід відзначити, що державна ідеологія у справі запровадження медичних стандартів передусім має ґрунтуватись на якісному застосуванні адміністративно-правових механізмів. У разі якісної реалізації вказаних вище напрямів удосконалення адміністративно-правового забезпечення стандартизації у системі обов'язкового медичного страхування в Україні є всі підстави говорити про успішне втілення у життя ідеї медичних стандартів. Ключова постать медичної діяльності – людина, пересічний громадянин, тільки виграє від того, що його будуть лікувати за правилами, складеними кращими фахівцями своєї галузі відповідно до медичних стандартів.

Кравець В. Р.
Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», декан, кандидат юридичних наук, доцент

ЛІЦЕНЗУВАННЯ БУДІВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ

За матеріалами енциклопедії Вікіпедія ліцензія (лат. licentia – дозвіл) – у загальному значенні – це документ, що демонструє певний дозвіл. Документ державного зразка, що засвідчує право ліцензіата на провадження зазначеного в ньому виду господарської діяльності протягом визначеного строку за умови виконання ліцензійних умов (Матеріал з вільної енциклопедії Вікіпедія. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // http:// uk.wikipedia.org/wiki/Ліцензія.). Тобто отримання ліцензії виступає необхідною умовою здійснення певних видів підприємницької діяльності, передбачених Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Доцільно погодитися з думкою І. Б. Коліушко та В. П. Тимощук, що ліцензування господарської діяльності є сферою регулювання адміністративного права (Виконавча влада та адміністративне право // За заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К.: Видавничий Дім «Ін-Юре». – 2002. – 668 с.)

Значний інтерес викликає ліцензування будівельної діяльності, оскільки в процесі будівництва суб'єкти господарювання повинні дотримуватися встановлених норм та стандартів – порушення нормативно-технічних вимог проведення будівельних робіт може спричинити значну шкоду фізичним та юридичним особам. Мета роботи полягає у дослідженні історичних особливостей ліцензування будівельної діяльності в незалежній Україні.

Одним із перших законодавчих актів, який передбачав ліцензування будівельних робіт став Закон України «Про основи містобудування». В ст. 8 Закону України «Про основи містобудування» в редакції 1992 року було зазначено, що державне регулювання у сфері містобудування полягає у ліцензуванні спеціальних видів робіт у проектуванні та будівництві (Закон України «Про основи містобудування» від 16 листопада 1992 року N 2780-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – N 52 (29.12.92). – ст. 683). Постановою КМУ від 08 жовтня 1992 року № 569 було затверджено Положення про порядок видачі учасникам інвестиційної діяльності ліцензій на виконання спеціальних видів робіт у проектуванні та будівництві.

Відповідно до вищезазначеної Постанови право на одержання ліцензій надавалося учасникам інвестиційної діяльності, предметом діяльності яких виступало виконання робіт передбачених переліком спеціальних видів робіт у проектуванні та будівництві, що потребувало атестації виконавця. До переліку спеціальних видів робіт у проектуванні та будівництві, що потребувало атестації виконавця належали інженерні вишукування,

проектні роботи, виробництво будівельних матеріалів, конструкцій та виробів, будівельно-монтажні роботи, спеціальні роботи у ґрунтах, інжинірингові роботи у будівництві (Постанова КМУ від 8 жовтня 1992 р. N 569 «Про видачу учасникам інвестиційної діяльності ліцензій на виконання спеціальних видів робіт у проектуванні та будівництві» // Урядовий кур'єр. – 1992. – 10. – 23.10.92. – N 46 – 47.).

Новий історичний етап розвитку ліцензування будівельних робіт, пов'язаний із прийняттям Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Так в п. 30 ч. 1 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» в редакції 2001 року було зазначено, що будівельна діяльність (вишукувальні та проектні роботи для будівництва, зведення несучих та огороджуючих конструкцій, будівництва та монтажу інженерних і транспортних мереж) підлягала ліцензуванню (Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01 червня 2000 року № 1775-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – N 36 (08.09.2000). – ст. 299.).

В пункті 1.3 Ліцензійних умов провадження будівельної діяльності (вишукувальних та проектних робіт для будівництва, зведення несучих та огороджуючих конструкцій, будівництва та монтажу інженерних і транспортних мереж), затверджених спільним наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва та Державним комітетом будівництва, архітектури та житлової політики України від 13.09.2001 N 112/182 було зазначено, що ліцензійні умови є обов'язковими для суб'єктів господарювання, які виконують види робіт, визначені у додатку. У Додатку до пункту 1.3 Ліцензійних умов були зазначені, наприклад, такі види робіт як зведення несучих та огороджуючих конструкцій, будівель і споруд, будівництво та монтаж інженерних і транспортних мереж, зокрема, ліфтів, ескалаторів тощо, а також архітектурне та будівельне проектування, зокрема, шахт вертикальних та похилих, підземних гірничих споруд.

Сучасні законодавчі тенденції щодо спрощення дозвільної процедури здійснення будівельних робіт не оминули і питання ліцензування будівельної діяльності. Так в п. 11 ч. 1 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» зазначено, що будівельна діяльність підлягає ліцензуванню. Наказом Міністерства регіонального розвитку та будівництва України від 27 січня 2009 року N 47 затверджені Ліцензійні умови провадження господарської діяльності у будівництві, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури. Відповідно до п. 1.2. Ліцензійних умов господарська діяльність у будівництві, пов'язана із створенням об'єктів архітектури, підлягає ліцензуванню за такими видами: вишукувальні роботи для будівництва; розроблення містобудівної документації; проектування об'єктів архітектури; будівельні та монтажні роботи; монтаж інженерних мереж; будівництво транспортних споруд; інжинірингова ді-

яльність у сфері будівництва (Наказ Міністерства регіонального розвитку та будівництва України від 27 січня 2009 року N 47 «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності у будівництві, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури» // Офіційний вісник України. – 2009. – N 20 (27.03.2009). – ст. 662). Постановою КМУ від 5 грудня 2007 року № 1396 «Про ліцензування господарської діяльності, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури» затверджений Порядок ліцензування господарської діяльності, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури. Вищезазначений Порядок встановлює загальні вимоги до ліцензування господарської діяльності, пов'язаної з будівництвом об'єкта архітектури, який за складністю архітектурно-будівельного рішення та (або) інженерного обладнання належить до IV і V категорії складності (Постанова КМУ від 05 грудня 2007 року № 1396 «Про ліцензування господарської діяльності, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури» // Урядовий кур'єр. – 2007. – 12. – 19.12.2007. – N 238.).

Таким чином, з часу проголошення незалежності України законодавець передбачив, що будівельна діяльність підлягає ліцензуванню. В перші роки незалежності України численний перелік будівельних робіт підлягав ліцензуванню. Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» дещо спростив процедуру ліцензування будівельної діяльності, при цьому більш детальний порядок здійснення процедури ліцензування, закріплений в підзаконних нормативно-правових актах.

Панова Н. С.

Економіко-правовий факультет у м. Сімферополі
Національного університету «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри адміністративно-правових дисциплін,
кандидат юридичних наук

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ В ПРОЦЕСІ РЕАЛІЗАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Зміни на рівні системи органів виконавчої влади являє собою своєрідну серцевину адміністративної реформи і виступає надійним індикатором того, наскільки ефективно відбуваються процеси демократичного розвитку державного управління. Однією з найважливіших задач, які стоять перед сучасною Україною в ході адміністративної реформи, є забезпечення законності в системі державного управління. Зрозуміло, що як така законність відіграє одну з ключових ролей в функціонуванні всієї держави і суспільства в цілому (Розова Т. В., Барков В. Ю. Специфіка становлення громадянського суспільства в Україні. – Одеса, 2003, с. 215). Однак багато з дослідників наголошують на тому, що в сфері державного управління та адміністративно-правових відносин принцип законності, по суті, набуває визначальної ролі. Зокрема, М. Баглай та В. Туманов, опи-

сують законність як процес суворого додержання Конституції та законів, а також інших правових актів усіма органами державної влади, місцевого самоврядування, посадовими особами і громадянами (Баглай М. В., Туманов В. А. Малая энциклопедия конституционного права. – М., 1998, с. 143). Саме це на думку згаданих дослідників дозволяє функціонувати системі державного управління, здійснювати цілеспрямований вплив на суспільні відносини, надавати управлінські послуги (адже, далеко не все предметне поле науки адміністративного права вичерпується відносинами управління) тощо. Водночас завдяки реалізації принципу законності налагоджується не лише система вертикального чи адміністративного впливу на суспільство та суспільні відносини з боку органів державної влади, а й формується складна мережа реординаційних зв'язків, оскільки принцип законності розповсюджується не тільки на тих, для кого приймаються різноманітні нормативно-правові акти, а й на тих, хто їх приймає (Фридинский С. П. Законность нормотворчества как условие обеспечения прав и свобод человека и гражданина // Права человека в России и правозащитная деятельность государства. Сб. материалов Всероссийской науч. – практ. конф., 12 мая 2003 г. / Под ред. В. Н. Лопатина. – СПб., 2003, с. 118).

Тобто в процесі функціонування органів державної влади і насамперед її виконавчої гілки законність проявляється в тому, що всі рішення, які приймаються органами управління повинні відповідати чинному законодавству та встановленим законом процедурам і формам, не виходити за межі компетенції цього органу, і не суперечити загальним конституційним принципам, які формують основи функціонування правової системи України.

Незалежно від того, про яку саме сферу державного управління йде мова, в процесі адміністративно-правового регулювання відносин державного управління першочерговим завданням є чітке встановлення компетенції та наділення органів державної влади та їх посадових осіб державно-владними повноваженнями. В цьому сенсі обов'язковою умовою вжитку такого поняття як «законність» є факт існування самих законів, оскільки за умови виникнення правового вакууму, ми не тільки не можемо говорити про чітке визначення правового статусу тих чи інших органів у системі виконавчої влади, але й взагалі стає неможливим вживати таке словосполучення як «відповідність дій органу влади закону». Значним кроком у напрямі забезпечення законності і формування законодавчої бази функціонування цілісної та відповідальної адміністративної системи стало прийняття Закону України від 7 жовтня 2010 року «Про Кабінет Міністрів України», Закону України від 17 березня 2011 року «Про центральні органи виконавчої влади». Втім, прийняття вказаних законів

не розв'язало і не могло розв'язати всіх існуючих проблем у сфері забезпечення законності в регулюванні відносин державного управління.

Наголошуючи на значенні забезпечення принципу законності в регулюванні відносин державного управління, перше на що необхідно звернути увагу з точки зору адміністративного права є чітка законодавча регламентація форм і способів самої адміністративної діяльності, оскільки за умов правової невизначеності, недосконалості законодавчої бази ми не можемо говорити ані про принцип, ані про метод, ані про режим законності. Більше того, якщо ми виходитимемо з класичного для юридичної науки розуміння законності як «верховенства закону над іншими нормативно-правовими актами чи документами», то і в цьому разі неточність і недосконаліть законодавчого регулювання може призвести не тільки до виникнення колізій в законодавстві, а й до того, що норми Конституції України не будуть реалізовуватись за причини відсутності відповідних правових механізмів.

Однак, цілком зрозуміло, що, характеризуючи актуальні адміністративно-правові проблеми забезпечення принципу законності в регулюванні відносин державного управління, ми повинні говорити не лише про загальні проблеми розвитку системи адміністративного законодавства в Україні, а й про те, що багато проблем у сфері державного управління породжується відсутністю чітко визначеної ієрархічної структури нормативно-правових актів, у результаті цього на рівні відомчої адміністративної нормотворчості можуть прийматись підзаконні акти, які не тільки змінюють сферу законодавчого регулювання тих чи інших відносин, але й прямо суперечать закону, вихолощують його зміст, стають причиною порушення прав і свобод людини і громадянина. З цієї точки зору маємо вказати на граничну потребу прийняття Закону України «Про нормативно-правові акти». Законопроект «Про нормативно-правові акти» вже розглядався парламентом, але концептуальні вади законопроекту, в тому числі і його невідповідність окремим конституційним приписам завадили його прийняттю.

Слід також зазначити, що упорядкування нормотворчої діяльності різноманітних органів державної влади, що вступають в адміністративні правовідносини дозволить суттєво знизити рівень управлінського свавілля, покласти край як невиправданим претензіям окремих органів державної влади на додаткові повноваження, так і усталеній в системі владних відносин в Україні практиці нехтування інтересами і потребами людини і громадянина. Останній момент виявляється важливим з огляду на те, що в суспільній свідомості забезпечення законності часто асоціюється з гарантованістю прав громадянина стосовно чиновницького свавілля й відсутністю зайвих адміністративних перешкод.

Писаренко Г. М.
Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного та фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

ЗВЕРНЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ ДО ВИКОНАННЯ

Відповідно до Конституції України обов'язковість рішень суду визнається однією з основних засад судочинства і вони є обов'язковими до виконання на всій території України. Згідно з практикою Європейського суду з прав людини обов'язковість судових рішень гарантована, а право на судовий захист уявляється примарним, якщо правова система держави буде дозволяти, щоб обов'язкове рішення суду залишилося недіючим на шкоду однієї зі сторін (п. 40-41 рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Хорнсбі проти Греції» від 19.03.1997 р.).

В Україні у разі, якщо судові рішення не виконуються добровільно та у встановлений строк, виконуються примусово органами Державної виконавчої служби, які входять до системи органів Міністерства юстиції України, в порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження». Значення виконавчого провадження полягає у тому, що воно гарантує фактичну реалізацію рішень судів та інших органів, завершує юрисдикційну діяльність щодо захисту суб'єктивних прав громадян та юридичних осіб, забезпечує зміцнення законності у сфері матеріально-правових відносин та сприяє вихованню громадян і посадових осіб у дусі виконання законів України. За загальним правилом виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) – це сукупність дій органів і посадових осіб, спрямованих на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які провадяться на підставах, у спосіб та в межах повноважень, визначених Законом України «Про виконавче провадження» (далі – Закон), іншими нормативно-правовими актами, виданими відповідно до зазначеного Закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

З визначенням виконавчого провадження як «завершальної стадії судового провадження та примусового виконання рішень інших органів (посадових осіб)» не можна погодитись, оскільки термін «судове провадження» взагалі відсутній як у теорії процесуальних галузей, так і у нормативно-правових актах, що регулюють процесуальний порядок розгляду справи судом. Вбачається, що законодавцем було зроблено спробу назвати узагальнюючим терміном сукупність цивільного процесу, господарського процесу, адміністративного процесу тощо.

Обов'язковими до виконання є судові рішення, що набрали законної сили за правилами ст. 254 Кодексу адміністративного судочинства

України (далі – КАС України). У тих випадках, коли суд допустив негайне виконання постанови на підставі ст. 256 КАС України, така постанова є обов'язковою для виконання вже до набрання нею законної сили. У частині встановлення обставин обов'язковими для судів є преюдиціальні рішення (ч. 1 і 4 ст. 72 КАС України).

Спеціальних (скорочених) строків пред'явлення виконавчого листа до виконання рішень в адміністративних справах законом не передбачено, що є суттєвою прогалиною законодавства. Так, правилами ст.ст. 171, 171-1 КАС України визначені особливості розгляду адміністративних справ щодо законності (крім конституційності) постанов Верховної Ради України, указів та розпоряджень Президента України, постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим, актів Вищої Ради юстиції, законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень.

Однією з особливостей, зокрема, є вимога до відповідача після набрання постановою законної сили невідкладно опублікувати резолютивну частину постанови про визнання нормативно-правового акта незаконним або таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, і про визнання його нечинним у виданні, в якому його було офіційно оприлюднено (Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики. Настільна книга судді. За заг. ред. Пасенюка О. М. / О. М. Пасенюк – К.: «Істина», 2007. – С. 417).

КАС України запроваджено нове поняття – примирення. На етапі виконання рішення примирення можливе у двох формах. Це мирова угода або відмова стягувача від примусового стягнення. Визначення поняття примирення КАС України не містить. За змістом ч. 1 ст. 113 КАС України сторони можуть повністю або частково врегулювати спір на основі взаємних поступок. Взаємність поступок є обов'язковою умовою примирення, а його досягнення має наслідком закриття провадження у справі.

Питання відстрочення і розстрочення виконання, заміна, встановлення способу і порядку виконання судового рішення у КАС України (ст. 263) та у Законі «Про виконавче провадження» (ст. 36) врегульовані дещо по-різному. Так, КАС України містить перелік (не вичерпний) обставин, що ускладнюють виконання судового рішення, надає право ініціативи суду, встановлює форму звернення з такою ініціативою державного виконавця (подання замість заяви) та передбачає винятковість випадків відстрочення і розстрочення виконання, зміни, встановлення способу і порядку виконання рішення. У той же час у Законі наведені обставини, що зумовлюють обов'язкове зупинення виконавчого провадження, та випадки, коли

виконавче провадження може бути зупинено, чого не передбачає КАС України.

Суд апеляційної чи касаційної інстанції, ухвалюючи нове судове рішення, яким закриває провадження у справі, залишає позовну заяву без розгляду або відмовляє у задоволенні адміністративного позову чи задовольняє позовні вимоги у меншому розмірі, повинен зобов'язати позивача повернути відповідачеві безпідставно стягнене з нього за скасованим судовим рішенням або визначити інший спосіб і порядок здійснення повороту виконання.

Якщо питання про поворот виконання судового рішення помилково не було вирішено судом апеляційної чи касаційної інстанції, заява відповідача про поворот виконання розглядається адміністративним судом, у якому знаходиться справа. Заяву про поворот виконання може бути подано протягом одного року з дня виникнення підстав для повороту виконання.

Чорномаз О. Б.

Львівський державний університет внутрішніх справ,
доцент кафедри конституційного, адміністративного права та
адміністративного процесу, кандидат юридичних наук

ДЖЕРЕЛА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Новітній етап розвитку української науки адміністративного права безпосередньо пов'язаний з утворенням у 1991 р. незалежної Української держави, побудованої на принципах суверенітету і демократії. Україна, яка прагне стати правовою державою, визнає носієм суверенітету і єдиним джерелом влади народ, а державна влада здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, принципів верховенства права та законності. Зазначений період розвитку адміністративного права в Україні характеризується тим, що теоретичні розробки вчених, як ніколи раніше, безпосередньо пов'язуються з практичними і перспективними завданнями, що вирішують органи виконавчої влади. З одного боку, це виконання завдань відповідних органів, а з іншого – оновлення самого законодавства України, оскільки воно неповно, а часто-густо й суперечливо регулює відповідні суспільні відносини (Авер'янов В. Б. Адміністративне право України. Академічний курс : Підруч.: У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К. : Видавництво «Юридична думка», 2004. – 44 с).

Метою адміністративної реформи є поетапне створення такої системи державного управління, що забезпечить становлення України згідно Конституції України як демократичної, соціальної, правової держави, а також формування системи державного управління, яка стане близькою до потреб і запитів людей, а головним пріоритетом її діяльності буде слу-

жіння народові, національним інтересам (Горбатенко В. Конституційні засади проведення адміністративної реформи в Україні та удосконалення системи органів виконавчої влади [Електронний ресурс] / В. Горбатенко. – Режим доступу : http://www.minjust.gov.ua/0/41).

Цьому сприяли два вирішальні фактори: по-перше, утворення Президентом України у 1997 р. Державної комісії з проведення в Україні адміністративної реформи і, головне, покладення на цю комісію завдання підготовки Концепції адміністративної реформи; по-друге – прийняття в тому ж році Кабінетом Міністрів України рішення про створення Робочої групи, якій доручалися підготовка Концепції реформи адміністративного права України і розробка проекту Адміністративного кодексу України. Не можна не відзначити, що обидві ці події не мали аналогів в історії нашої країни. Особливо ж неординарним, і не тільки, мабуть, для нашої країни, слід вважати урядове рішення щодо розробки Концепції реформи адміністративного права. Це, дійсно, надзвичайно рідкісний випадок, коли держава офіційно ставить завдання щодо концептуального забезпечення реформування цілої галузі національного права, причому галузі фундаментальної, профільної. Відповідно до цього завдання в 1998 р. проект Концепції був підготовлений, у 2000 р. – переданий до парламенту, а в 2001 р. – розглянутий Комітетом з питань правової політики Верховної Ради України.

Одним із напрямів адміністративної реформи є створення нової, кодифікованої правової бази.

У країнах Європейського Союзу до основних джерел адміністративного права відносять три кодекси: 1) адміністративно-процедурний, що врегульовує суспільні відносини між публічною адміністрацією та об'єктами публічного управління; 2) кодекс про адміністративні проступки; 3) кодекс адміністративного судочинства (Олефір В. І. Перехідний стан основних джерел адміністративного права в Україні : [Електронний ресурс] / В. І.Олефір, В. В. Галунько. – Режим доступу : http://www.law-property.in.ua/). Ця тріада забезпечує комплексне публічне забезпечення прав і свобод людини та громадянина на всіх етапах взаємодії з публічною адміністрацією: під час звернення фізичних і юридичних осіб до публічної адміністрації за наданням сервісних адміністративних послуг; притягнення винних у порушенні прав, свобод людини і громадянина, нормального функціонування громадянського суспільства і держави до адміністративної відповідальності; захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень у системі адміністративного судочинства.

На сьогоднішній день в Україні діє Кодекс України про адміністративні правопорушення, який був прийнятий 7 грудня 1884 р. Кодекс складається з 33 глав. Звісно, що до нього було прийнято багато змін. Він ви-

магає вже не доповнень, а заміни на концептуально новий, який має бути системно побудований на новій конституційно-правовій базі.

Іншим законодавчим актом, який регулює суспільні відносини є Кодекс адміністративного судочинства України, який майже повністю відповідає вимогам правової демократичної держави, але побудована на його основі система адміністративного судочинства продовжує переживати період динамічного (і небезболісного) становлення щодо практичного забезпечення адміністративно-процесуальної охорони прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень (Воюцька О., Каплій О. Сучасний стан основних джерел адміністративного права. Новітні наукові дослідження держави і права // Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський комплекс національного університету «Одеська юридична академія» – 2012 – С. 489-493).

20 травня 2010 року Верховною радою України прийнято Закон «Про державну програму економічного і соціального розвитку України на 2010 рік», яким визначено цілі (підвищення довіри до органів виконавчої влади) та очікувані результати реформування, зокрема – залучення громадян до формування та реалізації державної політики, сприяння впровадженню технологій демократичного врядування; забезпечення відкритості та прозорості діяльності органів виконавчої влади, запровадження державної комунікативної політики; спрощення та підвищення якості надання адміністративних послуг; зниження рівня корупції.

В частині адміністративного реформування Закон, вибудовуючи правову базу для реформування, закріпив зобов'язання щодо розроблення впродовж 2010 року низки проектів нормативно-правових актів, серед яких, зокрема, Проект Адміністративно-процедурного кодексу України та Закону України про адміністративні послуги (Воюцька О., Каплій О. Сучасний стан основних джерел адміністративного права. Новітні наукові дослідження держави і права // Відокремлений структурний підрозділ «Миколаївський комплекс національного університету «Одеська юридична академія» – 2012 – С. 489-493).

Що стосується Проекту Адміністративно-процедурного Кодексу, то наприкінці травня 2011 року він був ухвалений для подання до парламенту урядом України, але, нажаль, до Верховної Ради від уряду так і не надійшов.

Розробка проекту Адміністративно-процедурного кодексу, спрямована на реалізацію однієї з найважливіших гарантій забезпечення прав і законних інтересів осіб у відносинах із державою та її органами – чітку регламентацію процедурного аспекту відносин особи і влади. Це питання є особливо актуальним для України, оскільки досі більшість процедурних елементів відносин органів влади з громадянами або не регулюються законодавством взагалі, або ж регулюються підзаконними нормативно-правовими актами.

Незважаючи на наведене, прийняття Адміністративно-процедурного кодексу, видається реальною, хоч і не надто близькою перспективою в Україні (Школик А. М. Предмет правового регулювання адміністративно-процедурного кодексу / А. М. Школик // Вісник – Львів. – 2010. – № 50. – С. 147-152.) Отже, на сучасному етапі правотворення в Україні доцільним вбачається завершення чергового етапу кодифікації адміністративно-деліктного та адміністративно-процедурного законодавства.

Козачук Д. А.
Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного та фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

ПОРЯДОК ПРОХОДЖЕННЯ ТА ФОРМИ ЗАОХОЧУВАЛЬНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР ВНУТРІШНЬОГО СПРЯМУВАННЯ

Вагома роль заохочувальних адміністративних процедур у різних сферах державного управління продиктована необхідністю стимулювання найкращих досягнень та суспільно-корисних діянь не тільки серед державних службовців, але й серед інших суб'єктів адміністративно-правових відносин. Крім того, варто зазначити, що суб'єктами заохочувальних адміністративних процедур можуть бути і колективи людей, як організаційно оформлені (юридичні особи), так і не оформлені (які представляють частину кадрового штату певного організаційно оформленого суб'єкта), а також іноземці та особи без громадянства.

Механізм застосування заходів заохочення до публічних службовців являє собою систему регламентованих правом стимулюючих засобів, організованих у послідовному, логічно вибудуваному порядку, які впливають на інтереси й потреби публічного службовця з метою спонукання його до публічно-активної поведінки, включаючи підстави й умови застосування цих заходів. Оскільки механізм застосування заходів заохочення до публічних службовців орієнтований у своїй сутності на застосування заходів заохочення і характеризується позитивними моментами з морально-психологічної сторони, таке регулювання, спрямоване на найбільш всебічний розвиток професійних якостей особистості кожного публічного службовця, пов'язане із самостійною, ініціативною діяльністю, службовою активністю.

На сьогоднішній день є відсутнім єдиний закон, яким визначалися би види заохочень і порядок їх застосування щодо всіх публічних службовців. Окремими законами встановлено заохочення для державних службовців військової служби, служби в правоохоронних, митних, податкових та інших державних органах.

Порядок заохочення публічного службовця, як правило, передбачає такі стадії.

1) ініціювання заохочення (подання кандидатур до нагородження цінним подарунком). На цій стадії приймається рішення про нагородження публічного службовця цінними подарунками, грамотою, зброєю тощо;

2) підготовка та видання наказу про нагородження;

3) безпосереднє вручення відзнаки.

Кожна стадія заохочувальної адміністративної процедури публічних службовців завершується прийняттям відповідних документів, зокрема, протоколюється.

Рішення про заохочення публічного службовця ухвалюється у формі адміністративно-розпорядчих актів (зокрема, рішення про нагородження державними нагородами ухвалюються Президентом України у формі указів; рішення Кабінету Міністрів України про нагородження почесними грамотами ухвалюються у формі розпоряджень; рішення центральних органів виконавчої влади про нагородження почесними грамотами ухвалюються, як правило, у формі наказів). Разом із тим, розглянутими нормативними актами не встановлюються вимоги до змісту рішень про заохочення, а саме, не визначається перелік питань, які мають відбиватися у відповідних адміністративно-правових актах.

Залежно від виду заохочення заохочувальні адміністративні процедури відбуваються в простій або повній формах.

Проста форма заохочувальних адміністративних процедур передбачає видання відповідного правового документа, зокрема, наказу. Рішення про заохочення ухвалюється на підставі, наприклад, клопотання безпосереднього начальника перед прямим начальником без додаткового узгодження з вищим керівником. Це, як правило, внутрішні адміністративні заохочувальні адміністративні процедури. Тут елементи узгодження й вимоги до оформлення документів про заохочення присутні, але вся процедура відбувається всередині колективу, органу, установи.

Повна форма заохочувальних адміністративних процедур відбувається у всіх стадіях і передбачає вихід за межі відносно замкненої системи органу управління або реалізує заохочення юридичних та фізичних осіб, які не є суб'єктами владних повноважень. У цій формі в наявності елементи узгодження й попередньої підготовки документів про заохочення, форма яких затверджена вищою державною структурою, наприклад, указом Президента України.

Удосконалення інституту адміністративного заохочення напряму залежить від реформування певних адміністративно-правових інститутів, зокрема інституту публічної служби. Необхідним кроком на шляху підвищення ефективності заохочувального впливу на різних суб'єктів адміністративно-правових відносин є упорядкування заходів заохочувального впливу та чіткого визначення фактичної підстави порушення заохочувальної адміністративної процедури.

Апаров А. М.
Київська державна академія водного транспорту імені гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного, доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

З'ЯСУВАННЯ ПРЕДМЕТУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Предмет правового регулювання є найголовнішим критерієм розмежування і виділення галузей права. У найбільш загальному вигляді можна констатувати, що регулюючий вплив адміністративно-процесуального права здійснюється через систему адміністративно-процесуальних відносин, учасники яких діють в межах наданих їм прав і покладених на них обов'язків, внаслідок чого сама діяльність осіб, як беруть участь в процесі, є результатом здійснення прав або виконання обов'язків, тобто, адміністративно-процесуальні відносини є об'єктом правового регулювання, а адміністративно-процесуальна діяльність виступає предметом такого регулювання.

Оскільки відношення до проблеми адміністративного процесу нині є дискусійним, то і визначення предмета адміністративно-процесуального регулювання не має чітких меж. Слід сказати, що предмет адміністративного процесуального права складають не лише відносини, пов'язані із захистом порушеного права, але і відносини, пов'язані з бажанням забезпечити свої права у разі загрози їх порушення або припущення про можливе порушення.

Предметом адміністративно-процесуального права є система суб'єктивних публічних прав, свобод і інтересів, що охороняються законом; сукупність правил, що нормують суб'єктивні публічні права, свободи і інтереси; сам адміністративний процес, що включає в себе сукупність адміністративних проваджень юрисдикційного та неюрисдикційного характеру, як спосіб реалізації, охорони та захисту цих прав, свобод і інтересів.

Очевидно, що за умови належного розвитку даних відносин і їх правової регламентації, даний блок соціально-правового середовища буде дуже об'ємним, наближеним по своїй масштабності до правових галузей цивільно-процесуального і кримінально-процесуального права. Саме цей оцінний критерій, на нашу думку, є фактором необхідності вичленення адміністративного процесу із загальної системи адміністративного права і надання адміністративному процесуальному праву статусу самостійної галузі права. Нині в юридичній науці практично затвердилася думка про те, що адміністративно-процесуальні відносини вимагають певного відособлення в системі адміністративного права. На думку К. С. Бєльського, коло суспільних відносин, що становлять предмет сучасного адміністративного права, не обмежується сферою державно-управлінських відно-

син, і охоплює ще два їх види: поліцейські відносини і відносини в сфері адміністративної юстиції. Виділяючи в сучасному адміністративному праві три підгалузі: управлінське право («адміністрація»), поліцейське право («поліція») і право адміністративної юстиції («юстиція»), даний автор визначає адміністративний процес як особливий процесуальний порядок розгляду в суді адміністративного позову громадянина на незаконні дії посадовця (органу управління) і забезпечення прав громадянина шляхом відміни неправомірного управлінського або поліцейського акту». Автор вважає, що матеріальні норми права адміністративної юстиції – це інститут адміністративного права, а процесуальні норми – підгалузь адміністративного права (Бельский К. С. К вопросу о предмете административного права // Государство и право. – 1997. – № 11. – С. 21).

Узагальнюючи сказане, можна зробити наступний висновок про те, що сьогодні відсутнє формальне визначення адміністративного процесуального права в якості самостійного правового утворення, усі передумови такого розвитку вже склалися:

– сформувалася і активно розвивається соціально-правове середовище (група суспільних відносин, що утворюються з приводу порушення (загрози порушення) публічних прав, свобод і законних інтересів),

– є певне правове регулювання (КУпАП, КАСУ),

– потрібно якісне перетворення правового регулювання за допомогою створення відповідного самостійного правового акту, наприклад, Адміністративно-процесуального кодексу України.

Отже, говорити про предмет адміністративного процесуального права не як про групу адміністративно-правових відносин, а як про самостійну основу реалізації адміністративно-процесуального регулювання, вважаємо не лише за можливе, але і потрібним. Наукове пізнання повинне випереджати соціальний розвиток, а не відставати від нього, тому доктринальне оформлення питань предмета адміністративного процесуального права сьогодні має пріоритетне значення.

На нашу думку, базисними особливостями відносин, що становлять предмет адміністративно-процесуального права, є: публічно-правова суть порушеного права (свободи, інтересу), суб'єктний склад цих правовідносин – одним з суб'єктів завжди є владна сторона.

Таким чином, під предметом адміністративного процесуального права слід розуміти систему суб'єктивних публічних прав, свобод і інтересів, що охороняються законом; сукупність правил, що нормують суб'єктивні публічні права, свободи і інтереси і сам адміністративний процес як спосіб реалізації, охорони та захисту цих прав, свобод і інтересів.

Осауленко С. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного і фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАХОДІВ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Ефективність діяльності адміністративного суду напряму пов'язана із налагодженістю взаємодії з іншими учасниками адміністративного судочинства і зумовлена дотриманням усіма особами встановленого порядку у судовому засіданні. Значення нормативно встановлених заходів процесуального примусу в КАС України полягає в тому, що суди отримують реальні інструменти для впливу на осіб, що порушують встановлені в суді правила.

Закріплення заходів процесуального примусу в окремому розділі КАС України підкреслює значення інституту примусу під час здійснення судочинства. Даний розділ надає адміністративним судам повноваження впливати на осіб, які порушують під час судового засідання встановлений порядок. На основні порівняльного аналізу судового (процесуального) і позасудового (матеріального, адміністративного) правового примусу можна виокремити низку спільних і відмінних рис. По-перше, адміністративний примус використовують у публічному управлінні для охорони суспільних відносин, які виникають у цій сфері виконавчо-розпорядчої і організаційно власної діяльності в той час як судовий примус застосовується для забезпечення додержання встановленого порядку здійснення правосуддя. По-друге, механізми правого регулювання адміністративного і судового примусу передбачають різні підстави і порядок застосування відповідних примусових заходів. Застосування заходів процесуального примусу припускається при наявності однієї з наступних підстав – порушення порядку у залі судового засідання або невиконання розпоряджень головуючого. Коло підстав для застосування заходів адміністративного є набагато ширшим і включає стихійні лиха, епідемії, проступки, злочини, а також об'єктивно протиправні дії, що не є порушеннями, тому що вчиняються неосудними особами. По-третє, порядок застосування адміністративно-примусових заходів здебільшого регулюють норми адміністративного права, які знаходять своє вираження у багатьох нормативних актах, зокрема Закон України «Про міліцію», Кодекс України про адміністративні правопорушення, тощо. Разом з тим, порядок застосування заходів процесуального примусу регламентується процесуальними нормами, які містяться у КАС України, Цивільному процесуальному кодексі України, Кримінально-процесуальному кодексі України, Господарсько-процесуальному кодексі України. Нарешті, застосування адміністратив-

ного примусу – це результат реалізації державно-владних повноважень органів публічного управління, в той час як застосування процесуального примусу є результатом діяльності судових органів в особі головуючого в судовому засіданні.

Необхідно звернути увагу, що заходи процесуального примусу завжди спрямовані на забезпечення всебічного, повного і об'єктивного з'ясування всіх фактичних обставин по справі, а також на дотримання і реалізацію процесуальних прав самих учасників адміністративного судочинства. З цією метою законодавець покладає обов'язок слідкувати за дотриманням порядку в залі судового засідання не тільки на головуючого в судовому засіданні а й на судового розпорядника, який повинен забезпечувати належний стан залу засідання, а також слідкувати за додержанням порядку усіма присутніми. Тим не менш, головуючий в судовому засіданні залишається єдиною особою, яка уповноважена застосовувати заходи процесуального примусу.

Як встановлюють положення ч. 2 ст. 268 КАС України, головуючий у судовому засіданні повинен вжити негайних заходів процесуального примусу, одразу після виявлення факту порушення, шляхом проголошення ухвали про застосування таких заходів. Виконання зазначених в ухвалі суду (яка може бути проголошена усно) заходів процесуального примусу покладається на судового розпорядника, а у разі необхідності, також на спеціальні підрозділи судової міліції. Всі виявлені порушення порядку ведення судового засідання разом з заходами процесуального примусу, спрямованими на їх усунення, є юридичними фактами, які створюють певні правові наслідки.

На наявність зв'язку між заходами процесуального примусу в адміністративному судочинстві і штрафними санкціями звертали увагу фахівці в галузі адміністративного процесу. Провадження у справі про неповагу до суду регламентується нормами КпАП України, якими передбачено складення протоколу про адміністративне правопорушення секретарем судового засідання, а також розгляд справи про адміністративне правопорушення місцевим загальним судом у порядку, встановленому нормами КпАП України. Стосовно наведеного механізму висловлені певні застереження, оскільки існує точка зору, що він ускладнений і не сприяє його поширеному використанню судами, не дає можливості застосовувати його як засіб процесуального примусу.

Відповідно до ч. 3 ст. 269 КАС України особа, до якої було застосовано заходи процесуального примусу, не звільняється від виконання своїх процесуальних обов'язків. Наведена норма також підкреслює стимулюючі а не каральні завдання механізму процесуального примусу. Сам факт застосування заходів процесуального примусу не є кінцевою метою, а лише

засобом для забезпечення реалізації (дотримання, виконання. тощо) норм процесуального права в адміністративному судочинстві.

Варто звернути увагу на те, що застосування до особи заходу процесуального примусу не виключає можливості застосування до неї механізмів притягнення до адміністративної відповідальності, наприклад, за прояв неповаги суду. Таким чином, якщо все ж припустити, що заходи процесуального примусу є частково засобами стягнення, до їх не можна віднести до адміністративної, дисциплінарної, чи іншого з загальноприйнятих видів юридичної відповідальності. Враховуючи той факт, що заходи процесуального примусу все ж таки спричиняють несприятливі наслідки для особи, можна провести паралель із заходами стягнення, і можуть хоча б теоретично розглядатись як санкції до інших адміністративно-процесуальних норм, що містяться у КАС України.

Кодекс адміністративного судочинства України не передбачає механізму окремого оскарження рішення суду (ухвали) про застосування заходів процесуального примусу. Як встановлює ч. 2 ст. 185 КАС України, ухвали суду можуть бути оскаржені окремо від постанов лише у випадках, що прямо передбачені КАС України. Таким чином, учасники адміністративного процесу і будь-які особи, що не погоджуються з ухвалою суду про застосування заходів процесуального примусу, повинні включити заперечення на таку ухвалу до скарги на судове рішення, ухвалене за результатами розгляду справи. Наведена ситуація поширюється на всі встановлені заходи процесуального примусу.

Заболотских Е. М.

Волго-Вятский филиал ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина» (МГЮА), заместитель директора по учебной и воспитательной работе, доцент, кандидат юридических наук

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПРЕДСТАВИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ

Представительные органы местного самоуправления действуют в единой правовой системе государства. Но это особые органы власти, тесно связанные с населением, которое их образует, и которому они служат, решая вопросы местного значения. Вместе с тем самостоятельность и независимость органов местного самоуправления не означает невозможность применения к ним мер принуждения за незаконные действия и решения.

В законодательстве многих стран предусматривается досрочное прекращение полномочий выборного представительного органа муниципальной власти в форме роспуска.

В Польше в случае неоднократного нарушения советом общины (гмины) Конституции и законов Сейм по предложению Председателя Совета министров может распустить совет общины (Избранные конституции зарубежных стран: учебное пособие. – М.: Издательство Юрайт, 2011, с. 376).

В Венгрии Государственное собрание по предложению Правительства – представленному после запроса мнения Конституционного суда – распускает тот местный представительный орган, деятельность которого противоречит Конституции (Конституции государств Европы: В 3-х т. Т.1. – М.: Норма, 2001, с. 540).

Законодательство Японии предусматривает роспуск муниципального собрания не государственными органами, а гражданами. «Не менее 1/3 избирателей может войти в комиссию по контролю за выборами с предложением о роспуске муниципального собрания. Комиссия должна вынести этот вопрос на голосование. Если требование одобрено абсолютным большинством голосов избирателей, муниципальное собрание распускается… Вопрос о роспуске может быть решен только по истечении одного года с момента начала деятельности собрания» (Иностранное конституционное право. М.: Юристъ, 1996, с. 279). Статистика свидетельствует, что в 1947-1983 гг. местные жители в Японии 389 раз использовали свое право требовать роспуска муниципальных собраний (Сенаторов А. Японская модель местного самоуправления // Знакомьтесь – Япония. 1995, № 11, с. 35), что, безусловно, свидетельствует о реальной обратной связи между населением и властями.

В СССР роспуск выборных представительных органов не получил такого широкого распространения, как отзыв депутатов указанных органов. В 20-30 годы XX века отзыву мог подлежать весь состав краевых, областных, сельских советов. В данном случае речь идет не об отзыве отдельных депутатов, а о досрочном прекращении полномочий органов в целом, т. е. о роспуске.

Закон Украины от 21 мая 1997 № 280/97-ВР «О местном самоуправлении в Украине» в статье 78 закрепил основания досрочного прекращения полномочий сельского, поселкового, городского, районного в городе, районного, областного совета:

1) если совет принял решение с нарушением Конституции Украины, Закона «О местном самоуправлении в Украине» и других законов, прав и свобод граждан, игнорируя при этом требования компетентных органов о приведении этих решений в соответствие с законом;

2) если сессии совета не проводятся без уважительных причин в сроки, установленные настоящим Законом (ч. 5 ст. 46 «не реже одного раза в квартал, а по вопросам отвода земельных участков и предоставления документов разрешительного характера в сфере хозяйственной деятель-

ности – не реже чем один раз в месяц), или совет не решает вопросов, отнесенных к его ведению.

Полномочия местного совета прекращаются досрочно по решению местного референдума, а также в случае избрания нового состава совета на внеочередных выборах, назначенных постановлением Верховной Рады Украины.

В Российской Федерации ответственность представительных органов муниципальных образований в форме роспуска устанавливается нормами ст. 73 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

Роспуск представляет собой меру юридической ответственности, содержанием которой является досрочное прекращение законом субъекта Российской Федерации полномочий представительного органа муниципального образования.

Основанием для роспуска является неисполнение представительным органом муниципального образования решения суда, направленного на отмену нормативного правового акта представительного органа муниципального образования, нормы которого противоречат Конституции Российской Федерации, федеральным конституционным законам, федеральным законам, конституции (уставу), законам субъекта Российской Федерации, уставу муниципального образования либо вступление в силу решения суда, установившего факт непроведения избранным в правомочном составе представительным органом муниципального образования правомочного заседания в течение трех месяцев.

Процедура роспуска представительного органа муниципального образования зависит от оснований, но во всех случаях требуются судебные решения, устанавливающие факты либо неисполнения решения суда об отмене принятого представительным органом муниципального образования незаконного нормативного правового акта, либо непроведения в течение трех месяцев подряд заседания в правомочном составе. Решение о роспуске принимает законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации. Полномочия представительного органа муниципального образования прекращаются со дня вступления в силу закона субъекта Российской Федерации о его роспуске.

Итак, роспуск выборного представительного органа местной власти может рассматриваться, во-первых, как досрочное прекращение полномочий по воле субъектов государственной власти (Российская Федерация, Польша, Венгрия и др.), во-вторых, как прекращение полномочий на основании публично-властного решения, принятого гражданами (Япония); в-третьих, как то и другое (Украина).

Зубов К. М.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного і фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

СЛУЖБОВІ ВІДНОСИНИ У КОНТЕКСТІ ЗАКОНУ «ПРО ДЕРЖАВНУ СЛУЖБУ» (2011)

Важливим є питання щодо визначення початку виникнення службових відносин, оскільки із цим питанням пов'язані й інші питання і, насамперед, момент набуття особою статусу державного службовця. Законом «Про державну службу» (1993) це питання не було законодавчо урегульовано. Натомість, Закон «Про державну службу» (2011) вперше передбачає, що службові відносини розпочинаються:

1) для особи, яка вперше вступає на державну службу – з дня складення Присяги. Присяга – це: а) урочиста офіційна обіцянка додержувати певних зобов'язань, клятва вірності якій-небудь справі; 2) урочиста обіцянка, часто підкріплена згадуванням чогось дорогого, священного для того, хто обіцяє; в) запевнення у правдивості сказаного. Порівняльний аналіз текстів Присяги державного службовця, передбаченого Законами «Про державну службу» 1993 і 2011 рр. свідчить про певні відмінності між ними, які, насамперед, стосуються переліку тих обов'язків, які покладають на себе службовці, приймаючи Присягу, зокрема, новітніми є такі положення у тексті нової Присяги: а) *поважати* та охороняти права, свободи і законні інтереси *людини* і громадянина, *честь держави*; б) сумлінно виконувати свої *службові* обов'язки. У Присязі знаходить свій вияв конституційне положення про те, що джерелом влади є народ України і саме йому адресовано Присягу, яку приймає державний службовець: «… вступаю на військову службу і урочисто клянусь народу України завжди бути вірним і відданим йому …», «… вступаючи на службу до органів внутрішніх справ України, складаю Присягу і урочисто клянуся завжди залишатися відданим народові України …», «Вступаючи на митну службу, урочисто зобов'язуюсь бути відданим Українському народу, справі української державності …», «… вступаючи на службу до Державної кримінально-виконавчої служби України, клянуся завжди залишатися відданим Українському народові …», «… вступаючи на службу до Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, присягаю завжди залишатися відданим Українському народові …». Таким чином, вірне служіння (відданість) народові України є визначальним положенням будь-якої Присяги в Україні. Новітнім є положення про те, що особа, яка призначена на посаду державної служби вперше, виголошує Присягу у присутності державних службовців самостійного структурного підрозділу, на посаду в якому її призначено, представників служби персоналу відповідного державного органу та керівника державної служби у цьому

органі або апараті чи уповноваженої ним особи (для участі у прийнятті Присяги). Таким чином, виголошення Присяги особою, яка призначена на посаду державної служби має характер урочистості, яка повинна підкреслити особливий статус державного службовця і його відповідальність за цей статус. Після виголошення Присяги особа підписує текст Присяги і зазначає дату її складення. Підписаний текст Присяги є складовою особової справи державного службовця. Про складення присяги робиться запис у трудовій книжці державного службовця. Цей запис є свідченням того, що особа є державним службовцем і вона уже приймала Присягу, що має значення у її подальшому просуванні по державній службі. Оскільки момент призначення особи на посаду державної служби і момент виголошення Присяги не співпадають, важливе значення має вирішення питання про правові наслідки відмови особи від прийняття Присяги. Відповідно до ч. 3 ст. 19 Закону «Про державну службу» (2011) у разі відмови особи від складення Присяги державного службовця вона вважається такою, що відмовилася від зайняття посади державної служби, а акт про її призначення на посаду державної служби у зв'язку з цим скасовується суб'єктом призначення. Таким чином, відмова від складення Присяги – це відмова від зайняття посади державної служби, а відмова від зайняття посади державної служби – це підстава для скасування акту про призначення цієї особи на посаду державної служби;

2) для державного службовця у разі наступного призначення на посаду – з дня призначення, тобто видання відповідного наказу (розпорядження) або іншого акту. Призначення на посаду державної служби – це прийняття повноважною особою рішення про зарахування кандидата на конкретну посаду державної служби державного органу у порядку, визначеному чинним законодавством. Рішення про призначення приймається: а) на посаду державної служби групи I – суб'єктом призначення, визначеним Конституцією та законами України у порядку, передбаченому Конституцією України, цим та іншими законами України; б) на посаду державної служби груп II, III, IV і V – керівником державної служби в державному органі, органі влади Автономної Республіки Крим або їх апараті за результатами конкурсу не пізніше 30 календарних днів після оприлюднення інформації про його переможця на підставі протоколу засідання конкурсної комісії, якщо інше не передбачено законом. Порядок призначення на посади державної служби груп II, III, IV і V, за загальним правилом, здійснюється: а) керівником державної служби державного органу за результатами конкурсу; б) не пізніше 30 календарних днів після оприлюднення інформації про переможця конкурсу; в) на підставі протоколу конкурсної комісії. Водночас, п. 2 ч. 1 ст. 25 Закону передбачає виключення із загального правила, які визначені законом. Насамперед, мова йде про призначення на посади патронатної служби.

Бондаренко К. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри адміністративного і фінансового права,
кандидат юридичних наук, доцент

ДО ВИЗНАЧЕННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ В АДМІНІСТРАТИВНІЙ СФЕРІ

Традиційно система адміністративного права України дістає свій вираз в поділі на дві частини – загальну та особливу (спеціальну). Загальна частина адміністративного права включає в себе підгалузі та правові інститути, а особлива – тільки правові інститути, які включають в себе державне управління в трьох основних сферах – адміністративно-політичній, економічній та соціально-культурній.

Видається, що найбільш специфічною сферою державного управління є саме адміністративно-політична через особливих суб'єктів та об'єктів управління, специфічних форм та методів управлінської діяльності, а також з огляду на особливе значення ефективності державного управління в цій сфері, адже саме від цього може залежати існування незалежної, демократичної, суверенної України.

Управління в адміністративно-політичній сфері є різновидом державного управління, вираженого в цілеспрямованому й організуючому впливі, здійснюваному з метою забезпечення взаємодії, погодженості й упорядкування загальних дій людей, органів, підрозділів і служб в інтересах ефективного виконання поставлених перед ними завдань. (Колпаков В. К., Кузьменко О. В. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544 с.)

Як і будь-який інший вид управління, управління в адміністративно-політичній сфері має системний характер і здійснюється в рамках соціальних управлінських систем.

Разом із цим, управління в адміністративно-політичній сфері має свій специфічний характер, властивій тільки названій сфері і її складових. Всі вони носять політичний, захисний характер і прямо пов'язані з головними й фундаментальними функціями держави. Це, в першу чергу, оборона, національна безпека, іноземні справи, внутрішні справи, юстиція, а також державна служба.

Державному управлінню адміністративно-політичною сфері, притаманні всі риси державного управління, яке здійснюється органами виконавчої влади, законодавчими органами й органами місцевого самоврядування, зокрема наступні:

1. Виконавчо-розпорядчий характер. Органи, які здійснюють державне управління – це насамперед виконавчі структури, на які покладено обов'язок реалізувати (виконувати) рішення, які приймаються законодав-

чою владою. Розпорядча діяльність управлінських структур дістає вияв у прийнятті загальнообов'язкових приписів (закріплених в указах, постановах, інструкціях, протоколах, тощо), в організації виконання цих приписів, а також у здійсненні контролю за цим процесом.

2. Підзаконність. Під підзаконністю державного управління розуміють те, що його цілі, сфери його впливу, основні форми і методи державного управління визначаються на законодавчому рівні.

3. Масштабність та універсальність. Виявом масштабності та універсальності державного управління є те, що органи державного управління, здійснюючи управлінську діяльність, справляють вплив на всі сфери соціального життя.

4. Ієрархічність. Ієрархічність державного управління в тому, що органи, які його здійснюють, мають систему нижчестоящих, підпорядкованих їм інстанцій.

5. Безпосередньо організаційний характер. Безпосередньо організаційний характер державно управлінської діяльності полягає в тому, що в процесі виконання і розпорядження на різних рівнях організується спільна діяльність людей. (Ківалов С. В., Біла Л. Р. Адміністративне право України: Навчально-методичний посібник. – Вид. друге, перероб. і доп. – Одеса: Юридична література, 2002. – С. 30)

Управління в адміністративно-політичній сфері, здійснюване органами виконавчої влади, характеризується всіма вищезначеними рисами, але також має і свої, притаманні лише цій сфері, ознаки:

1. Особливі об'єкти управління – галузі, які становлять основу існування Української держави, захист її суверенітету, незалежності, територіальної цілісності, дотримання прав та свобод громадян та інтересів юридичних осіб.

2. Для управління цією сферою характерним є використання імперативного методу управління, як основного, в той час як інші сфери (економічна та соціально-культурна) використовують імперативний та диспозитивний методи управління як рівнозначні.

3. Особлива роль Президента України в процесі формування органів управління адміністративно-політичною сферою та здійснення ними управлінських функцій.

4. Чітка централізація та субординація органів, які здійснюють управлінські функції в цій сфері.

5. Стабільність управлінської системи, яка, незважаючи на реформування органів виконавчої влади і динамічний розвиток, залишається стабільною.

6. Особливі (підвищені) вимоги до державних службовців і порядок проходження служби (вступу на посаду та припинення державно-службових відносин).

Бачеріков О. В.
Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного і фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

Стець О. М.
Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», заступник декана, кандидат юридичних наук

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ ОБОВ'ЯЗОК СТВОРИТИ СУБ'ЄКТ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Порядок реєстрації суб'єктів господарювання (таким терміном можна назвати юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, згідно з положеннями ч. 2 ст. 55 ГК України) встановлюється нормами Закону України «Про реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб підприємців».

Під час реєстрації суб'єкта господарювання особа перебуває в адміністративних правовідносинах з державним реєстратором. Крім того, відповідальність за порушення правил щодо державної реєстрації суб'єкта господарювання передбачається статтею 164 КУпАП.

Крім того, даний обов'язок виникає у особи не перед іншим суб'єктом приватного права, а перед суспільством в особі держави. Таким чином, обов'язок створити суб'єкт господарювання можна назвати адміністративно-правовим.

Актуальність даної теми обумовлюється кількома обставинами. По-перше, поступовими змінами в діючому законодавстві. Так, з прийняттям Податкового кодексу України втратив чинність Закон України «Про податок на промисел», стаття 1 якого передбачала, що фізична особа може укласти не більше чотирьох угод протягом року без реєстрації в якості суб'єкта підприємництва.

По-друге, незважаючи на системний і міжгалузевий характер, дана тема практично не досліджувалась на теоретичному рівні. Так, на теперішній час юридичною наукою не встановлено, з якого моменту у особи виникає обов'язок створити суб'єкт господарювання.

Санкція ст. 164 КУпАП передбачає адміністративну відповідальність за порушення різного ступеню суспільної шкідливості, зокрема:

– здійснення господарської діяльності без реєстрації;
– здійснення без ліцензії виду діяльності, що підлягає ліцензуванню;
– порушення ліцензійних умов;
– порушення законодавства про дозвільну систему.

Аналізуючи перший з відокремлених складів правопорушення, можна припустити, що положення чинного законодавства чітко зобов'язують приватну особу здійснити державну реєстрацію господарської діяльності і встановлюють момент, з якого реєстрація є необхідною. Так, положення

ч. 2 ст. 50 ЦК України встановлюють, що «фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом».

Підприємницька діяльність, як встановлюють положення ГК України, – це «самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку».

Господарська діяльність визначається як «діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, що спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність».

Разом з тим, як відомо, суб'єктами господарювання є, по-перше, юридичні особи, а, по-друге, фізичні особи – підприємці (згідно з положеннями ч.2 ст. 55 ГК України). Іншими словами, суб'єктами господарювання є особи, які вже зареєстровані відповідно до положень Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб підприємців».

Таким чином, системний аналіз всіх наведених положень дозволяє дійти висновку, що будь-яка діяльність людини, яка не є підприємцем, не підпадає під визначення господарської діяльності. З наведеного випливає, що перший з виділених нами складів (здійснення господарської діяльності без реєстрації) є суперечливим та не може мати місце в правозастосовній діяльності.

Якщо правильно інтерпретувати тлумачення положень ст. 164 КУпАП, стає зрозумілим, що загальних положень цивільного і господарського законодавства недостатньо для встановлення нормативного обов'язку особи створити суб'єкт господарювання.

Таким чином, створення суб'єкта господарювання є обов'язковим лише у разі провадження певних видів діяльності. Законом повинно бути прямо передбачено, що такий вид діяльності може проваджуватись виключно суб'єктом господарювання. Прикладами вищенаведеного можуть бути.

– норми Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»;

– положення Закону України «Про перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності»;

– норми Постанови КМУ № 833 від 15 червня 2006 року «Про затвердження порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів».

З таким тлумаченням необхідно погодитись, оскільки, як встановлюють положення вищенаведених нормативних актів, види діяльності, які підлягають ліцензуванню, передбачають необхідність отримання дозволу або пов'язані з торговельною діяльністю є господарськими і можуть бути здійснені лише суб'єктами господарювання.

Коваленко Л. П.
Національний університет
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»,
доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРИНЦИПИ ІНФОРМАЦІЙНОГО ПРАВА

Принципи інформаційного права – це основні початкові положення і ідеї, що визначають суть і зміст галузі інформаційного права, що додає системний характер її нормам і інститутам і дозволяє говорити про цілісність механізму правового регулювання інформаційних відносин в суспільстві.

Всі принципи інформаційного права можна поділити на загальні і спеціальні (Основи інформаційного права України: Навч. посіб. / В. С. Цимбалюк, В. Д. Гавловський, В. В. Гриценко та ін.; За ред. М. Я. Швеця, Р. А. Калюжного та П. В. Мельника. – К.: Знання, 2004. – 274 с.).

До загальних принципів слід віднести основоположні положення і ідеї, які поширюють свою дію на всю сукупність відносин, що складаються в інформаційній сфері. Це принципи: законності; свободи доступу до інформації; вільного виразу думок і переконань; забезпечення інформаційної безпеки; рівності громадян перед законом; захисту авторських прав.

До спеціальних принципів належать основні положення і ідеї, що визначають суть і зміст окремих предметних областей інформаційного права, його правових інститутів.

Наприклад, основними ідеями і правилами при користуванні мережею Інтернет є: принцип єдиного глобального характеру мережі; принцип права приватного життя; принцип точного дотримання правил користування мережею; принцип недоторканності приватної власності на інформацію і дотримання норм авторського права; принцип доступності до інформації, який включає право кожного суб'єкта суспільства мати доступ до інформаційних технологій і будь-якої необхідної для нього інформації, дозволеної для доступу, у будь-який час і в будь-якому місці.

Свої власні специфічні принципи мають і решта інститутів інформаційного права (інститут доступу до інформації, інститут державної таємниці і т. д.).

Інформаційне право має свої власні інститути (інститут масової інформації, інститут документованої інформації, інститути інформації обмеженого доступу) (Інформаційне право (основи теорії і практики) [Текст]: монографія / В. С. Цимбалюк; НДЦ правової інформатики Акад. прав, наук України. – К.: «Освіта України», 2010. – 388 с.).

Не дослідженим на даний момент залишається питання класифікації принципів інформаційного права. В самому загальному визначенні класифікація – систематичний розподіл і упорядкування понять та предметів. Це явище розуміють як: а) особливий випадок застосування логічної опе-

рації розподілу об'єму поняття, який представляе собою певну сукушнсть ділень ; б) спосіб, який дозволяє надати певним об'єктам статус узагальненого за якою-небудь вибраною властивістю (підставою) класифікації ; в) розподіл об'єктів (явищ), які вивчаються якою-небудь наукою, за класами (групами) відповідно певним ознакам, які властиві одним об'єктам та відсутні у інших.

На нашу думку слід розглядати класифікацію з точки зору отримання результату. Класифікація як результат – це система знань, поняття якої мають значення упорядкованих класів, за якими здійснено поділ об'єктів конкретної предметної галузі на підставі їх єдності за певними властивостями . На нашу думку класифікація має 3 чітко визначені структурні елементи: а) сукупність встановлених груп подібних об'єктів; б) підстави, за якими об'єкти об'єднуються в групи; в) принцип або закон, згідно з яким всі групи з'єднуються, організовуються в єдину систему. На даний момент проблема класифікації принципів інформаційного права є досить актуальною. Серед українських вчених відповідне дослідження повязане з іменами знаних інформаційників: В. С. Цимбалюка, В. Д. Гавловського, В. В. Гриценка, Р. А. Калюжного, М. Я. Швеця та ін. Класифікація принципів інформаційного права дозволяє дослідити окремі з них, виявити їх переваги й недоліки, розробити практичні рекомендації або пропозиції удосконалення змісту окремих принципів. Виникає питания: який критерій слід покласти в основу систематизації принципів інформаційного права? На нашу думку, в основу класифікації треба покласти: а) сферу застосування; б) характер нормативних актів, в яких вони закріплені; в) приоритет інтересів.

Розглянемо кожну з класифікацій. Залежно від сфери застосування, у нормативно-правових актах інформаційного права загальновизнаною є класифікація принципів на загальноправові, міжгалузеві та галузеві. Цей підхід грунтується на виявлені істотних взаємозв'язків різних груп принципів через діалектику співвідношення таких філософських категорій, як «загальне» і «окреме». Суть цих взаємозв'язків у тому, що загальне існує через окреме, але повністю не поглинає його, оскільки окреме має у своєму змісті не тільки загальні, але й особливі риси (Антопольский А. А. Информационное общество: правовые вопросы социальных и демократических процессов в условиях использования информационных технологий (Ежегодный теоретический семинар) / А. А. Антопольский, М. В. Демьянец // Государство и право. – 2011. – № 8 (август). – С. 111-121.). Виходячи з цього, систему принципів інформаційного права, можемо назвати трирівневим утворенням, що включає: загальноправові, міжгалузеві й галузеві принципи. До загальноправових відносять принципи: право громадян на інформацію; справедливості, гуманізму та інші. Вони є абстракцією, яка конкретизується у міжгалузевих і галузевих принципах. Міжгалузеві принципи: гласності; національної мови, вирішення правових спорів; вер-

ховенство закону; безпосередність; презумпція невинуватості та інші. Галузеві принципи – це вільного доступу до інформації, повности обробки й оперативності надання інформації та інші. Загальноправові принципи є фундаментом, відповідно до якого повині бути визначені міжгалузеві і галузеві принципи, що відображають особливості інформаційного права як певної галузі права. На даний момент відбувається реформування українського законодавства відповідно до європейських стандартів, де людина, її права і свободи визнаються найвищою соціальною цінністю. Ця позиція чітко втілюється у системі загальноправових принципів. У зв'язку з цим нами вже була висловлена пропозиція щодо необхідності визначеності змісту та нормативного закріплення таких загальноправових принципів як справедливість та гуманізм, які є морально-правовими категоріями та найкращим чином відображають напрям розвитку інформаційної діяльності сьогодення.

Ткаля О. В.

ВСП «Миколаївський інститут права» Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ПРИНЦИП ГУМАНІЗМУ В АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНИХ ВІДНОСИНАХ

Під гуманізацією (гуманізмом) в науковій літературі розуміють – з лат. humanus – людський, людяний – один з принципів права в демократичній державі, за яким визнається цінність людини як особистості, її право на вільний розвиток і виявлення своїх здібностей, утвердження пріоритету блага людини як критерію оцінки суспільних відносин. У цьому розумінні право як регулятор суспільних відносин повинно бути загальною мірою свободи, рівності та справедливості, що реалізуються у правових нормах та практиці їх застосування.

Дослідження гуманізму, як загально-соціального, основоположного і загальноприйнятого принципу правотворення у справах про притягнення до адміністративної відповідальності, обумовлене його не визначеністю в адміністративно-деліктному законодавстві. Гуманістичний підхід до провадження у адміністративно-деліктному праві виражений безпосередньо в матеріальних та процесуальних нормах закону, але такий підхід слідує також із засад суспільного співіснування. Принцип гуманізму безпосередньо не виписаний в Кодексі України про адміністративні правопорушення, але він випливає зі змісту норм, якими регулюється провадження.

Дослідження процесу гуманізації саме адміністративно-деліктного законодавства на сьогодні не викликало великого резонансу серед вчених-юристів, а це, у свою чергу, має свій негативний вплив на всю право-

застосовну діяльність, на її результати та на ефективність застосування адміністративно-деліктних актів. Увага вчених приділяється даній проблемі фрагментарно, дослідження даної теми здійснювали такі вчені, як Демський Е., Забарний Г., Калюжний Р., Коваль Л., Коломоєць Т., Костенніков М., Коренєв А., Кураюнта А., Погорєлов Є., Федоров І., Шкарупа В.

Адміністративна відповідальність у структурі державного примусу посідає провідне місце, особливо з урахуванням правової реформи щодо гуманізації та декриміналізації юридичної відповідальності. Гуманізація юридичної (втому числі адміністративної) відповідальності – це визнання законодавцем протиправного діяння таким, що не має характеру суспільної небезпеки, а міра покарання може бути застосована без позбавлення волі правопорушника. Питання гуманізації (декриміналізації) відповідальності для вітчизняного законодавства і юриспруденції не нове. Ще за радянських часів законодавець намагався відокремити незначні правопорушення від злочинів з метою застосування заходів не пов'язаних з позбавленням волі (С. Ю. Беньковський. Принцип гуманізму, як загально соціальний принцип проваджень у справах про адміністративні правопорушення // Форум права. -2007. -№ 3. –С.44-47 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2007-3/07bsjpap.pdf).

Метою гуманізації адміністративної відповідальності є: уникнення зайвого застосування найсуворішого виду стягнення і заподіяння морально-психологічної травми, коли є можливість обмежитися заходами адміністративного впливу; уникнення складного і тривалого провадження, яке забирає багато часу і віддаляє відповідальність від часу вчинення протиправного діяння. Крім того, принцип гуманізму в адміністративно-деліктних відносинах означає, що держава має обирати такий напрям у застосуванні примусових заходів, позбавлень та обмежень, який відповідатиме інтересам і суспільства в цілому, і окремої особи. Закон же вимагає опосередковано виходити з інтересів потерпілої особи та суспільства. Тобто держава, беручи під адміністративно-правову охорону ті чи інші суспільні відносини, все ж таки до певної міри виходить із інтересів особи, як члена суспільства. Таким чином, визначаючи поняття гуманізму у адміністративно-деліктних відносинах, слід обов'язково вказати на те, що обраний захід адміністративно-правового впливу повинен бути справедливим. Інакше без досягнення справедливості не можна досягти ні гуманізму, ні попередження вчинення правопорушень, оскільки тоді йтиметься вже не про гуманізм, а про відсутність карального значення адміністративної відповідальності.

Для цього законодавець задіяв різні юридичні механізми, а саме в порядку: 1. Відокремлення адміністративних правопорушень від кримінальних шляхом встановлення цілі заподіяної шкоди, перевищення якої кваліфікується як злочин; 2. Визначення певного конкретного кола дій, що порушують суспільні відносини, або шляхом встановлення мети вчи-

нення порушення; 3. Встановлення в кримінальному законі мети, з якої настає кримінальна відповідальність; 4. Зміни об'єкта посягання (охоронюваних суспільних відносин); 5. Встановлення кваліфікаційних ознак, за якими визначається розмір заподіяної шкоди, що впливає на кваліфікацію правопорушення за ознаками адміністративної або кримінальної відповідальності; 6. Прямого скасування кримінальної відповідальності і встановлення адміністративної відповідальності за певні види правопорушень (Демський Е. Ф. Гуманізація відповідальності та механізми її реалізації: матеріальні та процесуальні засади. // Вісник Запорізького національного університету. – 2012, № 1(II). – с. 78-83).

Враховуючи вище зазначене можна виділити основні напрями гуманізації адміністративно-деліктної політики держави. А саме, докорінна перебудова адміністративного законодавства, що полягає у приведенні його у відповідність з новими суспільними відносинами, тобто з реаліями життя; формування умов для створення правової держави, в тому числі і в частині, що стосується адміністративного права; встановлення оптимального співвідношення міри адміністративно правових заходів протидії протиправної поведінки в нових соціально-економічних умовах; декриміналізація діянь, що раніше визнавалися злочинами, тобто усунення кримінальної відповідальності, або переведення їх в розряд адміністративних проступків; депеналізація діянь, тобто скасування окремих видів стягнень або пом'якшення суворості стягнень за окремі види адміністративних правопорушень, введення більш м'яких заходів адміністративного впливу; зміна і уточнення норм Загальної та Особливої частин адміністративного законодавства тощо.

Боднарук Ю. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного і фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

ПЕВНІ НЕДОЛІКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ ПОДАТКОВОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА

Проблема визначення ролі і уніфікації правового статусу представників платників різних видів податків знайшла своє вирішення в Податковому кодексі. Зокрема, ст.19 ПК встановлено, що платник податків веде справи, пов'язані зі сплатою податків, особисто або через свого представника. Особиста участь платника податків в податкових відносинах не позбавляє його права мати свого представника, як і участь податкового представника не позбавляє платника податків права на особисту участь у таких відносинах. Представниками платника податків визнаються особи, які можуть здійснювати представництво його законних інтересів та ведення справ, пов'язаних із сплатою податків, на підставі закону або довіреності.

ПК України вказує лише на дві підстави представництва – закон та довіреність. При цьому, по-перше, слід відзначити розходження з підставами виникнення представництва в цивільному, цивільному процесуальному праві та інших галузях, де підставою відносин представництва визнається не довіреність, а договір (зокрема, договір доручення) між представником та довірителем, а довіреність є лише документом, що посвідчує повноваження представника перед третіми особами, вона є результатом, інструментом представництва, а не його підставою. Таким, чином, вказівка в ПК України на довіреність як на підставу уповноваженого представництва є некоректною. Як і в цивільних правовідносинах, представник платника податків добровільно укладає з платником податків (довірителем) договір доручення в усній чи письмовій формі, вже на підставі якого видається довіреність. По-друге, не врегульованим залишається питання підстав представництва юридичних осіб в податкових правовідносинах, що багатьом вченим дає підстави відносити цей вид до законного представництва. Деякими положеннями ПК України передбачено, що ті чи інші дії від імені юридичної особи платника податку (податкового агенту) здійснює її керівник (в окремих випадках – ще й особа, відповідальна за ведення бухгалтерського обліку на підприємстві). В той же час, в більшості випадків для юридичних осіб приватного права, визначення особи керівника підприємства, організації відбувається не на підставі нормативного акту (закону), а на підставі установчих документів такої юридичної особи (статут, установчій договір) чи на підставі розпорядчого акту юридичної особи (наприклад, наказ про покладення обов'язків керівника на його заступника на час відсутності керівника). Представляється, що ст.19 ПК України необхідно доповнити положенням про включення акту органу юридичної особи як підстави податкового представництва юридичних осіб.

Уповноважене податкове представництво за певних умов може бути формою надання правової допомоги довірителю (зокрема, коли адвокат представляє інтереси платника податку в суді в рамках податкового спору).

Серед законних представників платника податку звичайно виділяють таких осіб: батьки, усиновитель, опікун, піклувальник, або особа, призначена органом опіки та піклування при безвісній відсутності фізичної особи, або визнанні її недієздатною, або інша особа за наявності в неї документів, що підтверджують її відповідні повноваження.

Слід зупинитись на деяких неузгодженостях діючого законодавства щодо реалізації функцій представника в рамках процедури податкового декларування із загальною конструкцією представництва. Так, зокрема, п.48.5.2 ст.48 ПК України встановлено, що податкову декларацію може бути підписано від імені фізичної особи-платника податку лише самою такою фізичною особою або її законним представником. Виключення з числа цих осіб уповноваженого представника виглядає невиправданим та

взагалі принижує в цій частині функціональний потенціал інституту уповноваженого представництва в податкових правовідносинах. Пропонуємо внести зміни до ПК України, якими дозволити підписувати і подавати декларацію від імені фізичної особи-платника уповноваженому представнику, передбачивши приєднання до декларації оригіналу або належним чином завіреної копії довіреності представника.

Друге, п.47.1.2. ст.47 ПК України передбачено, що відповідальність за неподання, порушення порядку заповнення документів податкової звітності, порушення строків їх подання контролюючим органам, недостовірність інформації, наведеної у зазначених документах, несуть, зокрема, фізичні особи – платники податків та їх законні чи уповноважені представники у випадках, передбачених законом.

Принциповою, на наш погляд, неточністю законодавця є те, що він покладає (як мінімум припускає можливість) відповідальність за виконання податкового обов'язку на уповноваженого представника в той час, як загальновідомо, що конструкція представницьких відносин у всіх галузях передбачає створення чи настання правових наслідків лише для довірителя. Більше того, використання сполучника «та» означає, що притягатися до відповідальності мають і самі платники і їх законні/уповноважені представники, що виходить за межі конституційних приписів про індивідуальний характер юридичної відповідальності (ст.61 Конституції України).

Статус представника платника податків багато в чому є схожим зі статусом податкового агента. Втім, більше спільного простежується між податковим агентом та законним представництвом, оскільки і в першому, і в другому випадку «представницькі» функції покладаються законом. Покладення функцій податкового агента шляхом уповноваження платником податку, наприклад, коли такі функції обумовлюються відповідною угодою (п.170.10.5 ст.170 ПК України) є винятком з правила.

В цьому світлі недоречним є формулювання п.17.1.2 ст.17 ПК України щодо того, що платник податків має право представляти свої інтереси в контролюючих органах самостійно, через податкового агента або уповноваженого представника. Ніякої диспозитивності щодо вибору податкового агента та випадків його «втручання» в механізм сплати податку у платника податків не має, на відміну від свободи дієздатного платника обирати собі представника та визначати коло його повноважень, строк їх дії тощо.

Інші принципові характеристики, що розмежовують фігури цих учасників податкових правовідносин, наступні.

По-перше, дії податкових представників створюють правові наслідки, чи виключно для осіб, яких вони представляють (платники податків), чи для них та для себе у випадку солідарної відповідальності законних представників – батьків (усиновителів тощо – п.99.2 ст.99 ПК України), тобто і за податкові правопорушення (неналежні дії податкових

представників) відповідають переважно платники податків. Податкові ж агенти самостійно несуть відповідальність за свої дії чи бездіяльність (п.176.2 ст.176 ПК України).

По-друге,«класичні» податкові агенти (особи, на яких покладаються усі функції податкових агентів) пов'язані з платниками не тільки виконанням певних дій в межах оподаткування, вони перебувають з платниками в цивільно-правових, господарських, трудових чи інших правовідносинах, які обумовлюють необхідність сплати платникам податку певного доходу і виконання функції з утримання частини такого доходу в якості податку (вже в рамках податкових відносин). Представники ж платників податків ніяких доходів платникам не сплачують і відповідно не здійснюють утримання частини цього доходу як податку.

Нестеренко А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного та фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

РОЛЬ БЮДЖЕТУ ЯК ФІНАНСОВОЇ БАЗИ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ У ФІНАНСОВІЙ СИСТЕМІ

Значна кількість вчених, які розглядали фінансову систему, підкреслювали, що центральне місце у фінансовій системі країни належить бюджетній системі, за допомогою якої формуються фонди грошових коштів державних та інших утворень. Усі ланки фінансової системи так чи інакше пов'язані з бюджетною системою. Як справедливо зазначають автори навчального посібника з фінансового права України (Фінансове право України: навч.посіб. (для студ.навч.закл.) / Л. К. Воронова, Н. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін. – К.: Правова єдність, 2009. – С.143), центральною ланкою фінансової системи держави виступає бюджетна система, що складається з державного та місцевих бюджетів.

Державний бюджет є основним фінансовим планом, у якому відображається економічна діяльність держави. У такому розумінні державний бюджет посідає роль і форми реалізації закріплених за державою функцій. Фактично бюджет, який являє собою баланс доходів і видатків, відображає соціально-економічну, міжнародну, управлінську, оборонну та фінансову політику (Білінський Д. О. Про значення державного бюджету для функціонування фінансової системи // Право та державне управління, № 2(7), 2012. – С.25).

Таким чином, це викликає необхідність дослідження бюджету, як фінансової бази діяльності держави, що обумовлює актуальність теми, особливо стосовно його ролі в забезпеченні діяльності держави та місця у фінансовій системи. І хоч багато наукових досліджень присвячено бю-

джетній сфері, постійна дефіцитність бюджетної системи змушує знову і знову звертатись до цієї теми, яка залишається вельми актуальною.

Значення державного бюджету зумовлено не лише обсягом коштів, які зосереджено в ньому. У безпосередньому взаємозв'язку з бюджетом і під його впливом функціонують усі інші ланки фінансової системи. Наявність бюджету створює можливість для маневрування при розподілі коштів на потреби суспільства з урахуванням їхньої пріоритетності протягом певного проміжку часу (Білінський Д. О. Про значення державного бюджету для функціонування фінансової системи // Право та державне управління, № 2(7), 2012. – С.27).

Більшість вчених зазначають, що перше призначення державних фінансів – фінансування механізму реалізації сукупних потреб громадян, по друге – розподіл або перерозподіл значної частини ВВП між фізичними особами. Саме тому вони представляють головну ланку структури фінансової системи (Кузнецова Е. И. Финансы. Денежное обращение. Кредит: учеб. Пособие для студентов вузов, обучающихся по направлениям экономики и менеджмента. / Е. И. Кузнецова. – ЮНИТИ – ДАНА, 2012. – С.239).

Слід погодитися з Е. Д. Соколовою (Соколова Э. Д. Правовые основы финансовой системы России (текс)/ Э. Д. Соколова; отв.ред. Е. Ю. Грачева. – М.:Юриспруденция, 2006. – С.105), яка зазначає, що найважливіше призначення державного бюджету – це створення матеріальної основи для реалізації державою своїх функцій: економічної, соціальної, політичної та оборонної.

Економічне оновлення об'єктивно потребує змінення державного бюджету як основного важеля ефективного розвитку господарства країни, що прагне до соціально орієнтованої економіки. Акумуляція в бюджетній системі значних грошових фондів створює можливість для забезпечення рівномірного розвитку економіки та культури на всій території країни.

Соціально-економічна роль бюджету має бути підпорядкована рішенню головної задачі сьогоднішнього етапу розвитку Української держави – здійсненню структурної перебудови економіки з перекладом її на ринкові стосунки при забороні і пом'якшені кризових і інфляційних процесів в перехідний період.

Саме в цій ланці фінансової системи зосереджується найбільші доходи та найважливіші з політичної й економічної точки зору загальнодержавні видатки. В державному бюджеті органічно пов'язані основні фінансові інститути – податки, позики, видатки.

Також роль бюджету як фінансової бази діяльності органів влади визначається системою господарювання, прийнятою в країні; завданнями, що вирішуються суспільством; історичними і національними традиціями.

Проведення реформування у бюджетній системі вкрай необхідні молодій державі Україні. Так необхідно зосередитись на наступних пропозиціях:

– питання розподілу повинні вирішуватися на основі принципу оптимізації. Оптимальною визнається така зміна, при якому підвищується рівень добробуту хоч би для одного учасника економічного процесу, але при цьому не допускається зниження рівня добробуту жодного з інших. Витрати для кожного індивіда окремо повинні врівноважуватися придбаннями;

– в даний час стоїть питання про роботу над трилітнім бюджетом. Краще було б мати горизонт фінансового планування від 5 до 7 років, що обумовлене особливостями держави;

– актуальною також є розробка системи фінансового вирівнювання, спрямованої на формування рівноцінного фінансового потенціалу окремих регіонів та населених пунктів. Функція забезпечення надання тих чи інших публічних (соціальних) послуг та відповідні видаткові повноваження мають надаватися лише тим адміністративно-територіальним одиницям, які охоплюють не менше визначеної законодавством кількості населення станом на 1 січня року, що передує плановому;

– необхідно зробити перехід від системи «управління витратами» до системи «управління результатами», яка має на увазі підвищення ефективності формування та використання бюджетних коштів в інтересах суспільства;

– у процесі поглиблення бюджетних реформ слід значно більше уваги приділяти проблемам забезпечення економічного зростання держави (а саме виробничої сфери).

Сідор М.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри адміністративного і фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД УЧАСНИКІВ БЮДЖЕТНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ

У відповідності до ч. 3 ст. 19 чинного Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. учасниками бюджетного процесу є органи, установи та посадові особи, наділені бюджетними повноваженнями (правами та обов'язками з управління бюджетними коштами). Під управлінням бюджетними коштами законодавець розуміє сукупність дій учасників бюджетного процесу відповідно до його повноважень, пов'язаних із формуванням та використанням бюджетних коштів, здійсненням контролю за дотриманням бюджетного законодавства, яких спрямовано на досягнення

цілей, завдань і конкретних результатів своєї діяльності та забезпечення ефективного, результативного і цільового використання бюджетних коштів. Вбачається, що таке формулювання поняття «учасники бюджетного процесу» і поняття «бюджетні повноваження» не є чіткими, і не дають змоги повністю окреслити коло учасників бюджетного процесу.

Основним критерієм виокремлення тих чи інших суб'єктів як учасників бюджетного процесу є наявність у них бюджетних повноважень. Особливістю бюджетних повноважень є те, що вони розглядаються як комплексний інститут, що визначається не лише нормами бюджетного права, але й нормами інших галузей права.

Відповідно до Бюджетного кодексу України під бюджетними повноваженнями розуміються права та обов'язки з управління бюджетними коштами. Повноваження – це система прав та обов'язків, набутих у легітимний спосіб державою, місцевим самоврядуванням, державними органами й органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, іншими суб'єктами правовідносин з метою забезпечення можливостей, потреб та інтересів людини і громадянина, окремих соціальних груп та суспільства в цілому (Голосніченко Д.І. Теорія повноважень: вітчизняний та зарубіжний досвід їх формування: монографія, К., 2009, с. 54). Повноваження необхідно розмежовувати з компетенцією. Ю. О. Тихомиров вважає, що встановлення компетенції – це нормативне закріплення предметів відання, прав і обов'язків (Тихомиров Ю. А. Курс административного права и процесса, М., 1998, с. 218). Тобто компетенція охоплює собою предмет відання, права та обов'язки (повноваження), що знайшли своє закріплення у нормативно-правових актах. Слід також зазначити, що повноваження можуть існувати й поза компетенцією, оскільки компетенція – це якісна категорія, яка застосовується щодо органів державної влади чи місцевого самоврядування. Окрім органів є й інші суб'єкти, які наділені повноваженнями, але не наділені компетенцією.

Більш детального дослідження потребує також визначення управління бюджетними коштами, оскільки визначення, яке закріплене п. 49 ст. 2 Бюджетного кодексу України, зводить управління лише до стадії виконання бюджету, на якій здійснюється формування та використання бюджетних коштів. Під управлінням у загальному вигляді розуміють організуючий вплив на певні процеси, певні сфери суспільного життя. Цей вплив має свідомий, цілеспрямований характер (Административное право Украины : учебник / Под общ. ред. С. В. Кивалова, 2004, с. 167). Управління є сукупністю скоординованих заходів, спрямованих на досягнення певної мети, тобто управління спрямовано на впорядкування взаємозв'язків і взаємодії певної кількості елементів або складових. Упорядкування взаємозв'язків між елементами досягається шляхом взаємодії суб'єкта управління та об'єкта управління в межах проходження управлінського

циклу. До функцій управління належать планування, прогнозування, організація, координація, регулювання і контроль (Бахрах Д. Н. Основные понятия теории социального управления, 1978, с. 74).

Отже, під управлінням бюджетними коштами вбачається за доцільне розуміти сукупність дій учасників бюджетного процесу щодо планування майбутнього надходження та витрачання бюджетних коштів, щодо організації та регулювання мобілізації бюджетних надходжень, використання бюджетних коштів, щодо здійснення бюджетного контролю за дотриманням бюджетного законодавства та спрямовані на цільове, ефективне та раціональне використання бюджетних коштів.

Найчастіше поняття «суб'єкти бюджетних правовідносин» та «учасники бюджетних правовідносин (учасники бюджетного процесу)» ототожнюються. Але, виходячи з теоретичної та практичної точки зору, це два різних поняття, які найчастіше характеризують одного й того ж суб'єкта, тобто найчастіше складається ситуація, коли певний суб'єкт є одночасно і учасником і суб'єктом бюджетних правовідносин, що й обумовлює це ототожнення. Але інколи складається ситуація, коли суб'єкти бюджетних правовідносин не є учасниками цих бюджетних правовідносин, як і не завжди учасники бюджетних правовідносин є суб'єктами цих правовідносин. Учасникам бюджетних правовідносин притаманні такі ознаки: беруть участь у розподіленні доходів та видатків між бюджетами; отримують з бюджету грошові кошти у формі фінансування; беруть безпосередню участь у будь-якій із стадій бюджетного процесу як сторона правовідносин. Але слід зазначити, що наявність всіх ознак у певного учасника бюджетного процесу є не обов'язковою.

До безпосередніх учасників бюджетного процесу, через діяльність яких відбувається реалізація бюджетних повноважень держави, можна зарахувати Верховну Раду України, Комітет Верховної Ради України з питань бюджету як профільний комітет Верховної Ради України, Президента України, Кабінет Міністрів України, Рахункову палату, Міністерство фінансів України, Міністерство доходів та зборів України, Державну казначейську службу України, Національний банк України, Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, Державну фінансову інспекцію України, Державну службу статистики України, державні публічні цільові фонди, органи представницької та державної влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, місцеві державні адміністрації, головні розпорядники та розпорядники бюджетних коштів всіх рівнів, із включенням до їх структури бюджетних установ та одержувачів бюджетних коштів.

Яцкін Р. О.
Прокурор прокуратури Шевченківського району м. Києва

БЮДЖЕТНИЙ КОНТРОЛЬ ЯК РІЗНОВИД ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ

Державний контроль є неминучою й необхідною умовою ефективного функціонування економічної системи будь-якої держави. З погляду соціального управління публічний контроль визначається як спостереження з метою перевірки виконання законів, постанов, управлінських рішень тощо, з чого можна зробити висновок про те, що контроль у цілому є не що інше, як здійснення функції управління, суть якої полягає в тому, щоб перевіряти, спостерігати, відстежувати те чи інше явище.

Контроль здійснюється з метою спостереження й охоплює собою збір даних і передачу інформації в компетентні органи державної влади про результати контрольних заходів, які націлені на те, щоб виявити причини виявлених відхилень і визначити шляхи їх усунення для ефективного функціонування органів державної влади. Таким чином, специфіка контролю як функції управління полягає в тому, що його проводять усі органи держави (Воронова Л. К. Фінансове право України: Підручник. – К.: Прецедент; Моя книга, 2006. – С. 45).

Однією зі складових такого контролю виступає державний фінансовий контроль, тобто встановлена фінансово-правовими нормами система здійснюваних органами публічної влади контрольних заходів, спрямованих на моніторинг і забезпечення дотримання узаконених інтересів держави у фінансовій сфері.

Фінансово-контрольна діяльність націлена на виявлення всіх випадків порушень фінансової дисципліни, під якою розуміють встановлений фінансовим законодавством порядок утворення, розподілу і використання грошових фондів держави, органів державної влади і місцевого самоврядування.

З юридичного погляду, державний фінансовий контроль включає норми, що регулюють суспільні відносини з приводу здійснення фінансового контролю в ході бюджетної, податкової й валютної діяльності держави і органів місцевого самоврядування. При цьому комплексний характер вказаного фінансово-правового інституту полягає в тому, що в нього включаються норми різних підгалузей фінансового права. Наприклад, правові норми, що регулюють фінансовий контроль у сфері оподаткування, – податковий контроль, є складовою податкового права. У свою чергу, правові норми, що регулюють фінансовий контроль у валютній сфері, – валютний контроль, як правило, включаються у фінансово-правовий інститут валютного регулювання і т. д.

Метою державного фінансового контролю є забезпечення законності та ефективності використання державних бюджетних фінансових коштів.

У зв'язку із цим основними його завданнями є: організація та здійснення контролю над своєчасним виконанням доходних і видаткових статей Державного бюджету за обсягами, структурою та цільовим призначенням; визначення ефективності та доцільності витрат державних коштів; оцінка обґрунтування дохідних і видаткових статей Державного бюджету; фінансова експертиза проектів державних законів, а також нормативних правових актів органів державної влади, що передбачають витрати, які покриваються за рахунок коштів держбюджету або які впливають на формування та виконання Державного бюджету; аналіз виявлених відхилень від встановлених показників держбюджету та підготовка пропозицій, спрямованих на їх усунення, а також на вдосконалення бюджетного процесу в цілому; забезпечення надходжень до дохідної частини державного бюджету податкових, митних та інших платежів; контроль за реалізацією механізму міжбюджетних відносин; виявлення фінансових зловживань у сфері бюджетних і міжбюджетних відносин.

Призначення державного фінансового контролю – сприяння успішній реалізації державної політики в усіх сферах державного управління, забезпечення законності під час мобілізації фінансових ресурсів до відповідних фондів, їх розподіл відповідно до потреб, сприяння ефективному, цільовому та результативному використанню коштів, запобігання та усунення помилок у фінансовій сфері (Монаєнко А. О. Бюджетне право України: Навч. посіб. – Запоріжжя: КПУ, 2009. – С. 255).

Крім того, однією з найважливіших складових державного фінансового контролю виступає бюджетний контроль, або, як його також називають, фінансовий контроль у бюджетній сфері, що є державним і муніципальним фінансовим контролем за виконанням відповідних бюджетів (Державного та місцевих бюджетів). Вказаний вид державного фінансового контролю є різновидом фінансової діяльності держави, здійснюється як органами державної влади загальної компетенції, так і спеціальними контрольними органами й полягає в перевірці законності та доцільності здійснюваної на території держави бюджетної діяльності.

Таким чином, бюджетний контроль є врегульованою нормами бюджетного права системою ревізійно-правових заходів, спрямованих на перевірку законності й доцільності здійснюваної в державі бюджетної діяльності.

Існує три форми фінансового контролю в бюджетній сфері, що здійснюється органами публічної влади: попередній контроль – здійснюється в ході обговорення та затвердження проектів законів (рішень) про бюджет і інших проектів законів (рішень) з бюджетно-фінансових питань; поточний контроль – здійснюється в ході розгляду окремих питань виконання бюджетів на засіданнях комітетів, комісій, робочих груп законодавчого органу влади, органів місцевого самоврядування в ході слухань і у зв'язку з депутатськими запитами та зверненнями; подальший контроль – має місце в ході розгляду і затвердження звітів про виконання бюджетів.

Зіневич О. Л.
Верховна Рада України, помічник народного депутата України

ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ КАЗНАЧЕЙСЬКОГО УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНИМИ ФІНАНСАМИ

Державна казначейська служба України (далі – Казначейство України) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів України. Казначейство України входить до системи органів виконавчої влади та утворюється для реалізації державної політики у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів. Казначейство України є учасником системи електронних платежів Національного банку України (Положення про Державну казначейську службу України, затверджене Указом Президента України від 13 квітня 2011 року № 460/2011).

В умовах глобалізації економіки наявність ефективної системи управління державними фінансами має фундаментальне значення для забезпечення стабільності національної бюджетної системи, а також загальної фінансової безпеки та стійкого економічного зростання кожної країни. Вона займає провідне місце в системі державного управління. Принципи і механізми, що лежать в її основі, є, з одного боку, фактором соціально-економічного розвитку країни, з іншого, – ефективним інструментом державного регулювання (Стратегія модернізації системи управління державними фінансами схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2007 р. № 888-р).

Цілеспрямована й узгоджена політика держави щодо казначейського обслуговування бюджетних коштів через центральний орган виконавчої влади, що реалізує зазначену політику, має на меті державний контроль за станом фінансів, їх ефективним використанням під час реалізації завдань і функцій держави.

У процесі управління державними фінансами доцільно виокремити декілька основних етапів: прогнозування, стратегічне, тактичне, цільове, директивне планування, оперативне управління та контроль.

Казначейство України виконує свої функції переважно на стадіях директивного та оперативного контролю. Його завдання полягає у забезпеченні неухильного дотримання фінансових призначень, передбачених органами державної влади на стадіях стратегічного, тактичного та цільового планування.

Ефективність казначейського обслуговування державних фінансів залежить від повноти дотримання принципів ефективного управління – законності, методологічності, послідовності, раціональності та практичності. Якість управління, у свою чергу, визначається інформаційною достовірністю, функціональною доцільністю та рівнем технологічного забезпечення.

Максимальних показників ефективності казначейського обслуговування бюджетних коштів можна досягти за умови унеможливлення їх витрачання не за цільовими програмами, нераціонального використання, що призводить до додаткових витрат державного бюджету.

Ефективність казначейського обслуговування бюджетних коштів залежить від багатьох факторів та умов, що становлять та забезпечують процес управління, а також визначають його результат.

До таких факторів, зокрема, можна віднести:

1. Правове забезпечення – нормативно-правове закріплення статусу Казначейства України та його територіальних органів, визначення функцій, сфери та компетенції їх діяльності.

2. Нормативно-методологічне забезпечення – норми, способи і методи реалізації функцій, виконуваних, органами Казначейства України з коштами державного бюджету, описані у методичних вказівках, інструкціях, положеннях і правилах.

3. Злагоджена взаємодія суб'єктів управління – чіткий розподіл повноважень та відповідальності на засадах, визначених нормативно-правовими актами, між усіма державними органами, які беруть участь у процесі управління державними фінансами.

4. Централізація казначейських рахунків – функціонування єдиного казначейського рахунку, що є основним рахунком держави для проведення фінансових операцій та ефективного управління коштами державного і місцевих бюджетів через систему електронних платежів Національного банку України.

5. Повнота казначейського обслуговування – управління усіма надходженнями та витратами бюджетів (державного й місцевих), що здійснюються відповідно до нормативно-правових актів.

6. Оперативність і надійність бюджетних платежів – наявність єдиного казначейського рахунку забезпечує оптимальні можливості для своєчасного прийняття представниками законодавчої та виконавчої влади оперативних рішень щодо забезпечення виконання бюджетів, ефективного управління державними фінансами.

7. Інформаційно-технічне забезпечення – застосування казначейської системи обслуговування Державного бюджету України можливе лише за умови застосування сучасних інформаційно-обчислювальних технологій, що передбачає використання комп'ютерної техніки і відповідних програмних продуктів.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що наразі завдання Казначейства України полягає у забезпеченні, незважаючи на фінансово-політичну ситуацію, максимальної ефективності та оперативності управління державними фінансами за допомогою інструментів фінансового реагування та із застосуванням можливостей новітніх інформаційних технологій.

Хохуляк В. В.
Чернівецький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри конституційного, адміністративного і фінансового права, кандидат юридичних наук, доцент

ВПЛИВ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ ПОГЛЯДІВ ДЕРЖАВНИХ ДІЯЧІВ ПЕРШОЇ ПОЛОВИНИ XIX СТ. НА РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ПУБЛІЧНИХ ФІНАНСІВ

Специфіка історичного процесу зародження та становлення науки фінансового права вказує на те, що важливу роль у розвиткові фінансово-правової теорії відіграють практичні положення, які реалізовувались державними діячами у сфері публічних фінансів. Зокрема, вагомий внесок у розвиток вітчизняної фінансово-правової науки здійснили такі видатні державні діячі минулого, як М.М. Сперанський, М.А. Балудянський, М. С. Мордвинов, Є.Ф. Канкрін, М.Х. Бунге, С.І. Вітте та цілий ряд інших. З моменту виокремлення науки фінансового права як самостійної, відносно відокремленої галузі знань, об'єктивною основою її розвитку були еволюція грошового господарства та зміна сутності, форм організації та ролі публічних фінансів, реформування фінансової системи держави. Особливою проблемою при здійсненні теоретичних досліджень на момент становлення вітчизняної фінансово-правової науки у вказаний історичний період було визначення її змісту та відмежування від економічної фінансової науки й історії фінансів.

Вагомий внесок у розвиток вітчизняної фінансово-правової науки здійснив один з найвидатніших державних діячів в історії Російської імперії М.М. Сперанський. Будучи теоретиком і практиком реформування системи державного управління, М.М. Сперанський також керував розробкою програми покращення управління фінансів, що було зумовлено насамперед гострою необхідністю застосування термінових заходів щодо нормалізації фінансової системи держави. Дана програма відома під назвою «План фінансів», мала велике значення для подальшого розвитку державної фінансової системи, а її подальше втілення – і в теорії фінансового права.

На нашу думку, ключовими положеннями «Плану фінансів», які означили вектори майбутньої фінансової теорії і політики були наступні: надати бюджетну силу закону і встановити публічний порядок його встановлення і виконання; ввести у практику принцип раціонального використання державних доходів; встановити доходи держави шляхом систематизації діючих і впровадження нових податків шляхом їх законодавчого закріплення; реформувати грошову систему.

Погляди та ідеї М.М. Сперанського відіграли важливу роль у розвиткові теоретичних основ бюджетного законодавства Російської імперії. При цьому, він був прихильником практики розподілу і групування

державних видатків відповідно до певних груп державних доходів, яка існувала в Росії з часів Петра І. На його думку, всі джерела державних доходів і всі державні видатки повинні обліковуватись одним державним органом (управлінням). «Для того ж, щоб таке управління діяло з успіхом, всі доходи і видатки повинні запроваджуватись щорічним кошторисом (бюджетом) у особливо встановленому порядку. Там де немає кошторису чи річного фінансового закону або де цей закон не виконується, там не може бути істинного управління фінансами» (Сперанский М. М. План финансов / М. М. Сперанский М. М. // У истоков финансового права / под ред. А.Н. Козырина. (Золотые страницы финансового права России; Т. 1). – М.: Статут, 1998. – С. 92). Таким чином, фактично вперше у вітчизняній фінансово-правовій науці і практиці було обґрунтовано положення про необхідність надати бюджетну силу закону та виконувати даний закон задля ефективного управління фінансами держави. Сформульована М.М. Сперанським схема управління державними фінансами і в сучасних умовах зберігає власне практичне значення.

Характеризуючи роль фінансово-правових ідей М.М. Сперанського на розвиток науки фінансового права, не можна залишити без уваги постать його ідейного сподвижника та соратника у сфері фінансів М.А. Балудянського. У 1809 році М.А. Балудянський очолив четвертий відділ при Комісії складання законів, одночасно входячи до складу співробітників п'ятого відділу Міністерства фінансів. За результатами роботи в даних структурах, М.А. Балудянський підготовлений та поданий до ознайомлення М.М. Сперанському план реорганізації фінансів Росії відомий в історії під назвою «Система Михайла Балудянського» (Верхола М., Дубовицкая Л. Вклад первого ректора Санкт-Петербургского университета Михаила Балудянского в развитие науки и образования / Михал Вархола, Ленка Дубовицка // Збірник наукових праць Кам'янець-Подільського національного університету імені Івана Огієнка. Серія педагогічна. – 2009. – Випуск 15. – С. 190). Саме даний документ став теоретичною основою затвердженого Державною радою у 1810 році «Плану фінансів» М.М. Сперанського.

Період роботи М.А. Балудянського в Комісії зі складання законів був також найбільш плідним у його науковій діяльності. Як випливає з тексту записки, підготовленої до подання міністру фінансів Д.О. Гурьєву, у вказаний період М.А. Балудянським виконані такі праці: 1) план і проект зведення положень публічного права; 2) проект реорганізації міністерств; 3) об'ємний науковий твір з політичної економії і фінансів (у 8 томах); 4) проект фінансових перетворень та його теоретичне обґрунтування, що був затверджений у 1810 році – «Система Н. Балудянського»; 5) дослідження монетної системи; 6) доповідні записки про банки, фінансове управління головних держав Європи та про поземельний податок; 7) проекти обігу паперових грошей в прикордонних територіях Російської імперії, а також інші проекти, що вимагали законодавчого розгляду (Хохуляк В. В. Про-

екти комплексного реформування системи державних фінансів М. А. Балудянського та їх вплив на становлення вітчизняної науки фінансового права / В.В. Хохуляк // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2012. – Вип. 20. – Ч. 1. – Т. 3. – С. 234).

Таким чином, одним з ключових факторів розвитку науки фінансового права є вивчення та теоретичне осмислення сучасними дослідниками наукової спадщини державних та політичних діячів у сфері публічних фінансів. Сформульовані ними глибокі теоретичні положення не тільки заслуговують окремого місця на сторінках історії науки фінансового права – вони зберігають вагому наукову та практичну значимість і в наш час.

Білінський Д. О.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», асистент кафедри фінансового права, кандидат юридичних наук

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ФІНАНСОВА СИСТЕМА»

Чинне законодавство не містить визначення поняття фінансова система». Проте, вказаний термін використовувався в законодавстві України. Так, Законом «Про економічну самостійність Української РСР» (ч. 1 ст. 5) було встановлено, що «Українська РСР має власну фінансову систему» (Про економічну самостійність Української РСР : Закон УРСР // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1990. – № 34. – Ст. 499) . Дещо пізніше, після внесення змін до Закону Україні «Про бюджетну систему України» від 29 липня 1995 р., законодавче закріплення отримало поняття «ланка фінансової системи», адже ст. 23 зазначеного Закону «Взаємовідносини бюджетів з іншими одиницями фінансової системи» встановлювалось, що бюджет є складовою фінансової системи Україні. Крім того, цією ж статтею було закріплено принцип законодавчого регулювання взаємовідносин бюджету з іншими ланками фінансової системи (Про бюджетну систему України: Закон України (у ред. від 29 черв.1995 р.) // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1995. – № 26. – Ст. 195.).

Відсутність законодавчого визначення поняття «фінансова система» спонукає звернути увагу на погляди вчених щодо цієї категорії. Слід зауважити, що на сучасному етапі розвитку фінансово-правової науки дослідження сутності фінансової системи привело до виділення декількох підходів щодо характеристики її змісту.

Так, фондовий підхід передбачає класифікацію складових фінансової системи на підставі диференціації фондів коштів, які обслуговують рух публічних грошей. У цій ситуації до складу фінансової системи як складові належать бюджети, позабюджетні фонди, фінанси державних підприємств і т.д. Кожній із публічних грошових фондів є не тільки сукупністю коштів, а насамперед фінансовим інститутом, що поєднує спе-

цифічний вид фінансових відносин із приводу формування, розподілу й використання даного грошового фонду. Тобто цей підхід тісно пов'язаний з наступним – інституційним.

Інституційний підхід до структурування фінансової системи передбачає фактично виділення на перший план інститутів фінансово-правової галузі. Складовими фінансової системи є: бюджетна система, кредитна система, обов'язкове державне страхування, фінанси підприємств.

Ще одним досить поширеним є посуб'єктий підхід до структурування фінансової системи, що передбачає виділення органів, за якими закріплюється управління відповідною структурною одиницею цієї системи. Аналізуючи вказаний підхід О. А. Лукашев (Теоретичні проблеми системи фінансового права : монографія /О. А. Лукашев. – Х. : Право, 2010. – с. 103) зазначає, що окремими учасниками таких відносин виступають бюджети (державний та місцевий), позабюджетні та страхові фонди і т.д. Певні зауваження викликає виокремлення бюджету як учасника відносин. Оскільки, згідно ч. 1 ст. 2 Бюджетного кодексу України поняття «бюджет» визначається як план формування та використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються відповідно органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду. Якщо як суб'єктів виокремлювати власників грошових коштів, регулювання яких здійснюється в межах фінансової системи, то ми повинні виділити лише двох: державу та територіальні громади. Безумовно,що серед них можлива і подальша деталізація, тому що державу у цій ситуації мають представляти низка органів, які обслуговують рух фондових коштів. Те саме йдеться і про рух місцевих фінансів. Ми погоджуємося з тим, що системного погляду на структурування фінансової системи ця концепція, на наш погляд, не дає.

Процедурний підхід до виділення структурних складових фінансової системи виходить з природи предмету фінансово-правового регулювання. У переважній більшості фінансово-правове регулювання забезпечується передусім процесуальними нормами. Матеріальні приписи існують як певна мета або поштовх для здійснення процедурного регулювання обігу коштів держави та територіальних громад. На думку прихильників цього підходу, виділити можна декілька стадій: формування, розподілу та використання. Базуючись на розмежуванні цих стадій, якраз і можна простежити динаміку фінансово-правового регулювання. Прихильники, досліджуваного підходу вказують, що динамічна концепція структурування фінансової системи не означає виключно процесуальний погляд на це утворення. Ідеться про логічне співвідношення матеріального та процесуального регулювання, в умовах чого певні акценти зміщуються в бік процесуального. Стадійне структурування фінансової системи дозволяє логічно пов'язувати з відповідними фондами і характеризувати фінансо-

ву систему, зміст якої включає формування публічних грошових фондів, розподілення коштів, які акумульовані в цих фондах, та витрачання цих коштів.

Якщо узагальнити інформацію про підходи до структурування фінансової системи, то можна виокремити декілька положень. По-перше, всі підходи не мають відособленості вони тісно пов'язані. По-друге, кожна із концепцій в тій чи іншій мірі посилається на використання фондів коштів (домінує фондовий підхід). По-третє, кожен із підходів містить посилання на бюджетну систему як одну із основних ланок фінансової системи. Враховуючи вищевикладене, можна запропонувати власне визначення поняття «фінансова система». Фінансова система – це внутрішня будова фінансів, що представляє собою сукупність взаємопов'язаних суспільних відносин (інститутів), які складаються при формуванні, розподілі та використанні грошових фондів, що необхідні державі для виконання покладених на неї задач та функцій.

Михайлов О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри адміністративного і фінансового права

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФІКСУВАННЯ СУДОВОГО ПРОЦЕСУ ТЕХНІЧНИМИ ЗАСОБАМИ ПОМІЧНИКОМ СУДДІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ

Прагнення вітчизняного законодавця уніфікувати процесуальні права та обов'язки учасників судового процесу (статті 62, 63 КАС України та статті 47, 48 ЦПК України зі статтями 50, 58 проекту Господарського процесуального кодексу України від 12 лютого 2004 року № 4157-2, внесений Кабінетом Міністрів України, статтями 76, 77 проекту Господарського процесуального кодексу України від 6 березня 2008 року № 2178, внесений народним депутатом України Д. М. Притокою, частиною четвертою статті 39, статтею 55 проекту Кодексу господарського судочинства України від 16 липня 2008 року № 2777, внесений народними депутатами України В. А. Бондиком та Ю. А. Кармазіним) – з однієї сторони, та цікавий, із практичної точки зору, алгоритм визначення прав та обов'язків, місця й ролі окремих учасників судового процесу у механізмі відправлення правосуддя запропонований матеріальним і процесуальним законодавством Білорусії – з іншої сторони, обумовили актуальність дослідження.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року № 2453-VI передбачено, наряду із науковими консультантами та судовими розпорядниками, входження секретаря судового засідання до штату апарату судів загальної юрисдикції (частина дев'ята статті 149); прикріплення помічника судді для кадрового та фінансового обслуговування до апарату відповідного суду (частина третя статті 151). Наказом Держав-

ної судової адміністрації України «Про затвердження Типових посадових інструкцій працівників апарату місцевого загального суду» від 20 липня 2005 року № 86, рішенням Ради суддів України «Про затвердження Положення про помічника судді суду загальної юрисдикції» від 25 березня 2011 № 14 визначені кваліфікаційні вимоги для посад помічника судді, секретаря судового засідання та судового розпорядника, що у частині освітньо-кваліфікаційного рівня для помічника судді (спеціаліст або магістр) відрізняються від секретаря судового засідання та судового розпорядника (не нижче молодшого спеціаліста для секретаря судового засідання, судового розпорядника й не нижче бакалавра для старшого судового розпорядника), тобто значно вище. КАС України відносячи секретаря судового засідання та судового розпорядника до кола учасників судового процесу помічнику судді адміністративного суду такого статусу не надав.

КАС України, на відміну від будь-якого іншого вітчизняного процесуального закону/законопроекту, у разі відсутності в судовому засіданні розпорядника зобов'язує секретаря судового засідання викувати його функції (частина четверта статті 64 КАС України), тобто самостійний, незалежний учасник адміністративного процесу наряду із своїми зобов'язаний виконувати функції (значно складніші, не маючи для цього достатніх знань, вмінь та навичок) іншого, такого самого самостійного, незалежного, але відсутнього учасника адміністративного процесу.

Зазначеними вище Типовою посадовою інструкцією помічника судді місцевого загального суду (п. 2.9), Положенням про помічника судді суду загальної юрисдикції (абз. другий п. 21) визначено завдання та обов'язок помічника судді координувати роботу секретаря судового засідання, надавати останньому методичну й практичну допомогу, у тому числі із забезпечення фіксування судового процесу технічними засобами, тобто помічник судді не будучи учасником адміністративного процесу, у разі виникнення в секретаря судового засідання методичної або практичної проблеми у судовому засіданні, зобов'язаний забезпечення фіксування судового процесу технічними засобами.

У судах загальної юрисдикції склалася неголосна багатолітня практика, відсутність (неповажна/поважна причина) секретаря судового засідання – неформальна підстава судді задіяти свого помічника для виконання непередбачених посадовою інструкцією помічника судді функції секретаря, у тому числі і судовому засіданні. Мотивуванням й ніким офіційно некомпенсованому додатковому навантаженню на помічника судді є негайна потреба судді (у майбутньому для самого помічника – необхідність, у разі призначення на посаду судді, знання роботи із середини) спертися на «праву руку» й небажання задіювати «зі сторони» іншого, «незнайомого» у роботі, співробітника апарату суду.

Слід відмітити, що вирішення зазначеного питання на вищому рівні було запропоновано у статті 76 проекту Господарського процесуального

кодексу України від 6 березня 2008 року № 2178, внесений народним депутатом України Д. М. Притокою (Помічник судді надає допомогу судді в підготовці та організації судового процесу, виконує доручення судді (головуючого), що стосуються розгляду справи. Помічник судді за дорученням судді (головуючого) може здійснювати фіксування судового процесу технічними засобами, за відсутності секретаря судового засідання складати журнал судового засідання) та у частинах першій, другій статті 55 проекту Кодексу господарського судочинства України від 16 липня 2008 року № 2777, внесений народними депутатами України В. А. Бондиком та Ю. А. Кармазіним (Помічник судді надає допомогу судді у підготовці і організації судового процесу і не вправі виконувати функцію по здійсненню правосуддя. Помічник судді може вести протокол судового засідання і здійснювати інші процесуальні дії у випадках і порядку, передбачених цим Кодексом). Автори обох законопроектів одноголосно надали помічнику судді статус учасника процесу й віднесли до кола «осіб, які сприяють розгляду справи», «інших учасників судового процесу».

Цікавий досвід запропонований у Республіці Білорусь. Законодавцем посади помічника судді та секретаря судового засідання об'єднанні в одну – секретар судового засідання-помічник судді. На посаду секретаря судового засідання-помічника судді може бути призначений громадянин Республіки Білорусь, що має, як правило, середню спеціальну або вищу юридичну освіту або навчається у вищому навчальному закладі за юридичною спеціальністю (п. 1.2 Положення про секретаря судового засідання-помічника судді господарського суду Республіки Білорусь, що затверджене постановою Президії Вищого Господарського Суду Республіки Білорусь від 14 жовтня 2009 року № 59). Статтею 186 Кодексу Республіки Білорусь про судоустрій та статус суддів від 29 червня 2006 року № 139-З передбачено, що у загальних судах першої інстанції цивільні, кримінальні справи, а в необхідних випадках справи про адміністративні правопорушення розглядаються за участю секретаря судового засідання (секретаря судового засідання-помічника судді). У господарських судах першої інстанції справи розглядаються за участю секретаря судового засідання-помічника судді. Права та обов'язки секретаря судового засідання (секретаря судового засідання-помічника судді), порядок його участі у розгляді справ визначаються законодавством.

Зазначене вище дозволяє стверджувати, що: 1) помічник судді адміністративного суду не набуваючи статусу учасника процесу опосередковано може приймати участь у судовому засіданні, надаючи секретарю судового засідання методичну та практичну допомогу, в тому числі із забезпечення фіксування судового процесу технічними засобами; 2) в адміністративному судочинстві слід використати пропозиції суб'єктів законодавчої ініціативи, врахувати зарубіжний досвід у частині формального закріплення за помічником судді адміністративного суду виконання окре-

мих обов'язків секретаря судового засідання, у разі відсутності останнього; 3) статтю 63 КАС України слід доповнити частиною другою у редакції: «2. Помічник судді за дорученням судді (головуючого) може здійснювати фіксування судового процесу технічними засобами, за відсутності секретаря судового засідання складати журнал судового засідання».

Бєлікова О. В.
Асоціація «Експерт-Юрист» (м. Донецьк),
кандидат юридичних наук, адвокат

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ

Враховуючи, що в сучасний період розвитку нашої держави формування законодавчої бази ринкової економіки вступило в новий етап, очікується прийняття й інших нормативно-правових актів з адміністративної відповідальності, що не входять до Кодексу України про адміністративні правопорушення (наприклад, планується прийняття Підприємницького кодексу України).

Перераховані аргументи привели автора до думки про необхідність розробки та прийняття Закону України «Про основи законодавства України про адміністративні правопорушення юридичних осіб», який містив би загальні положення і принципи такої відповідальності, забезпечував правову базу про відповідальність за адміністративні правопорушення юридичних осіб. Ця пропозиція займає центральне місце у визначенні напрямів вдосконалення законодавства про адміністративну відповідальність юридичних осіб.

Відсутність чіткого правового механізму в регулюванні описаних правовідносин породжує деякі проблеми. Має місце слабкий адміністративно-правовий вплив на юридичних осіб, що не виконують певні вимоги. Більшість завдань по реформуванню правової системи доки не реалізована. Низькою залишається якість прийнятих законів. Правова система все ще залежить від політичного і адміністративного втручання. Ослаблений правопорядок, зростають злочинність і правовий нігілізм.

Ст. 1 Закону України «Про відповідальність підприємств, установ та організацій за порушення законодавства про ветеринарну медицину» передбачено одинадцять складів правопорушень підприємств, установ та організацій у галузі ветеринарної медицини і водночас ст. 107 КУпАП передбачила адміністративну відповідальність посадових осіб за порушення правил з карантину тварин та інших ветеринарно-санітарних вимог. При цьому об'єктивна сторона правопорушень, передбачених згаданим Законом, збігається з об'єктивною стороною правопорушення, передбаченого ст. 107 КУпАП. Аналогічно збігається об'єктивна сторона правопорушень підприємств, установ та організацій, передбачених ст. 46 Закону України

«Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення», та об'єктивна сторона правопорушення, передбаченого ст. 42 КУпАП для посадових осіб. Така ж ситуація простежується і щодо ст. 17 Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг», і ст. 155 КУпАП (Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К,: Видавництво «Юридична думка», 2004. – 584 с.)

Аналіз чинного законодавства з адміністративної відповідальності підприємств, установ і організацій, проведений автором, дозволив запропонувати проект Закону України «Про основи законодавства України про адміністративні правопорушення юридичних осіб» і сформувати в ньому положення про компетенцію органів державної влади в сфері законодавства про адміністративні правопорушення юридичних осіб. На думку автора, до органів державної влади в сфері законодавства про адміністративні правопорушення юридичних осіб належать:

визначення принципів і встановлення загальних основ законодавства України про адміністративні правопорушення юридичних осіб;

встановлення адміністративної відповідальності за порушення: антимонопольного законодавства, правил і норм в сфері містобудування, земельного законодавства, законодавства про охорону довкілля, правил застосування контрольно-касових апаратів, дисципліни цін, аудиторської діяльності, за незаконні операції з іноземною валютою, незаконне (нецільове) використання бюджетних коштів, за порушення законодавства про рекламу і про захист прав споживачів, в сфері пожежної і радіаційної безпеки, за порушення правил рибальства, охорони рибного запасу, морський і біологічний ресурс, правил обороту зброї, боєприпасів;

визначення, у разі потреби, порядку розгляду справ про окремі види адміністративних правопорушень юридичних осіб, відповідальність за які встановлюється чинним законодавством України.

Таким чином, за пропонованим проектом Закону України до компетенції України та її органів державної влади має належити встановлення адміністративної відповідальності юридичних осіб, що міститься у більше ніж двадцяти нормативно-правових актах за порушення різних галузевих правил і норм, в одному нормативно-правовому акті.

Пропонований проект Закону України «Про основи законодавства України про адміністративні правопорушення юридичних осіб» має містити 4 розділи.

Перший розділ називається «Загальні положення», другий – «Адміністративне правопорушення і адміністративна відповідальність юридичних осіб», третій – «Органи публічної влади, уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення», четвертий – «Провадження у справах про адміністративні правопорушення».

Онищук Н. Ю.
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», кандидат юридичних наук

САНКЦІЇ ЗА ПОРУШЕННЯ ФІНАНСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

За своєю сутністю фінансова відповідальність повинна охоплювати наслідки всіх порушень фінансового законодавства (податкового, бюджетного, валютного і т.д.). Однак не можна залишати без уваги різку відмінність санкцій, передбачених за порушення норм Податкового та Бюджетного кодексів України. Якщо за вчинення податкових правопорушень основним видом застосовуваної санкції є штраф, то за порушення бюджетного законодавства до учасників бюджетного процесу можуть застосовуватися такі заходи впливу як: зупинення операцій з бюджетними коштами; призупинення або зменшення бюджетних асигнувань; повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету; безперечне вилучення коштів з місцевих бюджетів та ін. Поряд із зовнішньою відокремленістю і відмінністю від санкцій за порушення кримінального та адміністративного законодавства, фінансовим санкціях притаманна внутрішня диференціація. Таким чином, категорія «фінансова санкція» також виступає як родова конструкція, що має свої видові прояви.

Ст. 111 Податкового кодексу України визначає види відповідальності за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи. Згідно з цією статтею за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, застосовуються такі види юридичної відповідальності: 1) фінансова; 2) адміністративна; 3) кримінальна. Фінансова відповідальність за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства встановлюється та застосовується згідно з Податковим кодексом та іншими законами. Фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та/або пені.

Наведена норма безперечно викликає низку питань щодо її змісту та доцільності. По-перше, незрозуміло навіщо наводити у Податковому кодексі України перелік видів відповідальності за порушення законів з питань оподаткування, якщо формально ним регулюється лише перший вид (фінансова), адміністративна та кримінальна відповідальності встановлюються системами адміністративного та кримінального законодавства відповідно (Кодексом України про адміністративні правопорушення, Кримінальним кодексом України). Така норма нагадує відтворення сторінок підручника, і аж ніяк не підносить рівень законодавчої техніки.

По-друге, навряд чи можна безапеляційно вести мову про існування фінансової відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності. З одного боку, дійсно, характер фінансових санкцій має істотні особливості. Однак, з іншого боку, фінансова відповідальність має охо-

плювати наслідки всіх порушень фінансового законодавства (яке, окрім податкового, включає й бюджетне, валютне та ін.). У такому векторі фінансову відповідальність можна розглядати як певну родову конструкцію, що має свої видові прояви – податкову та бюджетну відповідальність, зокрема. Такий погляд заслуговує на окреме акцентування, в першу чергу, через різку відмінність характеру санкцій, передбачених за порушення норм Податкового та Бюджетного кодексів України. Так, якщо за вчинення податкових правопорушень основним видом відповідальності є штраф, то за порушення бюджетного законодавства до учасників бюджетного процесу можуть застосовуватися такі заходи впливу, як зупинення операцій з бюджетними коштами; призупинення або зменшення бюджетних асигнувань; повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету; безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів тощо. Одночасно Бюджетний кодекс України взагалі не використовує конструкцію «фінансова відповідальність».

По-третє, певні нарікання викликає положення стосовно того, що фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та/або пені. В першу чергу низку нарікань викликає власне запропонована законодавцем конструкція «штрафна санкція (фінансова санкція, штраф)», якою відповідно до пп. 14.1.265 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України є плата у вигляді фіксованої суми та/або відсотків, що справляється з платника податків у зв'язку з порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотриманням яких покладено на контролюючі органи, а також штрафні санкції за порушення у сфері зовнішньоекономічної діяльності. У цьому випадку ми стикаємось з проблемою одночасного використання, сплетіння та, підчас, ототожнення таких понять як «фінансова санкція», «податкова санкція» та «штраф». На нашу думку, фінансову та податкову санкцію слід розглядати як родову та видову конструкцію відповідно. А от використання терміну «штрафна санкція» взагалі вбачається надміру обтяжливим, оскільки штраф за своєю природою і є санкцією.

Крім того, доволі непослідовною вбачається позиція законодавця щодо застосування фінансової відповідальності у вигляді штрафу та/або пені (п. 111.2 ст. 111 ПКУ). Таким положенням під сумнів ставиться закріплений у статті 61 Конституції України принцип, згідно з яким ніхто не може бути двічі притягнутий до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Пеня, маючи особливу правову природу, традиційно розглядається як спосіб забезпечення виконання податкового обов'язку поряд із податковою заставою, адміністративним арештом майна та ін. Окрім того, що Податковий кодекс України не наводить переліку способів забезпечення виконання податкового обов'язку, що є значним недоліком, він також розмістив норми, що регулюють порядок застосування пені, в окремій главі – 12, після глави 11 «Відповідальність».

Котенко А. М.
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», асистент кафедри фінансового права, кандидат юридичних наук

ДО ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДІВ

Певна своєрідність та проблемність характерна при розмежуванні повноважень і на стадії вирішення конфлікту. Саме тому розмежування компетенції спеціалізованих судів при вирішенні не лише приватних і публічних спорів, але і окремих різновидів публічних спорів – є і залишається однією із найбільш болючіших проблем.

Так, аналіз норм чинного законодавства вказує, що критерієм розмежування компетенції господарського та адміністративного суду є одночасно суб'єктний склад сторін і характер відносин, що мають місце між сторонами (предметна підсудність). Віднесення того чи іншого спору до компетенції господарського суду, залежить від характеру таких відносин. У той же час, віднесення спору до компетенції адміністративного суду передбачає і наявність специфічного складу учасників такого спору.

Визначаючи компетенцію господарських судів, слід звернутися до положень ст. 12 Господарського процесуального кодексу України (Господарський процесуальний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.). У ній визначено, що господарським судам підвідомчі справи у спорах, що виникають із господарських договорів та з інших підстав за певним виключенням; справи про банкрутство; справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції; справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів; справи у спорах щодо обліку прав на цінні папери; справи у спорах, що виникають із земельних відносин, в яких беруть участь суб'єкти господарської діяльності, за винятком тих, що віднесено до компетенції адміністративних судів.

У п. 1 ч. 1 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України закріплені обмеження компетенції господарських судів, яке стосується спорів про приватизацію державного житлового фонду; спорів, що виникають при погодженні стандартів та технічних умов; спорів про встановлення цін на продукцію (товари), а також тарифів на послуги (виконання робіт), якщо ці ціни і тарифи відповідно до законодавства не можуть бути встановлені за угодою сторін; спорів, що виникають із публічно-правових відносин та віднесені до компетенції Конституційного Суду України та

адміністративних судів; інших спорів, вирішення яких відповідно до законів України та міжнародних договорів України віднесено до відання інших органів. Отже, саме характер відносин вказує на підвідомчість справи господарському суду.

Компетенція адміністративних судів закріплена у ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України (Кодекс адміністративного судочинства України // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – 35-37. – Ст. 446.), яка закладає одночасно два обов'язкові критерії відмежування адміністративних спорів: суб'єктний склад і характер спірних відносин. На наш погляд, основним критерієм слід визнати саме суб'єктний склад, а характер спірних відносин вже додатковим. Наша позиція може бути аргументована таким чином.

Вимоги до суб'єктного складу учасників спірних відносин викладені у ч. 1 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України. Йдеться про те, що компетенція адміністративних судів поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку з здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, а також у зв'язку з публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом виборів або референдуму. Саме тому можна стверджувати, що участь (наявність) суб'єкта владних повноважень у спірних відносинах – основна ознака адміністративного спору. У той же час, слід звернути увагу, що спірні відносини за участю суб'єкта владних повноважень повинні виходити із діяльності такого суб'єкта саме як носія влади.

Саме після з'ясування складу учасників спірних відносин слід звернути увагу на характер спору, який визначений у ч. 2 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України. Юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори, зокрема: 1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності; 2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; 3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень; 4) спори, що виникають з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів; 5) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених Конституцією та законами України; 6) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму. Фактично, для віднесення спору до категорії «адміністративний» обов'язковим є визначення як суб'єктного складу, так і характеру спірних відносин. При цьому суб'єктний склад виступає основним, оскільки участь суб'єкта владних повноважень у спірному відношенні є обов'язковою ознакою адміністративного спору.

Харенко О. О.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права

СТРУКТУРОУТВОРЮЮЧІ ФАКТОРИ, ЯКІ ВПЛИНУЛИ НА ФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ СИСТЕМИ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Починаючи з 2010 року, Україна перебуває в стані постійних перетворень організаційних та функціональних інститутів держави, що обумовлено низкою як зовнішніх, так і внутрішніх чинників. Це природно, оскільки оточуюче нас навколишнє природне середовище самим своїм існуванням доводить взаємообумовленість, взаємопроникнення, взаємодію існуючих в ній об'єктів. Складно знайти в навколишньому світі субстанцію існуючу, а тим більше таку, що розвивається абсолютно незалежно, без впливу ззовні, будучи самовідновлювальною і самодостатньою.

У своїй статті «Українська держава і правова система на початку XXI століття: виклики правовій науці» професор В. Тацій послідовно і системно аналізує невирішені питання як глобального характеру, що впливають в цілому на світову спільноту і Україну, так і внутрішнього характеру, породжені, недосконалістю національного законодавства, неефективністю і слабкістю державного управління, низкою інших причин.

Очевидним є вплив тенденцій розвитку світової спільноти на внутрішньодержавні процеси в Україні, в тому числі на здійснення, здавалося б, амбітного, але «пріоритетного завдання знайти і зайняти своє місце в сучасному світі» (Тацій В. Українська держава і правова система на початку XXI століття: виклики правовій науці// Право України. – 2012. – № 1-2. – с. 14). Реалізувати високі цілі не вийде без масштабної модернізації системи державних інститутів при поєднанні культурно-історичних, правових та інших традицій і новацій.

Україна повинна зайняти своє місце серед інших держав за допомогою усунення внутрішніх суперечностей та посилення власної політичної ваги, інтелектуального, економічного, військового, інноваційного потенціалу, що з часом зміцнить позиції держави і дасть можливість ефективніше відстоювати національні інтереси. Особливої ваги за таких умов набуває необхідність побудови в Україні внутрішньострунокої, чіткої, багаторівневої системи органів виконавчої влади, що обумовлює потребу в оперативному і якісному прийнятті рішень центральним органом і виконанні цього рішення територіальним органом виконавчої влади, узгодженістю та правильністю дій. І якщо правова підстава інституціональних перетворень зрозуміла і втілена в Указі Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» № 1085/2010 від 9 грудня 2010 року та ряді інших нормативно-правових актів, то виникає питання щодо фактичних підстав, які вплинули на намір розпочати дані перетво-

рення. Виникла наукова зацікавленість та потреба у з'ясуванні цих обставин, до яких, на нашу думку, слід віднести наступні:

По-перше, на формування сучасної системи органів виконавчої влади впливнули реалії сучасності, в тому числі глобальні та внутрішньодержавні політичні та економічні процеси, регіональні військові конфлікти, що відбуваються в Європі, Азії та Америці, які в сукупності своїй характеризують світ як «погано керований, мало передбачуваний, з високим рівнем невизначеності. Світ, де багато дійових осіб. Світ з безліччю взаємозв'язків і взаємовразливостей» (Войтович П. П. Основні тенденції розвитку міжнародних відносин [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rusnauka. com/NPM_2006/Politologia/7_voytovichpp.doc.htm).

По-друге, вплинули вичерпність, малоефективність, нераціональність використання внутрішніх копалин, економічних, наукових, інтелектуальних та інших ресурсів, які аргіогі повинні служити організаційно-матеріальною основою ефективного та якісного державного управління, удосконалення і посилення державних інститутів. До речі, за таких умов, важливим є масштабна ревізія і державний аудит наявних об'єктів державної власності, а також здійснення інвентаризації попередніх продажів об'єктів державного майна в Україні з точки зору виконання інвесторами своїх зобов'язань та інші заходи.

По-третє, вплинули власні національні історико-правові передумови, історичний досвід у створенні і розвитку окремих правових, суспільно-політичних інститутів. Та слід зауважити, що здійснюючи наукові дослідження в галузі історії становлення та розвитку різних національних інститутів держави, результати таких досліджень слід було б і надалі враховувати в процесі прикладної діяльності, у тому числі, при фактологічному обґрунтуванні, розробці та впровадженні нових державно-владних інститутів, тим самим підтримуючи і сприяючи прикладному характеру науки, а також національним правовим традиціям. Останні при цьому не слід трактувати з позицій неокласичної ідеології влади (нехай навіть оновленої), оскільки вони можуть «перешкодити проведенню реалістичної і гнучкої політики держави.

У підсумку, враховуючи вищезазначені фактори, які так чи інакше вплинули на сучасні внутрішньодержавні перетворення і, як наслідок, на нову систему органів виконавчої влади, важливо у подальших перетвореннях орієнтуватися на приклади Ізраїлю, Франції епохи де Голя, рейганівської Америки й Великобританії часів Черчилля, вся жорсткість державної машини яких успішно захищала права громадян, їх життя, свободу і власність від замахів шанувальників «великих потрясінь» (Маркедонов С. Сильна держава і громадянське суспільство// Журнал Індекс. – 2001. – № 16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://index.org.ru/journal / 16/markedonov.html).

Нестеренко К. О.
Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАВОВІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД БІЖЕНЦІВ В УКРАЇНІ

Конституція України приділяє особливу увагу закріпленню прав та свобод людини і громадянина , у тому числі і біженців як суб'єктів права, які потребують особливого захисту з боку держави – притулку .

Чинне законодавство України у сфері біженців деталізує конституційні права та свободи біженців, уточнює права та обов'язки у конституційно-правових відносинах, а також встановлює нові, не менш значущі права. Однак визнання прав та свобод біженців має передбачати їх практичне здійснення та гарантувати їх захист.

Теорія та практика формування адміністративно-правового статусу біженців сформувалась на стандартах змісту загальносоціальних гарантій, без яких адміністративно-правовий статус біженців та його складові елементи, залишилися б виключно нормотворчим формулюванням. Саме тому при розгляді змісту адміністративно-правового статусу біженців актуальним питанням залишається адміністративно-правове забезпечення прав та свобод біженців.

Адміністративно-правове забезпечення прав та свобод біженців передбачає регулювання за допомогою норм адміністративного права суспільних відносин, що виникають у процесі реалізації біженцями своїх прав і свобод, а також вплив на суб'єктів адміністративних правовідносин, що забезпечують реалізацію зазначених прав та свобод за допомогою передбачених у законодавстві елементів.

Для адміністративно-правового забезпечення прав та свобод біженців основним засобом є реалізація норм адміністративного права складовою якої є гарантії їх реалізації, під якими розуміються умови, засоби, способи, які забезпечують здійснення у повному обсязі та всебічну охорону прав та свобод біженців. Під поняттям «гарантії» розуміється сукупність об'єктивних та суб'єктивних факторів, що спрямовано на повну реалізацію та всебічну охорону прав та свобод громадян, на усунення можливих причин та перепон їх нездійснення (Права человека: учебник / А. Н. Головистикова, Л. Ю. Грудицына. – М.: Эксмо, 2006. – с.263).

Найбільш повноцінне здійснення прав та свобод, а також захист від посягань та порушень забезпечують юридичні гарантії, під якими розуміють спеціальні гарантії, що представляють собою сукупність правових норм, що визначають умови та порядок реалізації прав громадян, засоби їх охорони та захисту у випадку порушення (Советское административное право: учебник: / Под ред.П. Т. Василенкова. – М.: Юрид. лит., 1981. –

с.137). На відміну від загальних гарантій, які є передумовою реалізації прав та свобод біженців, юридичні гарантії, включаючи діючі принципи, норми права, інші правові явища, а конкретніше кажучи, законодавчо закріплені засоби, покликані безпосередньо забезпечувати здійснення і охорону суб'єктивних прав та свобод біженців і в кінцевому результаті користування біженцем благами, що лежать в їх основі.

Адміністративно-правові гарантії реалізації прав біженців – юридичні обов'язки виконавчих органів (посадових осіб), що беруть участь у вирішені питань, пов'язаних з біженцями щодо забезпечення прав та свобод біженців у сфері їх щоденної діяльності та обов'язки створювати необхідні для цього умови. Водночас, варто зауважити, що в основу таких гарантій закладено реалізацію принципу забезпечення основних прав та свобод біженців, як особи, яка отримала правовий захист з боку приймаючої держави. Саме цей принцип закріплений у нормативно-правових актах, що регламентують певні аспекти реалізації виконавчої влади, а також у положеннях про міграційні органи.

Адміністративно-правові гарантії прав та свобод біженців поділяють на три види: контрольно-наглядові, організаційно-процедурні та юрисдикційні.

Контрольно-наглядовими гарантіями прав та свобод біженців нині є здійснення зовнішнього і внутрішнього контролю за діяльністю органів виконавчої влади, що беруть участь у вирішенні питань, пов'язаних з біженцями, урядовими організаціями державного управління та органами місцевого самоврядування, службовцями, що працюють в цих організаціях.

До організаційно-процедурних гарантій належать наявність у правовій державі правових механізмів процедур управлінських послуг з метою надання біженцям можливостей скористатись своїм правом. Серед вказаних гарантій є закріплене законодавством положення про порядок визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, втрата, позбавлення статусу біженця, додаткового захисту тощо.

Зміст адміністративно-юрисдикційних гарантій полягає в забезпеченні державою можливостей захисту біженцями права шляхом оскарження біженцями незаконних дій, адміністративних актів органів державного управління до вищестоящої організації або в адміністративному суді.

Таким чином, адміністративно-правове забезпечення прав та свобод біженців становить повноту регулювання за допомогою адміністративного законодавства суспільних відносин за участю біженців та для реалізації їх прав та свобод, а також надання з допомогою цих норм відповідних гарантій, які разом з іншими правовими і не правовими гарантіями створюють сталу систему можливостей використання біженцями своїх прав та свобод.

Калімбет А. Л.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права

ЕКОНОМІЧНІ МЕТОДИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТЕЛЕБАЧЕННЯМ В УКРАЇНІ

В умовах сьогодення широкого застосування в державному управлінні набувають економічні методи. Економічні методи державного управління виступають способами чи засобами економічного або непрямого впливу з боку суб'єктів державно-управлінської діяльності на відповідні об'єкти управління через їх інтереси. Застосування економічних методів означає формування таких економічних умов і стимулів,які створюють у виконавців зацікавленість у кінцевих результатах праці. При цьому об'єкти управління не одержують обов'язкових вказівок, а мають змогу проявити ініціативу у виборі засобів діяльності для реалізації своїх матеріальних інтересів (Адміністративне право України: Підручник / За ред. Ю. П. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 161).

В науковій літературі існує безліч точок зору щодо віднесення тих чи інших способів, засобів впливу суб'єктів державного управління на керовані об'єкти до економічних методів. Так, М. В. Макарейко відносить до економічних методів державного управління: прибуток, кредит, ліцензію, премію, оподаткування, квоту (Макарейко Н. В. Административное право: Пособие для сдачи экзамена. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрайт-Издат, 2004. – С. 162-163). С. Г. Стеценко виділяє серед них: пільгове кредитування; зменшення податкових зборів; інвестування тих чи інших напрямів діяльності; заохочення, стимулювання державних службо-вців (Стеценко С. Г. Адміністративне право Укр.:Навч. посіб. – Вид. 2-ге, перероб. та доп. – К.: Атіка, 2009. – С. 179). С.В. Ківалов в свою чергу погоджуючись з думкою багатьох вчених зазначає, що необхідними елементами економічного методу (методу непрямого впливу) слід вважати: державну інформацію і прогнози; державні програми, контракти і замовлення; регулювання динаміки цін, прибут-ків, зайнятості, професійної підготовки; податкову політику (Админ. право Укр.: Учебник / Под общей ред. С. В. Кивалова. – Х.:«Одиссей», 2006. – С. 199-200).

Враховуючи вищесказане, до економічних методів державного управління в сфері телебачення можна віднести: державне замовлення, інвестування, нагородження премією тощо.

Важливе місце серед економічних методів, що застосовуються в зазначеній сфері займає державне замовлення. Так, на протязі 2009 року Державним комітетом телебачення і радіомовлення України з метою приведення обсягів мовлення державних телерадіоорганізацій у відповідність до ліцензійних умов було сформовано та розміщено державне замовлення на виробництво і розповсюдження теле– і радіопрограм

(укладені державні контракти та договори-доручення з державними телерадіоорганізаціями на виконання замовлення з виробництва і розповсюдження теле– і радіопрограм та тематичні плани на виконання державного замовлення з виробництва теле– і радіопрограм) (Інформаційна довідка до питання «Про підсумки розвитку інформаційної та видавничої сфер України за дев'ять місяців 2009 року» [Електронний ресурс] / Держкомтелерадіо України. – Режим доступу:http://comin.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=72209&cat_id=33909). Таким чином, держава здійснює управлінський вплив на державні телерадіо-організації не шляхом прямого встановлення їх обов'язків, норм поведінки і видання конкретних наказів, а шляхом створення матеріальної зацікавленості, стимулу отримати прибуток (доход) в результаті виконання державного замовлення з виробництва і розповсюдження теле– і радіопрограм.

Тут треба також зазначити, що державне замовлення є не тільки економічним стимулом за допомогою якого державі вдається впливати на матеріальні інтереси державних телерадіоорганізацій як суб'єктів господарювання в сфері телебачення, а й формою державної фінансової допомоги зазначеним суб'єктам. Так, у статті 13 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» говориться, що фінансування державних телерадіоорганізацій за рахунок коштів Державного бюджету України здійснюється тільки через державне замовлення у порядку та формах, визначених законодавством України (Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 18. – Ст. 155).

Для вирішення деяких державних завдань щодо розширення можливостей держави в сфері телебачення застосовується метод інвестування. Так, з метою створення можливостей поширення у світі інформації про Україну Держкомтелерадіо було інвестовано значні кошти у створення ДТРК «Всесвітня служба «Українське телебачення і радіомовлення», а з метою наповнення інформаційного простору суспільно важливою інформаційною продукцією засновано ДТРК «Культура» (Бурило Ю. П. Організаційно-правові питання державного управління в інформаційній сфері: Дис. канд. юрид. наук: 12.00.07 / ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана». – К., 2008. – С. 151).

Широкого застосування в сфері телебачення набуває такий економічний ме-тод державного управління як нагородження премією. Термін «премія» (від лат. praemium – нагорода) використовується в різних сферах діяльності. У загальному розумінні премія – це вид заохочення за особливі досягнення чи заслуги у певній сфері діяльності (Цимбалюк С. Заробітна плата: організаційний механізм формування, структура, характеристика та порядок нарахування окремих виплат. Премії та винагороди, що мають систематичний характер // Довідник кадровика. Справочник кадровика. – 2010. – № 5. – С. 57). Говорячи про сферу телебачення можна визначити премію як різновид заохочення за особливі досягнення чи заслуги в сфе-

рі виробництва аудіовізуальних програм та передач або комплектування (пакетування) придбаних аудіовізуальних програм та передач і їх поширення незалежно від технічних засобів розповсюдження.

По своїй суті «премія» є грошовим або іншим матеріальним заохочення, через що її доцільно віднести саме до економічних методів державного управління.

Преміювання доволі часто (за наявності певних підстав) застосовується відповідними органами, що здійснюють державне управління в сфері телебачення. Так, наприклад, Державний комітет телебачення і радіомовлення України керуючись Положенням про премію імені Івана Франка у галузі інформаційної діяльності щорічно присуджує до дня народження Івана Франка – 27 серпня премію у розмірі двох тисяч гривень кожна за рахунок коштів, передбачених на цю мету в державному бюджеті, і розподіляє її в різних номінаціях, зокрема в номінації за кращий твір у телевізійній сфері (Наказ Державного комітету телебачення і радіомовлення України «Про затвердження Положення про премію імені Івана Франка у галузі інформаційної діяльності» від 04 лютого 2004 р. № 22 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 7. – Ст. 421).

Корнута Л. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри адміністративного і фінансового права

ОСОБЛИВОСТІ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНІСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ В УКРАЇНІ ЯК ІНСТИТУТУ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Державні службовці, як і інші працівники, застосовують свою здатність до праці. При застосуванні праці для іншого суб'єкта виникають трудові відносини, вони виникають і у державних службовців, проте з урахуванням специфіки їх роботи та повноважень, якими вони користуються та обов'язків, що пред'являються до них. Насамперед стосовно трудових функцій державних службовців та їх відповідальності. Не дивлячись на тотожність багатьох понять та інститутів, дисциплінарна відповідальність в межах трудового та адміністративного права має серйозні відмінності, наявність яких дає підставу для диференціації дисциплінарної відповідальності по суб'єктному складу та виділенні двох окремих видів дисциплінарної відповідальності загальної (трудової) та спеціальної (адміністративної).

Через ряд особливостей дисциплінарна відповідальність державних службовців відрізняється від загальної трудової дисциплінарної відповідальності, а саме:

1) особливий суб'єкт відповідальності (спеціальний). Суб'єктом дисциплінарної трудової відповідальності є працівник – головний суб'єкт трудового права, чиї відносини з роботодавцем регулюються нормами

трудового законодавства. Суб'єктом дисциплінарної адміністративної відповідальності є головний індивідуальний суб'єкт адміністративного права – державний службовець;

2) особливі джерела правового регулювання. З однієї сторони, питання дисциплінарної відповідальності є обов'язковим елементом системи трудового права, регламентованим Кодексом законів про працю України. З іншої сторони, дисциплінарна відповідальність державного службовця має достатньо обширну адміністративно-правову регламентацію, забезпечуючи конституційне право громадян на участь в управлінні державою. Відповідно, джерелом правового регулювання дисциплінарної відповідальності державних службовців є норма адміністративного права, а саме Закон України «Про державну службу» 1993 р. Проте, нажаль, в даний час питання дисциплінарної відповідальності державних службовців є розсіяні в різних законодавчих актах та несистематизованими;

3) особливості підстав застосування відповідальності. Дисциплінарна відповідальність застосовується у випадку вчинення дисциплінарного проступку. Підстави застосування дисциплінарної адміністративної відповідальності визначаються відповідними нормами права;

4) види форм впливу, які для державних службовців визначені в Законі «Про державну службу», та застосовуються паралельно з нормами Кодексу законів про працю. Дисциплінарна відповідальність, згідно норм трудового права, застосовується у формі дисциплінарних стягнень. Що ж стосується відповідальності державних службовців, то окрім дисциплінарних стягнень, до них можуть застосовуватися ще й заходи дисциплінарного впливу (ст. 14 ЗУ «Про державну службу» 1993 р.);

5) порядок накладення стягнень. В даному випадку не дивлячись на певну універсальність порядку притягнення державного службовця до дисциплінарній відповідальності порівняно із загальним порядком, що встановлений трудовим законодавством, є цілий ряд особливостей такої процедури. Так, особливістю є те, що перед накладенням стягнення, в ряді випадків, законодавство вимагає проведення службового розслідування;

6) сутність та зміст правовідносин. Галузева приналежність дисциплінарної відповідальності державних службовців окрім правової моделі обумовлена «сутнісною» природою державно-службових відносин, їх структурою та змістом. В службових правовідносинах наймачем виступає держава в особі органів та установ, діяльність яких не направлена на задоволення власних цілей, а на реалізацію функцій держави. Основа діяльності державних службовців полягає в реалізації та забезпеченні прав та свобод людини та громадянина. При застосуванні дисциплінарної відповідальності до державного службовця має місце державний примус.

Виходячи із цілого ряду особливостей дисциплінарної відповідальності державних службовців порівняно із загальною дисциплінарною відповідальністю, можна зробити висновок, що дисциплінарна відповідаль-

ність державних службовців є інститутом саме адміністративного права. Проблемою є відсутність нормативного констатування такої відповідальності. В даному випадку можна навести приклад вирішення проблеми галузевої приналежності дисциплінарної відповідальності державних службовців в Російській Федерації. Із прийняттям Федерального закону «Про основи державної служби Російської Федерації» 1995 р., трудові відносини державних службовців, в тому числі і дисциплінарна відповідальність, регулювались нормами трудового права, з особливостями, що встановлені Федеральним законом. Проте, із розвитком інституту державної служби, у 2004 р. було прийнято Федеральний закон «Про державну цивільну службу Російської федерації», який по-новому закріпив ряд положень державної служби Російської Федерації. Із прийняттям Федерального закону співвідношення ролі трудового й адміністративного законодавства у врегулюванні професійної службової діяльності державних службовців суттєво змінилося. Тепер пріоритет у врегулюванні діяльності державних службовців в цілому, та застосування до них дисциплінарної відповідальності зокрема, належить спеціальному законодавству, а норми трудового права, відповідно до ст. 73 Федерального закону «Про державну цивільну службу Російської Федерації» 2004 р., можуть застосовуватися для врегулювання відносин, пов'язаних із державною службою, лише в частині, що не регламентується відповідним законом. Тому, вбачається необхідним в національному законодавстві чітко закріпити галузеву приналежність інституту дисциплінарної відповідальності державних службовців у відповідному систематизованому акті у сфері державної служби.

Панфілов О.Є.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри адміністративного і фінансового права

ПОРУШЕННЯ ОБМЕЖЕНЬ ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ СЛУЖБОВОГО СТАНОВИЩА ЯК АДМІНІСТРАТИВНЕ КОРУПЦІЙНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Безпосереднім об'єктом названого правопорушення є суспільні відносини, пов'язані з належним здійсненням службових повноважень. Для об'єктивних ознак даного складу характерною є наявність предмета – неправомірної вигоди, а для суб'єктивних – наявність спеціальної мети: одержання такої вигоди.

Диспозиція ст. 172^2 КУпАП є бланкетною, оскільки відсилає до спеціальних законів, які встановлюють обмеження щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей. Такі обмеження встановлені ст. 6 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції». Таким чином, з об'єктивної сторони це правопорушення може виражатись в наступних діях: 1) надання неправомірного сприяння фізичним або юридич-

ним особам у здійсненні ними господарської діяльності, одержанні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів, пільг, укладанні контрактів (у тому числі на закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти); 2) надання неправомірного сприяння призначенню на посаду особи; 3) неправомірне втручання в діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування або посадових осіб; 4) надання неправомірної переваги фізичним або юридичним особам у зв'язку з підготовкою проектів, виданням нормативно-правових актів та прийняттям рішень, затвердженням (погодженням) висновків.

Оскільки зі змісту ст. 6 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» випливає, що перелік передбачених ним обмежень щодо використання службового становища не є вичерпним, передбачене ст. 172^2 КУпАП правопорушення може бути вчинене і шляхом здійснення інших діянь.

Поняття неправомірної вигоди розкриває примітка 2 до ст. 172^2 КУпАП, яка встановлює, що неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

Для того, щоб з'ясувати, що слід розуміти під неправомірною вигодою, потрібно встановити перелік законних джерел матеріального забезпечення суб'єктів корупційних правопорушень. Якщо мова йде про державних службовців, умови їх матеріального та соціально-побутового забезпечення передбачаються розділом VII Закону «Про державну службу». Відповідно до ст. 30 вказаного Закону за виконання своїх службових обов'язків державні службовці отримують заробітну плату, яка складається з посадових окладів, премій, доплати за ранги, надбавки за вислугу років на державній службі та інших надбавок. Для інших суб'єктів порядок оплати їх праці (наданих послуг) також визначається законодавством. Наприклад, порядок оплати праці приватних нотаріусів визначається ст. 31 Закону України «Про нотаріат», оплата послуг арбітражного керуючого врегульована ст. 3^1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Слід враховувати, що розмір неправомірної вигоди для притягнення до адміністративної відповідальності має свою межу. За ч. 1 ст. 172^2 КУпАП – це п'ять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, за ч. 2 – сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Причому для кваліфікації адміністративних правопорушень пунктом 5 підрозділу 1 розділу XX Податкового кодексу України сума неоподатковуваного мінімуму встановлена на рівні податкової соціальної пільги, визначеної пп. 169.1.1 п. 169.1 ст. 169 розділу IV цього Кодексу для відповідного року, тобто 100 відсотків розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленого законом на 1 січня цього року. Протеперевищення цього розміру не свідчить однозначно про наявність складу злочину, пе-

редбаченого ст.ст. 364, 364[1] і 365[2] КК України. Крім того, виходячи із формулювань примітки 2 до ст. 172[2] КУпАП цілком припустимою є ситуація, коли отримана незаконна вигода взагалі не має грошової оцінки (наприклад, просування по службі, влаштування родичів тощо).

Примітка 1 до ст. 172[2] КУпАП чітко визначає суб'єктів передбаченого даною статтею правопорушення. До них належать особи, визначені у п.п. 1-3 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». Тобто суб'єктами даного правопорушення є як службові та посадові особи органів державної влади (прирівняні до них суб'єкти, що виконують функції держави), так і службові особи юридичних осіб приватного права.

З суб'єктивної сторони дане правопорушення характеризується прямим умислом. Законодавче визначення «неправомірної вигоди» охоплює не лише матеріальну вигоду, але й певні нематеріальні блага, переваги тощо, а отже порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей може здійснюватись не лише з корисливих, а й інших спонукань. Тому корисливий мотив не є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони цих правопорушень, хоча є характерним для більшості з них.

Проте ні КУпАП, ні Закон «Про засади запобігання і протидії корупції», що містить аналогічне до КУпАП визначення неправомірної вигоди, не дає змоги встановити коло осіб – одержувачів вигоди від корупційного правопорушення. Не вказавши конкретного одержувача вигоди, законодавець тим самим вирішив не обмежувати за цим критерієм сферу вчинення правопорушень, оскільки дана обставина фактично не впливає на ступінь суспільної їх шкідливості, яка полягає в порушенні належного порядку здійснення функцій держави чи місцевого самоврядування.

Системний аналіз ст. 172[2] КУпАП та ст. 6 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» наводить на висновок, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є наявність мети: одержання неправомірної вигоди.

Шевчук О. М.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», асистент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ ОБІГУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ ТА ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН

У Всесвітній доповіді ООН, приуроченій до Міжнародного дня боротьби зі зловживанням наркотичними засобами та їх незаконним обігом, зазначено, що наркотики та інші дурмани щороку вбивають майже 200 тисяч жителів Землі. У 2011 році заборонені наркотики хоч раз приймали майже 230 млн осіб віком від 15 до 64 років. На сьогодні в Україні фахівці

не вагаються оцінки ситуації, яка набула досить широкого розповсюдження щодо немедичного вживання наркотичних засобів. Отже, контроль в сфері обігу наркотичних засобів та психотропних речовин є недостатній. Тому одне з найважливіших завдань держави – це створення дієвого контролю в сфері обігу наркотичних засобів, що полягає у необхідності підвищення ефективності та умов належного правового забезпечення регулювання правовідносин у зазначеній сфері. Адміністративно– правові відносини є одним із елементів механізму контролю регулювання у сфері обігу наркотичних засобів та психотропних речовин.

Спочатку наведемо різні погляди на поняття адміністративно-правових відносини в адміністративно-правовій науці. Так, Ю. П. Битяк вказує, що адміністративно-правові відносини – це суспільні відносини у сфері державного управління, учасники яких виступають носіями прав і обов'язку, урегульованих нормами адміністративного права (Битяк Ю. П. Адміністративне право України. 2012. с. 57). З точки зору С. Г. Стеценка, такі відносини – це результат впливу адміністративно-правових норм на поведінку суб'єктів адміністративного права, внаслідок якого між ними виникають правові зв'язки (Стеценко С. Г. Адміністративне право України. 2011. с. 82).

Дослідження правовідносин, що виникають у сфері обігу наркотичних засобів, передбачає вивчення особливостей, якісних ознак всіх елементів цих правовідносин. У той же час необхідно виділити відносини, що складаються в сфері обігу наркотичних засобів та психотропних речовин і регулюються нормами адміністративного права. Ці відносини публічного характеру, спрямовані на забезпечення встановленого режиму, порядку та умов діяльності всіх суб'єктів обігу наркотичних засобів та психотропних речовин. Їх можна класифікувати за предметом правового регулювання наступним чином:

− відносини, пов'язані із забезпеченням державної монополії в сфері обігу наркотичних засобів та психотропних речовин;

− відносини, що виникають з приводу недотримання правової заборони немедичного споживання наркотичних засобів і психотропних речовин;

− група відносин, що виникають з приводу охорони прав, здоров'я неповнолітніх;

− відносини у сфері забезпечення діяльності правових інститутів цієї сфери та органів державної влади в сфері обігу наркотичних засобів та психотропних речовин.

В структурі правовідносин, обумовлених реалізацією обігу наркотичних засобів, слід виділити суб'єкти правовідносин, що виникають у сфері обігу наркотичних засобів, їх об'єкти і зміст.

Об'єктом розглянутих відносин є дії сторін, які складаються в сфері обігу наркотичних засобів. Об'єктами цього різновиду адміністративно-

правових відносин виступають дії і поведінка уповноважених осіб у зв'язку з обігом наркотичних засобів. Зміст досліджуваних правовідносин складається з суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, що визначають адміністративно-правовий статус їх учасників (суб'єктів). Суб'єкти адміністративних правовідносини – це особи та організації, яким адміністративним законодавством надано можливість або здатність бути носіями прав і обов'язків у сфері управлінської діяльності і вступати в конкретні адміністративно-правові відносини.

Питання про однозначне визначення суб'єкта правовідносин, що виникають у сфері обігу наркотичних засобів, утруднюється у зв'язку з наявністю великої кількості різноманітних учасників даних відносин. При цьому суб'єктами цих відносин, крім самих суб'єктів обігу наркотичних засобів, слід визнавати і ті органи державної влади, які вступають з цього приводу з ними в стосунки. Відносини ці можуть мати регулятивну, контролюючу або наглядову спрямованість. Таким чином, суб'єкти правовідносин, що виникають у сфері обігу наркотичних засобів, можуть бути поділені на дві групи: (а) безпосередні суб'єкти, що здійснюють обіг наркотичних засобів; (б) інші суб'єкти правовідносин, що виникають у сфері обігу наркотичних засобів.

Перша група суб'єктів – це органи державної влади, що беруть участь в адміністративно-правовому регулюванні обігу наркотичних засобів. В основу вивчення цих відносин органів державної влади, на нашу думку, доцільно покласти класичний розподіл державної влади в Україні на виконавчу, законодавчу і судову. При цьому необхідно виділити владу Президента України і інших державних органів. Перша група органів державної влади Україні включає в себе органи виконавчої влади: КМ України, міністерства, державні служби. Важливу роль відіграє Президент України. Усі суб'єкти правовідносин, що складаються в сфері обігу наркотичних засобів, можна класифікувати за функціями на забезпечуючі (наприклад, МОЗ України, МВС України, СБ України та інші, контролюючі (ДСКН України та ін.) і наглядаючі (органи Прокуратури України).

Учасниками правовідносин, що виникають у сфері обігу наркотичних засобів, є фізичні, юридичні особи. Кожна з перерахованих груп має певні правами і несе конкретні обов'язки. Фізичні особи беруть активну участь у правовідносинах, що складаються в сфері обігу наркотичних засобів. Юридичні особи є одним з основних учасників правовідносин, що виникають у сфері обігу наркотичних засобів. Таким чином, приходимо до висновку – в регулюванні адміністративних правовідносин, зумовлених обігом наркотичних засобів, бере участь велика кількість державних органів, виконуючи свої функції в межах наданої законом компетенції, а також фізичні, юридичні і посадові особи, які безпосередньо беруть участь у цих правовідносинах.

Лещенко О. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права

ЩОДО ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ФОРМИ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ

Організаційно-правова форма Національного банку України є невирішеним питанням сучасного фінансового законодавства України. В першу чергу це пов'язане із тим, що центральні банки держав завжди мали подвійну правову природу, з одного боку, виступали, як банк банків, а з іншого – органом державного управління.

Вказана прогалина в законодавстві на практичному рівні може негативно впливати при регулюванні відносин в сфері грошового обігу, в тому числі відносин в сфері емісії на функціонування всієї грошово-кредитної системи держави, оскільки ускладнює взаємовідносини із органами державної влади та іншими комерційними банками. А тому визначення організаційно-правової форми носить не тільки теоретичне, але і практичне значення.

Дослідженню організаційно-правових форм юридичних осіб публічного права присвячено роботи, як правило, цивілістів серед яких можна відзначити: І.М. Кучеренко, О. Кравчук, Т. В. Блащук та ін. Наділенням Національного банку України тією чи іншою організаційно-правовою формою юридичної особи в фінансово-правовій літературі присвячено роботи: Латковської Т.А., Лукашева, Є.О., Єгоричевої С.Б., Голубєва С. О., Макарової Я.М., О. Я. Гайвандова та ін.

Правові основи діяльності Національного банку України, що закріплені в статті 2 цього ж Закону, визначають, що Національний банк України є центральним банком України, особливим центральним органом державного управління. Законодавство, як і більшість наукових поглядів щодо правового статусу вказаного державно-правого інституту, визначає, що центральний банк одночасно є банком, а з іншої сторони – особливим органом державного управління.

Частина 2 статті 4 Закону України «Про Національний банк України» встановлює, що Національний банк є юридичною особою, має відокремлене майно, що є об'єктом права державної власності і перебуває у його повному господарському віданні. При цьому організаційно-правова форма центрального банку України у вказаному законі не визначена. Аналізуючи стан діючого законодавства та світовий досвід застосування організаційно-правових форм центральних банків різних країн, вбачається можливим вирішення вказаного питання двома наглядними напрямками: 1) шляхом створення нової організаційно-правової форми юридичної особи публічного прав, що наділені повноваженнями по управлінню тими чи іншими суспільними відносинами, в тому числі для Національного банку України; 2) шляхом «під-

лаштування» діючих організаційно-правових форм під законодавство і наділенням юридичних осіб публічного права, в тому числі Національний банк України, існуючими організаційно-правовими формами.

Так, під організаційно-правовою формою юридичної особи необхідно розуміти визначену нормами права сукупність пов'язаних між собою елементів (ознак), яка дає підставу у зовнішньому прояві вирізняти один вид юридичної особи від іншого. Іншими словами, це певна сукупність ознак, визначених в правовій нормі: порядок створення (на підставі засновницького договору чи рішення установчих зборів); установчі документи (статут, засновницький договір, меморандум, установчий акт); права та обов'язки учасників (акціонерів, засновників), зокрема наявність чи відсутність об'єктів права власності на пай (частку, акції); відповідальність учасників (акціонерів, засновників) за борги юридичної особи; порядок управління юридичною особою; порядок реорганізації, ліквідації юридичної особи та ін. (Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. –К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004, с. 19). На нашу думку, такий підхід до визначення поняття організаційно-правової форми юридичних осіб є виправданим, оскільки саме вияв пов'язаних зовнішніх ознак, що дозволяють виявити форму (тобто зовнішній прояв певного явища) юридичної особи, надає можливість здійснити в правовій літературі саме класифікації організаційно-правових форм юридичних осіб за обґрунтованими правовими критеріями.

Так, російський вчений Я. М. Макарова пропонує наділити Центральний банк Російської федерації організаційно-правовою формою – державна корпорація. На думку, вказаного вченого, Банк Росії – державна корпорація з особливим конституційним статусом, що заснована Російською Федерацією для здійснення захисту та забезпечення стабільності рубля, яка наділена виключним правом емісії на території Російської Федерації і здійснює свої функції незалежно від органів державної влади (Макарова Я. М. Проблемы правового положения Центрального Банк Российской Федерации как юридического лица. Автореферат дис. канд. юрид. наук / Макарова Я. М. – М., 2001, 12 с.).

На наш погляд, створення нових організаційно-правових форм юридичних осіб публічного права, в тому числі Національного банку України видається малообґрунтованим через неузгодженість запропонованих в літературі пропозицій із діючим законодавством.

Щодо можливості закріплення за Національним банком України діючої організаційно-правової форми юридичних осіб, то на нашу думку, вказаний шлях є найбільш вдалим. В першу чергу, погоджуємось і з думкою Я.А Гайвандановим, який зазначає, «установа» як організаційно-правова форма може бути визнана характерною для всіх юридичних осіб, що здійснюють в

Російській Федерації управлінську діяльність, що направлена на досягнення суспільних благ (А. Я. Гайвандов Организационно-правовая форма Банка России как юридического лица [Електронний ресурс] // http://rfbs.ru/content/view/51/72/). Віднесення Національного банку, як юридичної особи до публічних, можна здійснити на підставі критерію розпорядчого акту його створення – ЗУ «Про Національний банк України» від 20.05.1999 року.

Березовська С. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного та фінансового права

ПУБЛІЧНІ ФІНАНСИ: ПОНЯТТЯ ТА СУТЬ

Серед українських науковців-фінансистів лише в останні роки почало відновлюватися використання такого терміну, як «публічні фінанси» Даний термін певною мірою був притаманний ще дорадянському фінансовому праву, а нині – і сучасному міжнародному фінансовому праву.

За часів дореволюційної Росії в економічній та юридичній літературі терміни «публічні фінанси», «суспільні фінанси» й «державні фінанси» використовувалися як синоніми, а «публічне», «приватне» й «державне» не мало чіткого розмежування. Після Жовтневої революції та проведення націоналізації власності все «публічне» фактично стало ототожнюватися з «державним», унаслідок чого термін «державне» повністю замінив термін «публічне». Термін public finance перекладали як «державні фінанси» задля відповідності термінології, що використовувалася в радянський період історії нашої держави в економічній та юридичній літературі, а також у нормативно-правових документах.

З розбудовою національної фінансової системи в Україні постали питання про необхідність перегляду багатьох базових категорій фінансової науки, одними з яких були категорії «державні фінанси» та «публічні фінанси». Однією з причин цього перегляду була поява нових видів фондів грошових коштів:

1) бюджети органів місцевого самоврядування, які за Конституцією України не є державними фондами й не можуть розглядатися як приватна власність будь-яких осіб;

2) фонди обов'язкового державного соціального страхування, крім Пенсійного фонду, які відповідно до чинного законодавства є неприбутковими самоврядними організаціями.

Отже, поряд з державними фінансами виникли фінанси органів місцевого самоврядування, які як і державні фінанси мають публічний характер. Тобто, виходячи з цього, слід вказати на те, що термін «державні фінанси» не є синонімом терміну «публічні фінанси», так як державні фінанси є вужчим поняттям, ніж публічні фінанси, які включають в себе як і державні фінанси, так і фінанси органів місцевого самоврядування

та інші публічні фонди. Підтвердженням цього може служити визначення видатного французького вченого у галузі цивільного та фінансового права Франції Поль Марі Годме, який зазначав що до публічних фінансів входять:

1) централізовані фінанси (фінанси держави), які зосереджуються у бюджеті країни і формуються за рахунок надходжень від податків, державних позик та інших видів доходів, і витрачаються у централізованому порядку, включаючи дотації місцевим органам, автономним державним організаціям;

2) місцеві фінанси, якими розпоряджаються місцеві органи самоуправління – департаменти, комуни, муніципалітети;

3) соціальне страхування та соціальна допомога. (Годме П. М. Финансовое право: Учебник. – М.: Прогресе, 1978. – С. 10-11).

Згодом термін «публічні фінанси» почав поступово використовуватись у наукових публікаціях як вітчизняних вчених-фінансистів, зокрема, Л. К. Воронової, М. П. Кучерявенко, Т. А. Латковської, О. А. Музики-Стефанчук, А. А. Нечай, О. П. Орлюк, П. С. Пацурківського, І.Ю. Пришви, Л. К. Царьової, так і російських, М. Карасьової, Д. Вінницького, Д. Щекіна та інші.

А. А. Нечай також приділяла велику увагу категорії «публічні фінанси». У 2004 році вона у своїй докторській монографії «Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних видатків» виокремила публічні фінанси від державних фінансів та запропонувала таку систему публічних фінансів, притаманну, на її думку, Україні:

1) публічні фінанси держави – складаються із суспільних відносин, які виникають з приводу утворення, управління, розподілу (перерозподілу) та використання публічних фондів коштів держави;

2) публічні фінанси органів місцевого самоврядування – складаються із суспільних відносин, які виникають з приводу утворення, управління, розподілу (перерозподілу) та використання публічних фондів коштів органів місцевого самоврядування всіх видів;

3) публічні фінанси суспільного (соціального) призначення – складаються із суспільних відносин, які виникають з приводу утворення, управління, розподілу (перерозподілу) публічних фондів коштів, за рахунок яких задовольняються суспільні (соціальні) інтереси, визнані державою чи органами місцевого самоврядування, та які не є державною чи комунальною власністю (Нечай А. А. Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних видатків : монографія / А. А. Нечай. – Чернівці : Рута, 2004. – 264 с. – С. 227-228).

Л. К. Воронова зазначає, що «публічні фінанси – це сформовані фінансовими відносинами грошові фонди, які необхідні для існування публічних органів і фінансування покладених на них функцій» (Воронова Л. К. Фінансове право України. – К, 2006. – с. 448. – С. 10).

У 2010 році термін «публічні фінанси» знайшов своє відображення на сторінках вітчизняного Академічного курсу з фінансового права, виданого О. П. Орлюк, у якому зазначалося, що предметом дослідження фінансового права є публічні фінанси держави та місцевих громад, тобто економічні відносини з мобілізації, розподілу, перерозподілу та витрачання публічних фондів коштів держави й органів місцевого самоврядування для забезпечення розширеного відтворення, гідного рівня життєдіяльності, соціально-культурних потреб, тобто – публічних потреб суспільства (Орлюк О. П. Фінансове право. Академічний курс: підручник / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 880 с. – С.8, 24).

Отже, виходячи з вище зазначеного та підтримуючи вище вказані визначення публічних фінансів, уявляється можливим дати таке визначення: публічні фінанси – система економічних відносин, що виникають у процесі формування, розподілу та використання грошових фондів, необхідних для виконання завдань та функцій держави, органів місцевого самоврядування, інших фондів, визначених державою публічними, та необхідних для забезпечення та задоволення суспільних потреб, а також пов'язані зі здійсненням контролю за ефективним і цільовим використанням цих фондів коштів.

Фрич Р.І.
Приватний нотаріус Івано-Франківського міського нотаріального округу

ПОНЯТТЯ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ БЮДЖЕТНОЇ УСТАНОВИ

Бюджетними установами є органи публічної влади, установи та організації, що створені ними для здійснення управлінських, фінансових та інших важливих для держави та територіальних громад функцій, повністю утримуються за рахунок коштів Державного та місцевих бюджетів, здійснюють свою діяльність на підставі кошторисно-бюджетного фінансування та володіють правом надання різних видів послуг в межах чинного законодавства України.

Першоосновою змісту фінансово-правового статусу бюджетної установи є її фінансова діяльність, що знаходить вияв у кількох аспектах: по-перше, бюджетна установа наділяється винятковою правосуб'єктністю, яка реалізується в ході бюджетного процесу; по-друге, проявляється в процесі здійснення своїх локальних функцій кожною бюджетною установою в ході управління всередині неї; по-третє, проявляється при здійсненні механізму контролю за рухом коштів, їх ефективним і цільовим використанням та фінансуванням організацій, що перебувають в їх підпорядкуванні (Чуприна Л. М. Бюджетна установа як особливий суб'єкт

фінансових правовідносин / Л. М. Чуприна // Бюлетень Міністерства юстиції України. – № 2, 2009. – С. 135).

Визначення правового статусу бюджетної установи дає можливість з'ясувати її місце серед інших суб'єктів фінансового права, правові можливості здійснювати свої функції під час виконання бюджету, функції щодо забезпечення економічних, соціальних, культурних та інших інтересів держави, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування у сфері бюджетних правовідносин. Правовий статус бюджетної установи є комплексною правовою категорією, яка об'єднує такі складові: права та обов'язки, нормативне закріплення мети, предмета і напрямів діяльності, правові форми, відносини власності, зміст майнових прав і обов'язків, порядок створення і припинення діяльності, органи управління та їх компетенція, система юридичних гарантій і відповідальність (Монаєнко А. О. Правові основи фінансування видатків на освіту та науку // Монографія. – Львів: Вид-во «Червона калина», 2009. – С. 99).

Виділяють дві групи прав та обов'язків бюджетної установи як суб'єкта бюджетного права: основні — це найбільш значущі права та обов'язки, що характеризують бюджетну установу як учасника бюджетного процесу і мають публічний характер, це загальнообов'язкові права та обов'язки, якими наділені бюджетні установи як розпорядники бюджетних коштів відповідно до норм бюджетного законодавства; другорядні – права та обов'язки, властиві бюджетній установі як юридичній особі, неприбутковій організації та платнику податків тощо. Кожну групу бюджетних установ (органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування) законодавець наділив визначеним комплексом прав та обов'язків. Усі вони спрямовані на досягнення єдиного результату — ефективного та цільового використання бюджетних коштів задля досягнення завдань держави (Чуприна Л. М. Бюджетна установа як особливий суб'єкт фінансових правовідносин / Л. М. Чуприна // Бюлетень Міністерства юстиції України. – № 2, 2009. – С. 136).

Варто зазначити, що фінансово-правовий статус бюджетної установи є системою закріплених у чинному законодавстві України фінансових прав, фінансових обов'язків та фінансово-правової відповідальності, відповідно до яких бюджетна установа як суб'єкт фінансового права може здійснювати фінансову діяльність.

Отже, бюджетна установа може розглядатися як учасник фінансових правовідносин, який прямим чином отримує бюджетне фінансування від головного розпорядника бюджетних коштів, здійснює відповідні видатки в межах затвердженого ним кошторису, а також може отримувати позабюджетні кошти на спеціальні рахунки, які відкриті органах державної казначейської служби України.

Беспалова А. О.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права

ПЕНЯ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ

Відомо, що серед примусових заходів, що застосовуються в податковій сфері, помітне місце посідає, зокрема, стягнення пені. Однак сьогодні як в науці, так і на практиці відсутня єдність підходів щодо правової природи цього правового явища. Отже, задля з'ясування цього питання, звернемось до аналізу чинного законодавства, та досліджень таких вчених, як Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, І.І.Кучеров, В. В. Кириченко, З. М. Будько, А.Й. Іванський, Ю. А. Крохіна та ін.

Відповідно до пп.14.1.162.п.14.1. ст.14 Податкового кодексу України, від 02.12.2010 р., в редакції від 01.04.2013 (далі – ПК України), пеня – сума коштів у вигляді відсотків, нарахованих на суми грошових зобов'язань, не сплачених у встановлені законодавством строки. За п.111.2. ст.111 ПК України фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та/або пені. Відповідно до п.1.3. Інструкції про порядок нарахування та погашення пені за платежами, що контролюються органами державної податкової служби, затв. Наказом ДПА 17.12.2010р. № 953, п.1.3. ([Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1350-10), «штрафна санкція (фінансова санкція, штраф) – плата у вигляді фіксованої суми та/або відсотків, що справляється з платника податків у зв'язку з порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотриманням яких покладено на контролюючі органи…»; «пеня – сума коштів у вигляді відсотків, нарахованих на суми грошових зобов'язань, не сплачених у встановлені законодавством строки». На відміну від українського законодавства, в Російській Федерації (Налоговый кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.consultant.ru/popular/nalog1 –ст.72) та Білорусії (Налоговый Кодекс Республики Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nalog.gov.by/legal/ – ст.49) пеню віднесено до способів забезпечення виконання обов'язку по сплаті податків та зборів.

В науці такий підхід теж знайшов своє відображення, однак він не є домінуючим. Наукові погляди на природу пені можливо систематизувати на такі: 1) пеня – це спосіб забезпечення виконання податкового зобов'язання. (Л. К. Воронова, В. В. Кириченко, Є.А. Імикшенова), 2) пеня – це санкція (І.І. Кучеров, М. П. Кучерявенко, З. М. Будько, А.Й. Іванський, Н. В. Туркіна, Ю. А. Крохіна). З. М. Будько розглядає пеню як різновид фінансових санкцій – міру фінансово-правової відповідальності. (Будько З. М. Фінансово-правова відповідальність за вчинення податкових правопорушень: автореф.дис.…канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / З. М. Будько. – Запоріжжя, 2005. – с.13). В. В. Кириченко відносить пеню

до спеціальних (галузевих) способів забезпечення виконання податкового обов'язку, зазначаючи в той же час, що пеня має подвійну правову природу, одночасно виступаючи способом забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів та засобом податкової відповідальності.(Кириченко В. В. Способи забезпечення виконання податкового обов'язку: автореф. дис.…канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / В. В. Кириченко – Ірпінь, 2005. – с.9;13). Російський вчений І.І.Кучеров, визнаючи примусовий характер пені та її стимулюючу дію, вважає, що додаткове майнове обтяження платників податків, яке передбачається при стягненні пені, цілком дозволяє віднести її до фінансових (податкових) санкцій, але не каральних, а – правовідновлювальних. (Кучеров И. И. Теория налогов и сборов (Правовые аспекты): монография. – М.:ЗАО «ЮрИнфоР», 2009. – с.417). Такої ж позиції додержується й Стрєльніков В. В.(Стрельников В. В. Пеня – санкция нормы налогового права//Финансовое право. 2001. – № 2. – С.48.). Бахрах Д. Н. розглядає сплату пені в адміністративно-правовому колі як реалізацію відновлювальної санкції, особливість якої полягає в можливості її виконання винним суб'єктом добровільно, тобто без втручання владних органів. (Бахрах Д. Н. Административное право. [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://be5.biz/pravo/a002/119.htm). М. П. Кучерявенко, який виокремлює податкові санкції в рамках фінансових, відносить пеню до податкових санкцій. (Податкове право: Навч. посіб. / Г. В. Бех, О. О. Дмитрик, Д. А. Кобильнік та ін.; За ред. проф. М. П. Кучерявенка. – К.:Юрінком Інтер, 2003.–с.22.). На компенсаційний характер, правовідновлювальну природу та майнову форму пені як міри юридичної відповідальності вказує й Ю. М. Крохіна. Зокрема, вчена зазначає, що застосування пені й недоїмки не тягне обмеження суб'єктивного права платника податку на грошову суму, еквівалентну недоїмці чи пені, оскільки право на цю частину доходу від початку належить державі, через публічний характер податку, підтверджений законом (Крохина Ю. А. Налоговое право. 5-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮРАЙТ, 2011. [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://бизнес-учебники.рф/book-taxes/sanktsii-nalogovom-prave.html).

Нажаль, судова практика теж не має єдиного підходу щодо місця пені в законодавстві. Так, в Рішенні Вищого адміністративного суду України № К-21815/07 по справі № 7/146-2007 (22а-2849/07) від 05.08.2010 ([Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://jurportal.org/writ/10704309) суд дійшов висновку, що «одночасне застосування заходів відповідальності у вигляді пені та у формі штрафу за несвоєчасну сплату податкових зобов'язань є, по суті, подвійною відповідальністю за одне й те саме правопорушення, що суперечить статті 61 Конституції України». Протилежної думки додержується Верховний суд України, який в Постанові від 27.04.2012р. по справі № 06/5026/1052/2011 ([Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.yurincom.com/ua/legal_practice/?id=11882) зазначаючи, що пеня і штраф є видами штрафних санкцій, «тобто не є окремими та

самостійними видами юридичної відповідальності. У межах одного виду відповідальності може застосовуватися різний набір санкцій». В будь-якому разі, в судовій практиці пеня розглядається саме як міра відповідальності, санкція. За Великим тлумачним словником сучасної російської мови Д. Н. Ушакова ([Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Ushakov-term-66423.htm)., санкція (в юр.аспекті) – це умова, яка забезпечує виконання закону, договору (юр.).

Виходячи з аналізу законодавства та підходів вчених, можна виокремити наступні характерні риси пені: 1) виключно компенсаційний характер, майнова форма пені; 2) нарахування пені не пов'язано з додатковим обтяженням у вигляді позбавлення певних благ; 3) правовідновлювальна природа, що й дозволяє поєднувати застосування пені разом із штрафом, який виступає каральною санкцією, не порушуючи конституційний принцип non bis et idem; 4) забезпечується державним примусом; 5) законодавче закріплення механізму та умов стягнення пені; 6) підставою нарахування пені є вчинення податкового правопорушення. Як вбачається із положень пп.129.1.1. п.129.1. ст.129 ПК України, саме протиправна бездіяльність платника податків, що спричинила закінчення встановлених цим Кодексом строків погашення узгодженого грошового зобов'язання на суму податкового боргу, виступає підставою нарахування пені. Таким чином, вищенаведене дозволяє розглядати пеню в податковому праві як компенсаційну, правовідновлювальну санкцію у вигляді стягнення грошової суми у відсотковому еквіваленті за кожен день прострочення виконання податкового зобов'язання, спрямовану на відшкодування понесених державою збитків, завданих таким простроченням.

Лавренова О.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри адміністративного і фінансового права

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ПРАВОВОГО АКТА УПРАВЛІННЯ

Процес державного управління неможливо уявити без видання і реалізації правових актів управління, адже дані акти займають особливе місце в системі засобів реалізації компетенції органу державного управління. Саме за допомогою їх прийняття і здійснюються державно-владні повноваження органів державної влади, конкретизується їх владне волевиявлення відносно встановлення, зміни або відміни правової норми, що регулює відповідні суспільні відносини. У зазначених актах найбільш явно проявляється владний характер державної діяльності. Це обумовлює особливий інтерес до дослідження сутності та властивостей правових актів управління, за допомогою яких органи державної влади здійснюють регулювання в різних сферах суспільного життя.

Аналіз різних підходів, що існують в юридичній літературі щодо визначення поняття «правовий акт управління», дає підстави говорити про наявність трьох найбільш поширених точок зору щодо цієї проблеми.

Прихильники першої точки зору ототожнюють правовий акт управління з правовою формою державного управління. Такий підхід в більшості був притаманний радянській правовій науці. Зокрема, М.І. Єропкін розумів під правовим актом управління особливу юридичну форму виконавчої та розпорядчої діяльності державних органів (Административное право / под ред. М. И. Еропкина. 1971. С. 130). Необхідно зазначити, що даний підхід відображає одну з важливих властивостей правового акту управління. Все ж повністю погодитись з таким визначенням не можна, адже правові форми державного управління окрім прийняття правових актів включають також такі форми як: укладення адміністративних договорів та здійснення інших юридично значущих дій.

По-друге, правовий акт управління визначають як владне волевиявлення органу державного управління. Так, російський вчений Р. Ф. Васильєв визначає правові акти управління як владне волевиявлення суб'єктів державного управління, які встановлюють, застосовують, змінюють, скасовують правові норми, що відбувається в процесі здійснення функцій державного управління в установленому порядку на основі та на виконання законів (Васильев Р. Ф. Акты управления. 1987. С. 139-140). Цікавою видається думка, що, визнаючи правовий акт тільки як волевиявлення, не можна пояснити існування актів, які були видані не існуючими нині органами, адже будь-яка дія, у тому числі й волевиявлення, виконується кимнебудь й одним з її невід'ємних елементів виступає суб'єкт (Артеменко І.А. Поняття адміністративних актів органів виконавчої влади // Право і безпека. 2012. № 4. С.37).

Найбільш вдалою видається третя точка зору, прихильники якої визначають правовий акт управління як офіційний припис або документ, що виходить від компетентних органів. Зокрема, Ю. П. Битяк під правовим актом розуміє офіційний припис, заснований на законі, прийнятий суб'єктом управління на будь-якому рівні державної ієрархії в порядку одностороннього волевиявлення й у межах його компетенції з додержанням встановленої процедури та форми, що тягне за собою певні юридичні наслідки (Адміністративне право України: Підручник / за ред. Ю. П. Битяка. 2007. С.138).

Сутність правового акту управління відображається також в його властивостях, серед яких можна виділити наступні:

1. Правовий акт управління є різновидом управлінських рішень, за допомогою якого здійснюють державне управління в адміністративно-політичній, економічній та соціально-культурній сферах суспільного життя.

2. Правовий акт управління є волевиявленням, яке спричиняє певні правові наслідки.

3. Правовий акт управління є підзаконним актом. Підзаконність правового акта управління означає, що він має відповідати всім вимогам законів та інших актів вищестоящих органів як за змістом, так і за порядком видання і формою закріплення.

4. Видання правових актів управління допускається виключно уповноваженим суб'єктом державної влади і лише в межах його компетенції.

5. Правовий акт управління є загальнообов'язковим. Це означає, що даний акт офіційно визнається і захищається державою та її інститутами. Його зобов'язані виконувати фізичні та юридичні особи, яким він адресований, з ним вони мають погоджувати свої акти та юридичні дії. Ігнорування правових актів, їх порушення, перешкоджання реалізації актів є порушенням закону.

6. Правовий акт управління приймається в односторонньому порядку компетентним суб'єктом владних повноважень. В даному акті оформляються владні повноваження органів державної влади, а також їх посадових осіб, спрямовані на виконання завдань та функцій державного управління.

7. Правовий акт управління має спеціальну форму і порядок прийняття. Такі акти приймаються виключно в установленому законом порядку й згідно з офіційно передбаченою процедурою.

Отже, правовий акт управління можна визначити як офіційний підзаконний припис державно-владного характеру, що приймається в порядку одностороннього волевиявлення і в межах компетенції уповноваженим суб'єктом державного управління у встановленому законом порядку для здійснення завдань і функцій державного управління.

Нечитайленко О.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри адміністративного і фінансового права

АДМІНІСТРАТИВНИЙ КОНТРОЛЬ І НАГЛЯД: ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ТА РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ

Держава як форма організації публічної влади для ефективного виконання поставлених перед нею задач повинна мати можливість впливати на реалізацію всіх прийнятих чи санкціонованих нею рішень. Ефективне управління не можливе без контролю і нагляду, що виступають основними способами забезпечення законності та дисципліни.

Питання розмежування і співвідношення контролю і нагляду має важливе як теоретичне, так і практичне значення. Проблема співвідношення полягає в тому, що в теорії права немає чітких критеріїв розмежування

контрольної і наглядової діяльності. Діюче законодавство не розмежовує ці поняття, а діяльність органів, які здійснюють контроль і нагляд часто пересікаються і дублюються.

Як зазначає О. Ф. Андрійко, контроль – це об'єктивна реальність розвитку соціальної системи. Він тією чи іншою мірою характерний для усякого суспільного ладу (Андрійко О. Ф. Державний контроль і тенденції його розвитку в умовах ринкових відносин // Правова держава : міжвід. зб. наук. пр. – К., 1993. – Вип.4. – С. 49-53).

На думку Є.В. Щоріної, адміністративний нагляд – це самостійна форма контролю, сутність якої одна, незалежно від того, яким органом контроль здійснюється. Адміністративний нагляд не може бути пов'язаний із втручанням у діяльність піднаглядного об'єкта чи органу управління, а у випадках, коли таке втручання є, нагляд поступається місцем контролю. (Шорина Е.В Контроль за деятельностю государственного управления в СССР. – М.,. – С.255).

Нагляд як відмінний від контролю організаційно-правовий спосіб забезпечення законності й державної дисципліни у сфері адміністративно-правового регулювання є особливою специфічною формою діяльності відповідних державних органів, спрямованою на систематичне спостереження за діяльністю суб'єктів управлінських адміністративно-правових відносин з метою перевірки відповідності їх рішень і дій нормам законодавства (Собакарь А. О. Співвідношення контролю та нагляду як функцій публічного управління // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності – 2010. – № 2 –С.61).

Так, Ф.С. Разаренов вбачає відмінності повноважень органів внутрішнього спеціального контролю від повноважень органів адміністративного нагляду в обсязі прав, наданих цим органам (Разаренов Ф.С О сущности и значении административного надзора в советском государственном управлении // Вопросы административного права на современном етапе –М., 1963. – С.75-78).

На відміну від точки зору Ф.С. Разаренова, який вважав, що наглядові органи не володіють правом втручатися в адміністративну діяльність об'єктів перевірки, М.С. Студенікіна виходить з того, що для нагляду характерно обмежене втручання в сферу діяльності об'єктів нагляду (Студеникина М. С. Государственный и общественный контроль в СССР – М.,1970. –С.180).

Доцільним у справі відмежування понять «контроль» та «нагляд» буде взяти за основу міркування В. М. Гаращука, на думку якого, «втручання в оперативну діяльність підконтрольного органу та право самостійно притягувати винних осіб до правової відповідальності і є основною відзнакою контролю від нагляду» (Гаращук В. М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні : дис. …д-ра. юрид.

наук : 12.00.07 / В. М. Гаращук ; Нац. юрид.академія ім. Ярослава Мудрого. – Х.,2003. – С.77-78).

При розмежуванні цих двох понять основна проблема полягає в тому, що вчені беруть за основу різні критерії (чи то глибину контрольної діяльності, чи можливість скасування рішення підконтрольної структури тощо).

Найбільш вагомими ознаками, які відрізняють контроль від нагляду є:

– Ціль діяльності контрольних і наглядових органів – виявлення законності і доцільності. Діяльність об'єктів нагляду оцінюють тільки з точки зору законності. Органи контролю можуть проводити перевірку підконтрольних об'єктів як з точки зору законності його дій, так і з точки зору їх доцільності.

– Питання втручання в оперативно-господарську і організаторську діяльність об'єктів контролю і нагляду. Більшість вчених вважає, що органи нагляду не втручаються в діяльність об'єктів нагляду, а контрольні органи своїми приписами впливають на діяльність підконтрольних об'єктів.

– Можливість застосування заходів впливу органами контролю і нагляду. Контрольна діяльність розуміється ширше, ніж наглядова. Це пов'язано з тим, що контроль включає в себе можливість не тільки наглядати за дотриманням законодавства і піднімати питання про усунення порушень, але і виправляти їх самостійно в межах наданої компетенції.

– Можливість притягнення винних до відповідальності і накладення санкцій. В ході проведення контролю можуть застосовуватися заходи впливу щодо осіб, вину яких доказано. Наглядова діяльність не пов'язана з їх застосуванням.

– Органи нагляду здійснюють свої повноваження щодо об'єктів, які їм організаційно не підлеглі, органи контролю – в основному по відношенню організаційно підлеглих об'єктів.

На даний час адміністративно-правова наука не представила єдиний підхід для розуміння адміністративного контролю і нагляду, який би поєднувався з законодавчими положеннями, що встановлюють статус контрольно-наглядової діяльності. Важливість розмежування адміністративного контролю і нагляду полягає в необхідності окреслити межі втручання органів виконавчої влади в діяльність осіб, що не знаходяться в організаційній підлеглості цих органів. На відміну від контролю адміністративний нагляд дозволяє забезпечити дотримання правил, норм і стандартів непідлеглими суб'єктами. Саме тому важливо визначити, хто і в яких випадках має право втручатися і вимагати доцільності дій і рішень, а хто – тільки перевіряти дотримання норм законодавства.

Хамходера О. П.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри адміністративного і фінансового права

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ОПТИМІЗАЦІЇ СИСТЕМИ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Новий етап адміністративної реформи в Україні був започаткований Указом Президента «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 9 грудня 2010 року. Численні зміни до нього (станом на сьогодні – 15) свідчать про триваючий характер модернізації та продовження пошуку оптимального співвідношення центральних органів виконавчої влади (далі – ЦОВВ). Одночасно, аналіз здійснених заходів дозволяє виділити декілька концептуальних та прикладних проблем, що склалися у даній сфері.

Так, неоднозначним та суперечливим залишається розмежування функцій між відповідними органами. Використаний в процесі оптимізації підхід є дворівневим, де на першому відбувається відокремлення суто адміністративних функцій (котрі закріплюються за іншими ЦОВВ) від нормативно-правового регулювання та формування державної політики (що віднесені до компетенції міністерств). Це відповідає вітчизняним теоретичним напрацюванням (див. План модернізації державного управління: пропозиції щодо приведення державного управління та державної служби України у відповідність із принципами й практиками демократичного урядування / Кол. авторів; під. заг. ред. Т. Мотренка. – К.: Центр адаптації державної служби до стандартів ЄС, 2010. – С. 15-17) та знайшло закріплення в ЗУ «Про центральні органи виконавчої влади», стаття 6 якого передбачає: «міністерство є центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну політику …». Однак, створене 24 грудня 2012 року Міністерство доходів і зборів розмиває чіткість відповідного бачення. В пп. 1 п. 3 положення про нього, завданням Міндоходів визначено реалізацію єдиної державної податкової та митної політики. При цьому, воно забезпечує формування даної політики лише в частині адміністрування податків і зборів, митних платежів; формування інших частин податкової і митної політики здійснює Міністерство фінансів України (згідно з п. 1 положення від 08.04.2011 р). Таким чином, Міндоходів (єдине з 18-ти) повинно реалізовувати політику, що сформована (для нього) іншим міністерством. Подібна ситуація більше властива для інспекцій, агентств або служб та не узгоджується із вищезазначеною нормою закону. Крім того, в аспекті здійсненого перетворення, цікавою стає реалізація приписів п. 3 ч. 2 та ч. 6 статті 25 Митного кодексу України, які закріплюють можливість адміністративного оскарження рішень, дій або бездіяльності центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері державної митної справи (його керівника) до центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування

та реалізує державну політику у сфері фінансів. Якщо раніше оскарження дій/бездіяльності голови ДМСУ до Міністерства фінансів заперечень не викликало, то тепер допустимість розгляду останнім скарги щодо Міністерства доходів і зборів (котре очолило митну службу) є неоднозначною. Між даними органами відсутні відносини підпорядкування, що виключає адміністративний перегляд; одночасно – в статтях 24 та 25 Митного кодексу закріплено право особи на оскарження та порядок його реалізації. Відмова у розгляді скарги допустима лише якщо законом встановлено виключний порядок вирішення спору (наприклад, оскарження **наказів** міністерства до адміністративного суду закріплено в ч. 8 ст. 15 ЗУ «Про центральні органи виконавчої влади). Відмова в інших випадках порушуватиме принцип пріоритету прав і свобод людини.

На другому рівні відбувається розмежування між іншими ЦОВВ функцій з реалізації державної політики. При цьому, якщо більшість функцій ЦОВВ становить: надання адміністративних послуг, він утворюється як служба; управління об'єктами державної власності – агентство; контроль і нагляд – інспекція. Під час проведення адміністративної реформи дотримання даного правила не було чітким, що може викликати деякі зауваження. Наприклад, Державна служба експортного контролю поєднує у своїй назві взаємовиключні слова: «служба» (надання адміністративних послуг) та «контроль». Будучи спеціально уповноваженим органом виконавчої влади з питань державного експортного контролю, вона, здавалося б, повинна створюватися як інспекція.

Основною причиною питань щодо правильності назви інших ЦОВВ (переважно служб) є одночасне наділення їх повноваженнями по наданню адміністративних послуг та реалізації контрольно-наглядових заходів. Фахівці в галузі адміністративного права та управління по-різному характеризують дану ситуацію: допускають поєднання відповідних функцій (див. зазнач. План модернізації державного управління. – С. 17) або заперечують, обґрунтовуючи це їх конфліктністю, що містить найбільшу корупційну складову (див. Коліушко І. Головна вада реформи – гіперцентралізація влади // Дзеркало тижня. – 2010. – № 46.). На наш погляд, інституційно розірвати зв'язок між наданням адміністративних послуг та контролем у багатьох сферах як неможливо, так і недоцільно. Який орган більш ефективно перевірить дотримання ліцензійних умов, ніж той, що уповноважений видавати ліцензію?

Варто відмітити, що протягом останнього часу відбулася зворотна зміна напряму адміністративної реформи у питаннях:

1. Окремих ЦОВВ. Так, 9 грудня 2010 року Міністерство промислової політики України було реорганізоване в Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном, а через два роки (24.12.2012 р.) останнє назад перетворене в Міністерство промислової політики. Подібне відбулося і з утвореним шляхом оптимізації двох міністерств, а згодом (28.02.2013 р.) майже зворотно реорганізованим

Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України; кінцевий підсумок даних дій (виділення Державної служби інтелектуальної власності, ліквідація Вищої атестаційної комісії) міг бути досягнутий без витрат на злиття/роз'єднання міністерств. Вказане свідчить про необхідність більш зваженого (науково обгрунтованого) підходу до розробки мір по удосконаленню системи державного управління; разом з тим, це ілюструє складність реформаторських перетворень, що не завжди призводять до очікуваних результатів.

2. Поєднання посад віце-прем'єр-міністрів та міністрів. Вченими воно було охарактеризоване як позитив, спроможний покращити організацію роботи Кабміну та чіткіше встановити пріоритетні напрямки державної політики (Розвиток публічного права в Україні (доповідь за 2009-2010 роки) // За заг. ред. В. Н. Александрової, І.Б. Коліушка. – К.: Вид. Конус-Ю, 2011. – С. 209.). Конкретні посади міністрів, що займалися віце-прем'єр-міністрами частково змінювались протягом 2011-2012 років (економічного розвитку і торгівлі; інфраструктури; соціальної політики; регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства; охорони здоров'я), а Указом Президента від 24 грудня 2012 року практика поєднання була припинена. При цьому, в багатьох положеннях (про Державне агентство автомобільних доріг, про Державну авіаційну службу та ін.) продовжує застосовуватися неактуальне словосполучення «віце-прем'єр-міністр України – міністр…». Подібне протиріччя не єдине. Зокрема, згідно з п. 1 Положення про Державну службу гірничого нагляду та промислової безпеки (станом на 26.04.2013 р.), вона координується через Міністра надзвичайних ситуацій, хоча дане міністерство реорганізоване, а спрямування служби закріплене за Міненерговугілля.

Причиною виникнення зазначених технічних недоліків є низька оперативність узгодження численних указів глави держави. Такі упущення не створюють сутнісної проблеми, але все-одно можуть ускладнювати розуміння (а через це і втілення) реформи. Практика правотворчості повинна неухильно слідувати вимозі про прийняття нормативно-правового акту із обов'язково одночасним внесенням обумовлених ним змін.

Андрійчук А. В.

Чернівецький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», асистент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права

БАНКІВСЬКИЙ КОНТРОЛЬ: ПРАВОВИЙ ТА НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ

Досліджуючи правову природу поняття «банківський контроль» необхідно зазначити, що його трактування у законодавстві України відсутнє. Ні Закон України «Про Національний банк України», ні Закон України «Про банки та банківську діяльність», які безумовно є основними законо-

давчими актами у сфері банківського права, не надають пояснення даного визначення. Вживається лише сам термін «контроль», але не словосполучення «банківський контроль». Така практика законодавчого закріплення існує не лише в Україні. Наприклад, російське законодавство також не містить трактування «банківського контролю».

Деякі аспекти банківського контролю вивчались такими українськими та російськими вченими, як Савченко Л. А., Заверуха І.Б., Орлюк О. П., Андрійко О. Ф., Грачева О. Ю., Хімічева Н.І. та ін.

В етимологічному словнику вказується, що історія терміну «контроль» бере свій початок з XIV ст. і означає перевіряти, завіряти, регулювати (Online etymology dictionary [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=control&searchmode=none). Безумовно, для того, щоб правильно зрозуміти сутність поняття «банківський контроль» необхідно спочатку визначити зміст самого поняття «контроль», адже саме він є його основою. В енциклопедичному словнику Ф. А. Брокгауза та І.А. Ефрона тлумачення самого поняття «контроль» не дається. Натомість, автори одразу відсилають нас до тлумачення поняття «державний контроль», де зазначається, що державний контроль полягає у: перевірці всіх фінансових звітів підвідомчих міністерств; у нагляді за правильністю та законністю надходження державних доходів та здійснення державних витрат. Тобто, автори словника вдаються до ототожнення понять «контроль» та «нагляд» (Энциклопедический словарь. Изд. Ф. А. Брокгауз и И. А. Ефронъ. – Т. 9. – СПб. – 1895. – С. 408-411). Словник російської мови С.І. Ожегова контроль визначає, як «…постійне спостереження з метою перевірки та нагляду; перевірка» (Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. – М. – 1989. – С. 377).

Жоден юридичний термін не може бути цілковито досліджений та охарактеризований без аналізу нормативно-правової бази, адже вона є основною сферою його використання. Саме тому, варто розглянути приклади його трактування, способи його фіксації, контекст, у якому він вживається у законодавстві. Наприклад, Закон України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» вказує: контроль – перевірка проектної документації на продукцію, процесу її виготовлення і монтажу та визначення її відповідності встановленим вимогам (Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності: Закон України від від 01.12.2005 р. № 3164-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 12).

Аналізуючи різні точки зору вчених та науковців, варто зробити висновок, що вони зводяться до трьох основних підходів розуміння цього поняття: віднесення банківського контролю до одного з видів фінансового; ототожнення банківського контролю та банківського нагляду; розгляд банківського контролю як самостійного поняття. Прихильниками першого підходу є Толстопятенко Г. П., Тосунян Г. А., Карасьова М. В., Вікулін Г. А., Грачева О. Ю. та ін.

Російський вчений В. Т. Батичко у своєму підручнику «Фінансове право» зазначає наступне: «.. фінансовий контроль має такі види, як…. банківський, .». При цьому, автор щодо даного терміну вказує: банківський контроль здійснюється банками під час здійснення операцій по кредитуванню, фінансуванню та розрахункам (В. Т. Батычко. Финансовое право. Конспект лекций / В. Т. Батычко. – Таганрог: ТТИ ЮФУ, 2009).

Л. А. Савченко також схиляється до думки, що банківський контроль є одним із видів фінансового, проводячи класифікацію за такою підставою, як сфера фінансової діяльності. При цьому, інші види фінансового контролю, на думку вченої, є подібними до вищевказаних – тих, які наводять Г. А. Тосунян та А. Ю. Вікулін (Савченко Л. А. Правові основи фінансового контролю : навч. посіб. /Л. А. Савченко. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 504 с. – С. 142). Думку про те, що банківський контроль та банківський нагляд є тотожними поняттями розділяє російський вчений А. Я. Курбатов. Вчений зазначає, що банківське законодавство змішує поняття «контроль» та «нагляд» в їх класичному розумінні. Також, автор вказує, що банківський нагляд на відміну від загальноприйнятого поняття нагляду передбачає втручання Банка Росії як наглядового органу у діяльність кредитних організацій і, по суті, є контролем (Банковское право России : учебник / А. Я. Курбатов. – М . : Высшее образование; Юрайт-Издат, 2009. – 561 с.).

Остання концепція охоплює ідеї та думки вчених, розуміння банківського контролю яких зводиться до відділення його у самостійну категорію, окрему від банківського нагляду. Наприклад, професор Г. А. Тосунян стверджує: «Спірним (у контексті діючого законодавства) є твердження, що державний банківський контроль це складова частина державного фінансового контролю». (Тосунян Г. А. Финансовое право: Конспекты лекций и схемы: Учеб. Пособие / Г. Тосунян, А. Викулин. – 2-е изд. – М. : Дело, 2002. – 224 с.). Пасічник В. В. вважає, що під контролем за діяльністю банків слід розуміти цілісне й безперервне відстеження здійснення банками їх діяльності згідно із нормативно-правовими актами (Пасічник В. В. Банківський нагляд: правові засади та проблеми здійснення / В. В. Пасічник // Банківське право України / під заг. ред. А. О. Селіванова. – К. : Ін Юре, 2000. – 368 с.).

На нашу думку, остання концепція є найбільш вдалою. Сформулюємо декілька положень на підтримку такої точки зору. По-перше, саме поняття «контроль» існує вже давно і за своєю суттю зводиться до діяльності компетентних органів, яка полягає у проведенні перевірок, що здійснюються з певною періодичністю. Якщо говорити про нагляд – то він відрізняється своєю постійністю, адже нагляд проводиться безперервно, безупинно. Таким чином, ми вже бачимо різницю між контролем та наглядом. По-друге, основним суб'єктом банківського контролю безумовно є Національний банк України, що також свідчить про ще один критерій для відокремлення розглядуваної дефініції у самостійну категорію.

Гнатовська А.І.
Чернівецький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», асистент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ОЗНАК БЮДЖЕТНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Бюджетні правовідносини є складним та багатогранним поняттям, дослідженням та визначенням якого займаються вчені-фінансисти. Вченими дане поняття розглядається як:

1) вид суспільних відносин, в яких за допомогою спеціальних методів реалізується встановлена чи санкціонована державою система фінансово-правових норм в конкретні правовідносини щодо взаємодії держави та її адміністративно-територіальних утворень у бюджетній діяльності (Крохина Ю. А. Бюджетное право России. – 2010. – с. 69);

2) правовідносини, які спрямовані на подолання політико-правових конфліктів, мають владно-вольовий і публічний характер, опосередковують процес реалізації матеріальних бюджетно-правових норм, мають динамічний і періодичний характер, є безпосередньо або опосередковано грошовими (Чернадчук В. Д. Стан та перспективи розвитку бюджетних правовідносин в Україні. – 2008. – с. 62);

3) урегульовані нормами права суспільні відносини економічного та матеріального характеру, що виникають, змінюються та припиняються у сфері бюджетної діяльності органів публічної влади та спрямовані на задоволення публічного інтересу (Музика-Стефанчук О. А. Органи публічної влади як суб'єкти бюджетних правовідносин. – 2011. – с. 55);

4) суспільні відносини, врегульовані бюджетно-правовими нормами, пов'язані з розподілом, перерозподілом та витрачанням фінансових ресурсів, акумульованих бюджетною системою України (Орлюк О. П. Фінансове право. – 2010. – с. 223).

Бюджетні правовідносини входять до системи фінансових правовідносин, які щогодини розвиваються, вони мобільні в силу зміни економічних, соціальних і політичних умов, змін, що відбуваються в регулюючих їх фінансово-правових нормах, а також через мінливість самої сфери фінансової діяльності, у зв'язку з чим змінюється й поняття фінансових правовідносин (Дмитрик О. А. Содержание и классификация финансовых правоотношений. – 2004. – с. 13).

Серед усіх видів фінансових правовідносин бюджетні правовідносини є найбільш стабільними, оскільки на законодавчому рівні максимально врегульований процес збору та витрачання фінансових ресурсів, їх основними учасниками є публічні органи влади та їх посадові особи, які діють виключно в межах своєї компетенції, що також сприяє сталості бюджетних правовідносин. У зв'язку з цим, бюджетні правовідносини одночасно

наділені загальними ознаками та характеризуються своїми специфічними особливостями.

Бюджетним правовідносинам притаманні такі ознаки:

по-перше, їх виникнення, розвиток, зміна та припинення пов'язана з нормами бюджетного права;

по-друге, бюджетні правовідносини є формою реалізації бюджетних норм, фактично вони являють собою результат дії правової норми (Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – 1974. – с. 55);

по-третє, бюджетні правовідносини являють собою зв'язок чітко визначених суб'єктів. Суб'єкти бюджетних правовідносини встановлюються нормами бюджетного права, при цьому детально визначаються їх права та обов'язки. У зв'язку з тим, що при здійсненні бюджетних прав та обов'язків завжди реалізується державний інтерес щодо акумулювання, розподілу та використання фінансових ресурсів, то факт їх виконання забезпечується державним примусом, що можна визначити четвертою ознакою бюджетних правовідносин.

П'ятою ознакою бюджетних правовідносин є їх організаційна функція, тому що вони складаються в процесі збирання та передачі грошових ресурсів. Організаційний момент є дуже важливим, оскільки сприяє встановленню форм збору коштів, порядок їх розподілу, визначає компетенцію органів держави, що здійснюють фінансову діяльність, тощо (Халфина Р. О. К вопросу о предмете и системе советского финансового права // Вопр. сов. адм. и фин. права. – 1952. – с. 197). Крім того, держава шляхом видання нормативно-правових актів стає організатором і координатором економічного життя суспільства в цілому (Ермакова Т. С. Финансовые правоотношения. – 1985. – с. 9).

Шостою ознакою бюджетних правовідносин є їх майновий характер, тому що кінцевою метою заради якої вони виникають є рух коштів і здійснюються вони з приводу коштів (Цыпкин С. Д. Финансово-правовые нормы и правоотношения. – 1982. – с. 48).

Сьомою ознакою бюджетних правовідносин є їх імперативний характер, який виникає в результаті того, що бюджетні правовідносини врегульовуються за допомогою імперативного методу (Алисов Е. А. Финансовое право Украины. – 2000. – с. 26), який є об'єктивно необхідним, тому що він реально сприяє і забезпечує своєчасне й у повному обсязі надходження коштів у фонди держави, належний їх розподіл і перерозподіл, а також їх суворо цільове й доцільне використання відповідно до норм права (Дмитрик О. А. Содержание и классификация финансовых правоотношений. – 2004. – с. 30). Використовуючи цей метод органи публічної влади вимагають безумовного підпорядкування та беззастережного виконання своїх приписів від інших органів, які їм підпорядковані. Від тих органів, що їм не підпорядковані та від інших учасників бюджетного процесу вимагається не підпорядкування, а виконання та не порушення

приписів бюджетно-правових норм (Музика-Стефанчук О. А. Органи публічної влади як суб'єкти бюджетних правовідносин. – 2011. – с. 43-44). Бюджетні правовідносини характеризуються тим, що у них немає рівності сторін, тому що держава для досягнення загального, публічного інтересу змушена підкоряти своїй волі інших суб'єктів цих соціальних зв'язків, тобто вони характеризуються державно-владним характером.

Слід звернути увагу на те, що бюджетні відносини врегульовуються виключно нормами законодавчих актів, тобто держава надає бюджетним правовідносинам найбільший рівень юридичної захищеності, тому що жодний орган крім Верховної Ради України не має можливості здійснювати правове врегулювання бюджетних відносин та закон про бюджет на кожний поточний рік приймається виключно народними депутатами України.

Єрохов В. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри адміністративного і фінансового права

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО ПРИМУСУ У ФІНАНСОВОМУ ПРАВІ

Забезпечення та захист прав, законних інтересів, майна та безпеки особи головна мета демократичної правової держави. Сучасні умови розвитку української держави, стан правопорядку в усіх сферах суспільного життя, недосконаліть механізмів реалізації прав та законних інтересів громадян, порушення режиму законності у суспільстві та державі неможливе без застосування заходів державного примусу.

На сьогоднішній день державний примус у сфері фінансового права є найдієвішим засобом забезпечення стану захищеності фінансовоправових відносин та відповідного стану функціонування публічних грошових фондів. Для розкриття змісту державного примусу у фінансовому праві необхідно дослідити думки вчених-юристів щодо державного примусу у праві загалом.

Вбачається, що найпростіше та найдоступніше поняття примусу у праві дає Карасева М. В., на думку якої примус у праві – це система встановлених законодавством заходів, що виконують функцію запобігання, припинення та відновлення (Карасева М. В. Финансовое право. 1999, 256 с.). Натомість Зуев В. М. зводе підстави застосування засобів державного примусу лише за скоєне діяння, що становить суспільну небезпеку (Зуев В. М., Финансовое право Российской Федерации: теория общей части. 2000, 268 с.). З цим важко погодитись, тому що державний примус у праві, це не тільки система заходів впливу на правопорушника, але і система забезпечувальних заходів, що запобігають скоєнню таких діянь. Обґрунтоване розуміння примусу у праві дає Іванський А. Й.: «…це метод

впливу держави на суб'єктів правових відносин, який застосовується державними органами відповідно до їхньої компетенції не залежно від волі та бажання суб'єктів з метою забезпечення захисту прав, правопорядку та безпеки відносно особи, яка скоїла правопорушення, а також відносно законослухняної особи, якщо іншим способом, окрім примусового, неможливо забезпечити суспільний порядок та безпеку» (Іванський А. Й. Фінансово-правова відповідальність. 2008, с. 10) Така думка висвітлює повноцінний комплекс засобів, що складають державний примус у фінансовому праві, закріплює не тільки його зустрічний вплив на вже скоєне фінансове правопорушення, а і забезпечувальний склад його засобів, спрямований на попередження його здійснення та настання негативних наслідків у сфері руху грошових коштів держави. В захист такої думки можна припустити, що об'єктом державного примусу у сфері фінансового права є не тільки відносини, що складаються при забезпечені дотримання фінансової законності та дисципліни, а й ті, що забезпечують фінансовий інтерес держави загалом. Вбачається, що засоби державного примусу в фінансовому праві забезпечують не тільки усунення шкоди, заподіяною фінансовим правопорушенням, а й забезпечують усунення загрози здійснення такого порушення норм фінансового права в подальшому.

Виходячи з вищевикладеного, можливо надати таке визначення державного примусу у фінансовому праві. **Державний примус у фінансовому праві** – це сукупність заходів впливу держави в особі її компетентних органів та посадових осіб на суб'єктів фінансово-правових відносин, в разі порушення норм фінансового законодавства, при існуванні загрози такого порушення чи зашкодження фінансовій безпеці держави та суспільства в процесі руху коштів публічних фондів держави.

Виходячи із загальної теорії права та державного управління заходи державного примусу у фінансовому праві можна поділити на заходи попередження, припинення та фінансово-правової відповідальності за скоєння відповідного правопорушення в сфері бюджетних, податкових, банківських та валютних правовідносин.

Беручи до уваги специфіку фінансового права, можна виявити основну мету застосування засобів державного примусу у фінансовому праві– це забезпечення нормального функціонування публічних фондів коштів держави та їх відновлювання при наявності деструктивних діянь порушників фінансового законодавства та подій, які призводять до таких порушень або мають загрозу дотриманню фінансової дисципліни.

На думку більшості вчених, державний примус реалізується у фізичній, психологічній та майновій формах. Ми знаємо, що фінансово-правові відносини мають майновий (грошовий) характер, тому і склад засобів державного примусу у фінансовому праві здебільш майновий (грошовий).

Беручи до уваги вищевикладене, можливо припустити, що за змістом обмеження, заходи державного примусу у фінансовому праві можна поді-

лити на майнові (грошові) та організаційні, які пов'язані з встановленням спеціального режиму майна суб'єкта фінансових правовідносин. Як приклад, до першої групи можна навести такі заходи як примусове стягнення коштів та майна в рахунок погашення податкового боргу, штрафні санкції за податкові та банківські правопорушення, зменшення асигнувань розпорядникам бюджетних коштів на суму коштів, що витрачені не за цільовим призначенням і т. ін. До заходів державного примусу у фінансовому праві організаційного характеру які пов'язані з встановленням спеціального режиму майна суб'єкта фінансових правовідносин можна віднести податкову заставу, зупинення операцій з бюджетними коштами, обмеження та припинення здійснення окремих видів банківський операцій і т. ін.

Визначення особливостей державного примусу у фінансовому праві відображає його як комплексний фінансово-правовий інститут зі складною структурою. Дослідження засобів державного примусу у фінансовому праві дає нагоду їх виокремлення за специфічними ознаками із загального примусового механізму держави, відокремлення фінансово-правової відповідальності, як головного примусового засобу у фінансових правовідносинах.

Сидорук Р. А.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри адміністративного і фінансового права

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «СУБ'ЄКТ ПОДАТКОВОГО ПРАВА» ТА «СУБ'ЄКТ ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН»

В юридичній науці існують різні точки зору щодо співвідношення понять «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин». Ці категорії досліджувалось вченими теорії права тривалий час. Їх напрацювання мають вагоме теоретичне значення для податкового права. Питанням податкових правовідносин приділялася увага у працях Кучерявенка Н. П., Хімічевої Н.І., Д.В. Вінницького, М. О. Перепелиці та інших.

Найбільш вдало співвідношення категорій «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин» визначено С. С. Алексєєвим, який відмічає, що «суб'єкт права – це особа, яка володіє правосуб'єктністю, тобто особа, потенційно (взагалі) здатна бути учасником правовідносин. А суб'єкт правовідносин – це реальний учасник даних правових відносин». (Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. М.: Юрид. лит., 1982. – с. 140). Але, будучи суб'єктом права, можна ніколи не вступити до правовідносин.

Ц. А. Ямпольська, ототожнюючи поняття суб'єкта права та суб'єкта правовідносин, звертає увагу на те, що суб'єктами права є носії прав і обов'язків, які беруть участь у правовідносинах чи можуть брати у них участь. (Ямпольская Ц. А. Субъекты советского административного права: Дис. … д-ра юрид. наук. – М., 1958. – с. 112).

Учасників права виділяє Р. О. Халфіна, обґрунтовуючи положення про те, що у сфері реалізації права нас повинні цікавити не всі потенційні можливості осіб, а тільки ті особливості, які визначають можливість їхньої участі у правовідносинах. Саме тому поняття «учасник права» вужче, ніж поняття «суб'єкт права» (Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юридическая література. – 1974. – с. 115-116). Вчена звертає увагу на те, що у певних правовідносинах ми повинні звертати увагу на індивідуальні ознаки тих чи інших учасників, їх права, обов'язки. Але у даному випадку учасник права прирівнюється до суб'єкта правовідносин.

Враховуючи особливості податкових правовідносин, можливо виділити суб'єктів податкового права, суб'єктів податкових правовідносин та учасників податкових правовідносин.

Суб'єктами податкового права є особи, які володіють правосуб'єктністю та потенційно здатні бути учасниками податкових правовідносин, а суб'єктами податкових правовідносин є реальні учасники конкретних податкових правовідносин (Химичева Н. И. Налоговое право. – М. – 1996. – 336 с.) Ці категорії є взаємозалежними, проте не ідентичними. Зокрема, податковий орган, який є суб'єктом податкового права, вступаючи у конкретні правовідносини (наприклад, здійснюючи облік платника податків) стає суб'єктом податкових правовідносин.

Суб'єктом податкового права може бути будь-яка особа, поведінка якої регулюється нормами податкового права і яка може виступати учасником податкових правовідносин, носієм суб'єктивних прав та обов'язків (Кучерявенко Н. П. Налоговое право. – Х., 1998. – с. 70). Суб'єктами податкового права України є індивіди та колективні утворення, здатні брати участь у податкових правовідносинах та які є носіями юридичних обов'язків та прав, передбачених законодавством України. Визнання фізичної особи, організації, державних органів чи органів місцевого самоврядування суб'єктом податкового права відбувається через поширення на таких суб'єктів податкового законодавства. Але наявність нормативної підстави є недостатньою для того, щоб ці відносини виникли. Необхідні певні життєві обставини (юридичні факти), пов'язані з виникненням, зміною та припиненням податкових правовідносин.

Суб'єктами податкових правовідносин є контролюючі органи (податкові та митні) та платники податків. У них виникає кореспонденція прав та обов'язків. Наприклад, податковий орган має право проводити перевірки платників податків, у свою чергу, платник податків зобов'язаний допускати посадових осіб контролюючого органу під час проведення ними перевірок до обстеження приміщень, територій, що використовуються для одержання доходів.

Як зазначає І.Н. Ільюшихін, «податкові правовідносини, будучи відносними, можуть виникати лише між державою і платником податків. Вони не виникають, наприклад, між державою і податковим агентом,

отже, податкові агенти не належать до числа суб'єктів податкових правовідносин, а є саме їхніми учасниками…». (Ильюшихин И. Н. Понятие и признаки налогового правоотношения / И. Н. Ильюшихин // Известия вузов. Серия: Правоведение. – 2000. – № 2. – с.133). На них безпосередньо не покладається обов'язок зі сплати податків, вони лише мають обов'язок щодо обчислення, утримання з доходів та перерахування податків до відповідного бюджету від імені та за рахунок коштів платника податків. Крім того, у податкових правовідносинах беруть участь такі особи, як банки, кредитні організації, представники платника податків, нотаріуси, які поряд з податковими агентами відносяться до осіб, які сприяють сплаті податків та виступають учасниками вище вказаних відносин.

Суб'єктом податкових правовідносин є суб'єкт податкового права, що реалізує свою правосуб'єктність. Під правосуб'єктністю у теорії права розуміють передумову можливості певної особи виступати суб'єктом прав і обов'язків у різних галузях суспільних відносин (Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М., 1974. – с. 121). Податкова правосуб'єктність є однією із видів галузевої правосуб'єктності (Винницкий Д. В. Субъекты налогового права. М.: Издательство «Норма», 2000. – с. 10 – 11). Галузева правосуб'єктність представляє собою можливість брати участь у правовідносинах, передбачених галуззю права. Податкова правосуб'єктність є спеціальною, тому що разом із загальними рисами для неї характерні певні властивості, обумовлені специфікою податкових правовідносин, тобто суб'єкти можуть брати участь лише в певному виді відносин в рамках галузі фінансового права.

Таким чином, суб'єкти податкового права та суб'єкти податкових правовідносин співвідносяться як загальне та часткове. Будучи суб'єктами податкового права, на яких поширюється податкове законодавство, певні особи можуть і не вступати в конкретні правовідносини, для цього необхідні певні передумови (юридичні факти). А правосуб'єктність виступає умовою участі у цих правовідносинах.

Васильєва А. Г.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», аспірант кафедри фінансового права

НАЛЕЖНІСТЬ, СОЦІАЛЬНА НЕОБХІДНІСТЬ ТА МОЖЛИВІСТЬ ПОВЕДІНКИ ЯК ОЗНАКИ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ

Серед численних характеристик податкового обов'язку зустрічаються виділення таких його ознак, як: публічно-правовий характер; безумовність; імперативність (виключає право вибору зобов'язаних осіб щодо його прийняття або неприйняття); міра закріпленої в нормах податкового права належної поведінки зобов'язаних осіб податкових правовідносин; конституційне закріплення; суспільна необхідність (зумовлюється потре-

бами суспільства, які забезпечуються, у тому числі за рахунок податкових надходжень до відповідних бюджетів); складна структура (вміщує у собі сукупність обов'язків, що покладаються на зобов'язаних осіб для забезпечення належної сплати податків і зборів) і т. д.

Характерним є те, що терміни «належний» та «необхідний» при визначенні юридичних обов'язків взагалі та податкового обов'язку зокрема, практично ототожнюються, вживаються як синоніми та підмінюють один одного. За таких обставин нівелюється будь-яке змістовне навантаження термінології, що вживається, відбувається підміна понять. На нашу думку, дуже важливо розмежовувати належність та необхідність, розуміючи під останньою соціальну необхідність. Крім того, ще однією ознакою податкового обов'язку, на яку зазвичай практично не звертають увагу, є те, що закріплена у правовій нормі міра поведінки платника повинна бути можливою.

Належність означає, що відповідна модель поведінки, що вимагається, закріплена у акті податкового законодавства. Виключно законами України встановлюються система оподаткування, податки і збори. Будь-які питання щодо оподаткування регулюються Податковим кодексом України і не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів, що містять виключно положення щодо внесення змін до нього та/або положення, які встановлюють відповідальність за порушення норм податкового законодавства.

Модель належної поведінки визначається через встановлення правового механізму конкретного податку або збору (об'єкт, ставка, база, порядок сплати податку – якщо визначено ці умови, платник знає яким чином реалізувати). Відповідно до ст. 7 Податкового кодексу України під час встановлення податку обов'язково визначаються такі елементи, як платники податку; об'єкт оподаткування; база оподаткування; ставка податку; порядок обчислення податку; податковий період; строк та порядок сплати податку; строк та порядок подання звітності про обчислення і сплату податку. Визначення зазначених обов'язкових елементів правового механізму податку у відповідному розділі або статті Кодексу уособлює процес встановлення податку. Так, за податковим законодавством Російської Федерації податок не вважається встановленим у разі, якщо не визначені платники податку та інші елементи оподаткування. Акти законодавства про податки і збори повинні бути сформульовані таким образом, щоб кожен точно знав, які податки (збори), коли та в якому порядку він повинен платити.

Дії платника податків як особи, на яку покладено податковий обов'язок, повинні відповідати виду і мірі поведінки, сформульованій у податково-правовій нормі. Отже поведінка повинна бути належною. Юридичний обов'язок, що владно приписує особі певну поведінку, відрізняється безумовністю й категоричністю. До змісту юридичного обов'язку включається владний імператив – безумовна вимога слідувати приписаній

поведінці. Звідси – забезпеченість поведінки у правовідносинах мірами державно-примусового впливу (санкціями), які є необхідною властивістю, атрибутом юридичного обов'язку. Невід'ємний атрибут податкового обов'язку – можливість застосування до особи, що його порушує, заходів його примусового виконання – заходів державного фінансово-правового примусу як правовідновлювального, так і штрафного характеру (заходів юридичної відповідальності).

Соціальна необхідність виражається у тому, що податковий обов'язок становить собою вимогу, яка концентровано виражає соціальну необхідність певної лінії поведінки платника податків. Виконання податкового обов'язку, зокрема сплата податку, передбачає зацікавленість суспільства у своєчасному та повному забезпеченні надходжень до публічних грошових коштів. Виконання податкового обов'язку означає спрямованість на задоволення суспільного інтересу. Публічна мета справляння податків – фінансове забезпечення діяльності держави та муніципальних утворень – відображає публічний характер походження названого обов'язку. Наявність публічного елемента у правовій природі встановлення податкового обов'язку обумовлено публічно-правовою природою держави та державної влади, фіскальним суверенітетом казни.

Вимога, що міститься в обов'язку і становить його зміст, означає для платника податків, як зобов'язаного суб'єкта, необхідність діяти в інтересах держави або муніципального утворення з метою поповнення відповідного бюджету. Публічний характер податкових правовідносин тісно пов'язаний з категорією «публічний інтерес». Ознака соціальної необхідності тісно пов'язана із таким принципом податкового законодавства як фіскальна достатність, що полягає у встановленні податків та зборів з урахуванням необхідності досягнення збалансованості витрат бюджету з його надходженнями. Справляння податків не є самоціллю, вони справляються не просто для формування дохідних частин бюджетів, а з метою такого їх формування, яке б забезпечило виконання всіх завдань і функцій держави та територіальних громад.

Традиційно розкриття поняття прав і свобод здійснюється через категорію правової можливості, а юридичних обов'язків – через категорію правової необхідності. При цьому дуже рідко звертається увага на те, що обов'язковість податку повинна передбачати можливість виконання платником обов'язку щодо сплати податку. Якщо держава зацікавлена у фінансовому забезпеченні своїх функцій, задоволенні суспільного інтересу, своєчасному отриманні бюджетних коштів, недостатньо просто закріпити податковий обов'язок. Законодавець повинен виходити з того, що та модель поведінки, що закріплена, повинна бути реально здійснюваною. Певну спробу закріпити таку ознаку податкового обов'язку, як міра можливої поведінки, законодавець зробив при визначенні принципу соціальної справедливості – установлення податків та зборів відповідно до платоспроможності платників податків. Більш вдалим підхід російського законодавця.

Трамбовецька Є.І.
Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри адміністративного і фінансового права

ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ: СТРУКТУРНО-ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ АСПЕКТ

Процес вдосконалення системи державного управління в Україні є актуальним на сьогоднішній день, особливо в контексті адміністративно-правової реформи. Для цього важливе значення має питання визначення функцій державного управління, за допомогою яких найефективніше здійснюватиметься державне управління, віднайти оптимальні варіанти розподілу цих функцій між органами державного управління.

Державне управління завдяки його об'єктивним властивостям є системним утворенням, і для наукової характеристики певних його аспектів доцільно використовувати певні пізнавальні засоби системного підходу. На думку В. Б. Авер'янова, структурний та функціональний аспект системного підходу – це саме ті аспекти, які розкривають основні сторони побудови та функціонування (діяльності) будь-якої соціальної системи (Державне управління : Теорія і практика / За заг. ред. В. Б. Авер'янова . – К. : Юрінком Інтер, 1998. – с. 140). Як вказує О. Ю. Оболенський, зміст системно-функціонального аспекту полягає в тому, що для досягнення загальної мети, корисного результату або сукупності цілей система виконує певні функції, а зміст системно-структурного аспекту – в тому, що система має власну внутрішню організацію, спосіб взаємодії своїх складових (Оболенський О. Ю. Теорія системного підходу в державному управлінні // Вісник Української Академії державного управління при Президентові України. – 1996. – № 3. – с. 151–158). Отже, використання функціонального та структурного аспекту системного підходу дозволять охарактеризувати явище державного управління з точки зору його функціонального та структурного змісту та виділити його функціональну структуру.

У юридичній науці є загальновизнаною думка про те, що зміст державного управління найбільш виразно проявляється в його функціях (Совершенствование аппарата государственного управления. Конституционный аспект / Под общ. ред. В. В. Цветкова – К.: Наукова думка, 1982. – с. 186-212.). Структура державного управління безпосередньо пов'язана з функціями державного управління, бо вони (функції) є основою для формування структури системи державного управління, і взаємодії її компонентів (Державне управління: навч. посібник для вузів/ В. Я. Малиновський . – 2-ге вид., доповн. та переробл. – К. : Атіка, 2003 . – с. 200).

Стосовно поняття функцій державного управління в юридичній літературі викладено багато думок з цього приводу. Не вдаючись, до детального аналізу визначення поняття функцій державного управління,

вбачається за доцільне виходити із розуміння функцій як складових спеціалізованих частин змісту управлінської діяльності, які характеризуються певною цільовою самостійністю та якісною однорідністю.

Кожна функція державного управління здійснюється через певний комплекс управлінських функцій цих органів, що розподіляються як на горизонтальному так і на вертикальному рівні. Безпосередньо в управлінських функціях органів державного управління функції державного управління конкретизуються, диференціюються та розосереджуються. Управлінські функції органів державного управління можна визначити як юридично визначені та закріплені види керуючих впливів окремих органів державного управління, які вони мають право і зобов'язані здійснювати по відношенню до певних керованих об'єктів. Характеристики цих функцій випливають з характеристик функцій державного управління, тобто вони також розрізняються за предметом (спрямованістю впливу), змістом (організаційно-регулюючими здібностями), способом реалізації (сукупністю засобів впливу).

Сукупність функцій державного управління й управлінських функцій органів державної влади у їх взаємодії складають функціональну структуру державного управління. Ця структура забезпечує як управлінський взаємозв'язок держави як суб'єкта управління із суспільною системою, так і внутрішню динамічність її як системи, що управляє (Атаманчук Г. В. Теория государственного управления. Курс лекций. – М.: Юрид. лит., 1997. – с. 125).

Функціональна структура державного управління є явищем складним та багаторівневим. На її характер та варіативність впливає багато чинників, серед яких: і форма державного устрою, і форма правління, і рівень місцевого самоврядування, і сукупність цілей, завдань, функцій та повноважень держави загалом. Важливим практичним питанням з огляду на вищевказане є забезпечення результативності та ефективності функціональної структури державного управління, з одного боку, та гнучкості та адаптивності до цілей, що змінюються,– з іншого.

Також заслуговує на увагу питання об'єктивізації функцій управління, тобто забезпечення їх відповідності управлінським потребам та інтересам об'єктів управління; чітке юридичне оформлення переліку управлінських функцій, які відповідають конкретному рівню органів державної влади чи органів місцевого самоврядування; закріплення функцій державного управління в компетенції цих органів.

На жаль, на сьогоднішній день в Україні існує така нормотворча практика, за якої набір управлінських функцій, закріплений за певним органом державної влади, не завжди відповідає його цільовому призначенню. Це часто призводить до ситуації, коли посилена управлінська діяльність органу державного управління не здійснює дієвого впливу на об'єкт управління.

Тобто, як бачимо, питання щодо правової характеристики функціональної структури державного управління як поєднання функцій державного управління та управлінських функцій органів державного управління має безпосередньо практичне значення як для вдосконалення правового статусу органів державної влади та органів місцевого самоврядування і поліпшенню їх управлінської діяльності, так і для підвищення ефективності державного управління в цілому. Як вказано вище, для вирішення цих питань необхідне детальне вивчення структурно-функціонального змісту державного управління із застосуванням структурного та функціонального аспекту системного підходу.

Єлєазаров О. П.

Класичний приватний університет, аспірант кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права

БЕЗГОТІВКОВІ РОЗРАХУНКИ ЯК ФОРМА ГРОШОВОГО ОБІГУ В УКРАЇНІ

У вітчизняній юридичній науці до правових проблем організації і функціонування національної грошової і платіжної систем не приділялося і не приділяється спеціальної уваги. Суспільні відносини, що складаються в процесі грошового обігу, регулюються фінансовим правом. Розрахункові відносини регламентуються нормами різних галузей права, в першу чергу, нормами фінансового і цивільного права, які у своїй сукупності утворюють комплексний інститут права. Державні фінанси пов'язані з грошовою системою, яка більшою чи меншою мірою управляється державою, тоді як ця ж грошова система не залежить від волі приватного власника, що розпоряджається своїми фінансами.

Безготівковий грошовий обіг регулюється і іншими галузями права. Правові основи розрахунків встановлюються не лише положеннями фінансового, цивільного і підприємницького права, але нормами адміністративного права і кримінального права. Зокрема, адміністративне право регулює відносини, пов'язані з притягненням до відповідальності за здійснення адміністративних правопорушень у сфері грошового обігу, грошової системи. Норми кримінального права передбачають заходи кримінальної відповідальності за скоєння таких злочинів як виготовлення або збут підроблених грошей.

Сучасна фінансово-правова наука розглядає грошовий обіг в якості важливого елементу грошової або платіжної системи держави. При цьому, під грошовою системою слід розуміти врегулювання грошового обігу, закріплене в законодавчому порядку, або уся сукупність грошових знаків, що є в обігу на території держави (Алісов Є.О. Грошовий обіг і екстраординарні фінансові правовідносини / Є.О. Алісов // Наук. вісн. Чернівецьк. ун-ту: Зб. наук. пр. Вип. 103: Правознавство. – Чернівці: Рута, 2001. – С. 85).

Таким чином, проведене нами дослідження ролі і місця безготівкових розрахунків в системі грошового обігу дозволяє зробити висновок про те, що до предмету фінансового права мають належити суспільні відносини, що охороняються державою, у сфері організації і забезпечення ефективного здійснення готівкового і безготівкового грошового обігу, що формуються в процесі функціонування грошової системи держави. Суспільні відносини, що складаються в процесі безпосереднього здійснення готівкових і безготівкових розрахунків регулюються нормами інших галузей права (в першу чергу – цивільного права).

При цьому представляється можливим запропонувати авторське визначення грошової системи як системи, що ґрунтується на певних принципах врегульованих нормами фінансового права суспільних відносин, що складаються у сфері планування, організації і забезпечення здійснення готівкового і безготівкового грошового обігу на території держави. При цьому як і будь-яка впорядкована система, грошова система є сукупністю наступних підсистем: системи грошового обігу держави; системи розрахункових правовідносин; системи учасників розрахункових правовідносин (системи фінансових посередників – розрахункових агентів) і нормативно-правової бази готівкових і безготівкових розрахунків.

Зінухова В. М.
Класичний приватний університет, аспірант

КОШТОРИСНО-БЮДЖЕТНЕ ФІНАНСУВАННЯ ЗАГАЛЬНООСВІТНІХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ

Освіта створює основу інтелектуального, культурного, духовного, соціального, економічного розвитку суспільства і держави. У промислово розвинутих країнах видатки на освіту на всіх рівнях державного сектору, як правило, становлять від 4,5 до 7 % ВВП. У країнах, які розвиваються, видатки на освіту коливаються від 2,5 до 7,5 % ВВП, що в середньому становить меншу частину ВВП порівняно з промислово розвинутими країнами. Водночас у більшості країн саме державний сектор прямо надає послуги у сфері початкової і середньої школи в широкому обсязі, оскільки цей показник, як правило, перевищує 90 % від загальної суми витрат. Державний сектор впливає на попит освітніх послуг за допомогою таких чинників, як надання студентам стипендій, субсидій через рішення, що стосуються оплати навчання, а також через загальну структуру регулювання приватної освіти.

Конституція України встановлює, що в Україні кожен має право на освіту (ст. 53), причому повна загальна середня освіта є обов'язковою. Згідно з принципами, проголошеними Конституцією, держава забезпечує доступність і безоплатність дошкільної, повної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закла-

дах; розвиток дошкільної, повної загальної середньої, позашкільної, професійно-технічної, вищої і післядипломної освіти, різних форм навчання; надання державних стипендій та пільг учням та студентам.

Нормативно-правове регулювання надання освітніх послуг закладено у законах України «Про освіту», «Про професійно-технічну освіту» «Про загальну середню освіту», «Про позашкільну освіту», «Про дошкільну освіту», «Про вищу освіту». Чинним законодавством передбачено, що заклади освіти створюються органами державної виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності, громадянами відповідно до соціально-економічних, національних, культурно-освітніх потреб, за наявності необхідної матеріально-технічної, науково-методичної бази, педагогічних кадрів (Закон України Про освіту [Електронний ресурс]. – Режим доступу до закону: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1060-12; Закон України Про дошкільну освіту зі змінами [Електронний ресурс]. – Режим доступу до закону: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1060-13).

Відповідно до ст. 61 Закону України «Про освіту» держава забезпечує бюджетні асигнування на освіту в розмірі не меншому 10 % НД, а також валютні асигнування на основну діяльність (Закон України Про освіту [Електронний ресурс]. – Режим доступу до закону: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1060-12). Кошти закладів і установ освіти та науки, які повністю або частково фінансуються з бюджету, отримані від здійснення або на здійснення діяльності, передбаченої їх статутними документами, не вважаються прибутком і не оподатковуються.

За рахунок коштів Державного бюджету України фінансуються видатки на:

а) загальну середню освіту, в т. ч. спеціалізовані школи (школи-інтернати), засновані на державній формі власності, та загальноосвітні школи соціальної реабілітації;

б) професійно-технічну освіту (навчальні та інші заклади освіти, засновані на державній формі власності);

в) вищі навчальні заклади, засновані на державній формі власності;

г) післядипломну освіту;

д) позашкільні навчальні заклади та заходи з позашкільної роботи з дітьми згідно з переліком, затвердженим КМУ;

е) інші заклади та заходи в галузі освіти, що забезпечують виконання загальнодержавних функцій, згідно з переліком, затвердженим КМУ.

Міністерство освіти і науки України розробляє пропозиції щодо обсягів фінансування з Державного бюджету України на розвиток соціально-культурної сфери, науки, навчально-виховних закладів, установ, організацій, що перебувають у функціональному управлінні міністерства. Спільно з центральними органами державної влади визначає економічні та фінансові норми і нормативи на утримання державних навчально-виховних за-

кладів, організовує збирання й аналіз державної та відомчої статистики і бухгалтерської звітності (Сунцова О. О. Місцеві фінанаси: Навчальний посібник. О.О. Сунцова – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – С. 76).

За рахунок коштів місцевих бюджетів фінансується дошкільна та загальна середня освіта (школи, дитячі садки, спеціалізовані школи, ліцеї, гімназії, колегіуми, вечірні (змінні) школи) (Ткачук Т. Ефективність використання видатків бюджету / Т. Ткачук // Вісник НБУ. – 2004. - № 8. - С.13). На фінансуванні міських та районних бюджетів перебувають заклади освіти для громадян, які потребують соціальної допомоги та реабілітації. За рахунок коштів обласних бюджетів та бюджету АРК фінансуються заклади професійно-технічної освіти, що виконують державне замовлення, а також вищі заклади освіти I-IV рівнів акредитації, що перебувають у власності АРК та спільній власності територіальних громад (Василик О. Фінансові проблеми органів місцевого самоврядування. Місцеве та регіональне самоврядування України / О. Василик // – К.: 2001. – С. 76).

Поряд із державними та комунальними освітніми закладами в Україні активно розвивається приватний сектор, який надає послуги у сфері освіти. Для цього сектора держава розробляє стандарти та систему норм, які визначають обов'язковий мінімум змісту освітніх програм, обсяг навантаження на учнів, а також мінімум кількості годин на вивчення тих чи інших предметів. На основі цих стандартів та показників засновники приватних закладів освіти мають розробити виробничі показники, на яких формується кошторис (Гушта О. В. Шляхи зміцнення бюджетів органів місцевого самоврядування / О. В. Гушта // Фінанси України. – № 2. – 2006. – С.71). Отже, держава здійснює всебічне регулювання діяльності у сфері надання освітніх послуг, враховуючи значення такої діяльності для майбутнього розвитку і становлення освіченого покоління громадян України.

Литвиненко Ж. М.
Класичний приватний університет, аспірант

ФІНАНСУВАННЯ ВИДАТКІВ ЯК СКЛАДОВА ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ

Фінансова діяльність є впливом держави на процес формування, розподілу, перерозподілу й використання централізованих і децентралізованих фондів коштів. Діяльність органів публічної влади у галузі публічних фінансів базується на певних правових засадах і принципах. Фінансова діяльність держави та органів місцевого самоврядування передбачає такі завдання: формування, розподіл в використання публічних державних і місцевих централізованих грошових фондів, державний контроль та контроль органів місцевого самоврядування за фінансовою діяльністю усіх суб'єктів грошово-кредитних відносин, емісія грошових знаків.

Л. К. Воронова вважає, що існують загальні способи, які державі та органам місцевого самоврядування необхідно застосовувати для формування публічних централізованих фондів коштів – бюджетів, з яких, згідно з відповідними актами про бюджет, будуть покриватися видатки, що супроводжують їх функціонування. Ці загальні способи зводяться до застосування (Воронова Л. К. Фінансове право України: Підручник. – К.: Прецедент: Моя книга, 2006. – С.35):

- імперативного методу, коли держава й органи місцевого самоврядування виражають вольові бажання, обов'язкові для всіх юридичних і фізичних осіб у процесі фінансової діяльності;
- рекомендаційного методу, заснованого на імперативному, коли держава або орган місцевого самоврядування не наказують, а радять виконувати ті чи інші дії. Тобто на першому плані імперативний метод, що випливає із законодавства, а за відсутності норми закону органи місцевого самоврядування можуть зробити це самі, прийнявши свої нормативно-правові приписи.

До спеціальних методів фінансової діяльності держави і органів місцевого самоврядування належать: формування публічних централізованих і децентралізованих фондів коштів; розподіл фінансових ресурсів, які створюють публічні фонди коштів; використання цих ресурсів при фінансуванні видатків, що супроводжують кожну дію органів держави та органів місцевого самоврядування (Воронова Л. К. Фінансове право України: Підручник. – К.: Прецедент: Моя книга, 2006. – С. 36).

Фінансування державних видатків – це заснований на правових нормах плановий, цільовий, безповоротний і безвідплатний відпуск коштів, що здійснюється з урахуванням оптимального об'єднання власних, кредитних і бюджетних джерел фінансування в міру здійснення плану використання коштів для виконання державних функцій з дотриманням режиму економії та при постійному контролі (Воронова Л. К. Фінансове право України: Підручник. – К.: Прецедент: Моя книга, 2006. – С. 176).

Загальними принципами фінансування є: цілеспрямованість; фінансування в міру виконання робіт і послуг; дотримання фінансової дисципліни.

Одним з основних важелів здійснення державної політики у сфері наукової та науково-технічної діяльності є бюджетне фінансування. Держава забезпечує бюджетне фінансування наукової та науково-технічної діяльності (крім видатків на оборону) у розмірі не менше ніж 1,7 % валового внутрішнього продукту України. Видатки на наукову і науково-технічну діяльність є захищеними статтями видатків Державного бюджету України.

На нашу думку, бюджетне фінансування є безповоротним безвідплатним відпуском коштів з Державного та місцевих бюджетів на вико-

нання загальнодержавних функцій, функцій місцевого самоврядування та забезпечення функціонування бюджетних установ та організацій.

Бюджетне фінансування базується на загальних принципах фінансування, але має і свої специфічні особливості, а саме:

– кошти на покриття видатків відпускаються тільки з одного бюджету за підпорядкованістю підприємства, установи чи організації (тобто з Державного або відповідного місцевого бюджету);

– фінансування бюджетних установ здійснюється на основі кошторисного методу та економічно і науково обґрунтованих нормативів.

Наголюк О.Є.

Класичний приватний університет, аспірант

ПРАВА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ НА ВИТРАЧАННЯ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ

Серед великої кількості різноманітних прав, якими чинне бюджетне законодавство України наділяє органи місцевого самоврядування, є особлива група – бюджетні права, під якими розуміють повноваження з отримання, розподілу і використання бюджетних доходів у зв'язку з виконанням своїх завдань з управління справами місцевого значення, що реалізовуються в процесі складання, розгляду, затвердження і виконання місцевого бюджету.

Щоб охарактеризувати правовий статус органів місцевого самоврядування – як суб'єктів бюджетного права, необхідно з'ясувати юридичні особливості охоплюваних ними прав і обов'язків, а також визначити сукупність цих прав і обов'язків, їх зміст.

Зміст і особливості прав і обов'язків суб'єкта бюджетного права визначаються передусім їх діяльністю за утворенням і використанням місцевих грошових фондів.

У бюджетно-правовий статус органів місцевого самоврядування входить сукупність наступних прав: органи місцевого самоврядування самостійно формують, затверджують і виконують місцеві бюджети; здійснюють контроль за їх виконанням. Так, відповідно до ст. 64 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» видатки, які здійснюються органами місцевого самоврядування на споживи територіальних громад, їх розмір і цільове спрямування визначаються відповідними рішеннями про місцевий бюджет; видатки, пов' язані із здійсненням районними, обласними радами заходів щодо забезпечення спільних інтересів територіальних громад, – відповідними рішеннями про районний та обласний бюджети. Сільські, селищні, міські, районні в містах (у разі їх створення) ради та їх виконавчі органи самостійно розпоряджаються коштами відповідних місцевих бюджетів, визначають напрями їх використання.

Органи місцевого самоврядування самостійно розпоряджаються коштами місцевих бюджетів. У доходній і видатковій частинах місцевих бюджетів відповідно до рішення місцевої ради окремо передбачаються обсяги фінансування для вирішення питань місцевого значення і здійснення органами місцевого самоврядування окремих делегованих державних повноважень.

Органи місцевого самоврядування забезпечують задоволення життєвих потреб територіальної громади в сферах, віднесених до їх компетенції відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» не нижче мінімальних державних соціальних стандартів, виконання яких гарантується державою шляхом закріплення в доходах місцевих бюджетів відрахувань від загальнодержавних податків і зборів відповідно до чинного Податкового кодексу України.

Для здійснення фінансування окремих державних повноважень додаткові видатки органів місцевого самоврядування щорічно передбачаються відповідно в Державному і місцевих бюджетах. Збільшення видатків або зменшення доходів органів місцевого самоврядування, що виникли в результаті рішень, прийнятих органами державної влади, компенсуються органами влади, що прийняли таке рішення.

Видатки органів місцевого самоврядування, велика частина яких покривається за рахунок місцевих бюджетних ресурсів, знаходиться під безперервним правовим впливом і без нього не здійснюється. Питанням ретельної правової регламентації видатків і економного витрачання бюджетних коштів нині приділяється велика увага.

Реалізація завдань вимагає збільшення видатків, раціонального використання, посилення правової регламентації відносин в цій сфері. Зростання ролі правового регулювання видатків бюджетів усіх рівнів бюджетної системи України, економного використання бюджетних коштів робить актуальним дослідження теоретичних питань, пов'язаних з вдосконаленням механізму правового впливу на суспільні відносини в цій сфері.

Предметом правового регулювання в сфері бюджетного фінансування є прямі витрати бюджетних ресурсів, необхідні для здійснення функцій органів державної і місцевої влади. Вони є передумовою виникнення прав і обов'язків учасників правовідносин в сфері видатків бюджетів усіх рівнів бюджетної системи.

Держава організовує ці правовідносини і застосовує до них імперативний метод регулювання суспільних відносин, що надає їм владно-організаційний характер і відрізняє їх як вид фінансових правовідносин від усіх інших видів грошових відносин.

Видаткова частина місцевих бюджетів включає: видатки, пов'язані з вирішенням питань місцевого значення, встановлені чинним законодавством України; видатки, пов'язані із здійсненням делегованих державою повноважень; видатки, пов'язані з обслуговуванням і погашенням муніци-

пального боргу по позиках; утримання об'єктів комунальної форми власності (лікарні, поліклініки, школи, дитячі садочки, будинки культури) тощо (Монаєнко А. О. Правові основи фінансування видатків на освіту та науку // Монографія. – Львів: Вид-во «Червона калина», 2009. – С. 102).

Фінансові проблеми місцевого самоврядування, на наш погляд, не вичерпуються загальним дефіцитом фінансових ресурсів, обумовленим частково вертикальною незбалансованістю бюджетної системи, частково слабкою активністю місцевої влади в проведенні реформ. Не менш серйозна проблема – структурна невідповідність місцевих доходів і видатків.

Фуглевич К. А.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри адміністративного і фінансового права

ФОРМУВАННЯ НАУКОВИХ ПІДХОДІВ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ДЕФІНІЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНА ПОСЛУГА

06 вересня 2012 року в Україні було прийнято довгоочікуваний закон «Про адміністративні послуги». Однією з безсумнівних переваг цього нормативного акту є офіційне закріплення дефініції «адміністративна послуга». Відповідно до п. 1 ст. 1 цього нормативного акту адміністративна послуга – це результат здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків такої особи відповідно до закону. Таким чином законодавчо було закріплено науковий підхід до послуги як до результату здійснення певних повноважень певним суб'єктом.

Такого підходу дотримуються Д. С. Денисюк (Денисюк Д. С. Визначення поняття адміністративної послуги в діяльності органів внутрішніх справ / Д. С. Денисюк // Актуальні проблеми державного управління. – 2008. – № 2. – С. 4); Є.О. Легеза (Легеза Є.О. Щодо визначення адміністративних послуг в Україні / Є.О. Легеза // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 4. – С.207). Проте цей підхід має значний недолік: результат трактується як наслідок якої-небудь дії. Так, О. А. Задихайло стверджує, що результатом адміністративної послуги в процедурному значенні є адміністративний акт (рішення або дія адміністративного органу, яким задовольняється заява особи) (Задихайло О. А. Правове регулювання надання адміністративних послуг в Україні / О. А. Задихайло // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 382). Тому послуга має бути націленою на отримання результату, але вона не може бути самим результатом. Послуга – це певний процес, певна дія відповідного суб'єкта.

Адміністративна послуга є одним з підвидів публічних послуг. Публічна послуга охоплює сфери суспільних відносин, які врегульовані і

цивільним, і адміністративним правом. В цьому аспекті слід звернути увагу на думку Л.Міцкевича, який пропонує декілька визначень публічної послуги, що базуються на наступних підходах: послуга визначається через діяльність державного апарату; через послуги, що характеризують лише ту сферу діяльності держави; через послуги, що уособлюють позитивне державне управління; через функції державних органів; через спосіб обслуговування громадян (Абраменко Ю. Ю. Публічні послуги та їх роль у забезпеченні якості управління / Ю. Ю. Абраменко // Публічне адміністрування: теорія та практика). –2011. – № 2:[Електронний ресурс].– Режимдоступу:http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Patp/2011_2/11ayyzyu.pdf).

Вітчизняні дослідники на чолі з В. Авер'яновим підходять до адміністративної послуги як до передбаченої законом розпорядчої діяльності уповноважених органів (органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування), що здійснюється за ініціативою фізичних та юридичних осіб і спрямована на реалізацію їхніх прав, свобод та законних інтересів (Адміністративна реформа для людини: наук. – практ. нарис / І. Б. Каліушко, В. Б. Авер'янов, В. П. Тимощук, Р. О. Куйбіда, І. П. Голосніченко. – К.: Факт, 2001. – С. 10). О. А. Задихайло таку діяльність називає публічно-сервісною (Задихайло О. А. Правове регулювання надання адміністративних послуг в Україні / О. А. Задихайло // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 383). В. Тимощук стверджує, що це публічно-владна діяльність (Адміністративна реформа – історія, очікування та перспективи / упоряд. В. Тимощук. – К.: Факт, 2002. – С. 18).

Іншого наукового підходу дотримується С. Дембіцька, яка стверджує, що адміністративна послуга – це правовідносини, що виникають при реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи (за їх заявою) в процесі публічно-владної діяльності адміністративного органу для отримання певного результату (Дембіцька С. Л. Правові засади діяльності з надання адміністративних послуг населенню України органами місцевого самоврядування : дис.. канд. юрид наук : 12.00.07 / Дембіцька Сусанна Леонідівна. – Л., 2010. – С. 58). Через правовідносини визначає дефініцію і І. Литвиненко – правові відносини, що виникають при реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи (за їх заявою) в процесі публічно-владної діяльності адміністративного органу для отримання певного результату (Литвиненко І. Л. Діяльність органів місцевого самоврядування по забезпеченню конституційних прав і свобод : автореф. дис. на здобуття наук, ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Литвиненко Ірина Леонідівна. – К., 2003. – С. 9-10). Через систему відносно відокремлених і пов'язаних між собою правових норм, які регулюють відносини, що виникають при реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи (за їх заявою) у процесі публічно-владної діяльності

адміністративного органу визначає адміністративну послугу Г. М. Писаренко (Писаренко Г. М. Адміністративні послуги в Україні: організаційно-правові аспекти : дис. .. канд. юрд. наук : 12.00.07 / Писаренко Ганна Миколаївна. – О., 2006. – С. 35).

І. Коліушко, у зв'язку з однорідністю відносин, пов'язаних з адміністративними послугами, однорідністю норм, якими регулюються ці відносини, тривалою історією та широкою правовою базою, пропонує адміністративні послуги виділити в окремий інститут права. Інститут права, при цьому, визначається як система відносно відокремлених від інших і пов'язаних між собою правових норм, що регулюють певну групу (вид) однорідних суспільних відносин. Тому правовий інститут адміністративних послуг являє собою систему відносно відокремлених і пов'язаних між собою правових норм, які регулюють відносини що виникають при реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи (за їх заявою) у процесі публічно-владної діяльності адміністративного органу.

Можна зробити висновок, що серед вчених на сьогодні відсутнє єдине бачення природи та сутності адміністративної послуги, що вимагає більш поглиблених та ґрунтовних досліджень в цій сфері. Доцільно приєднатися до думки І.Котюк, який вважає, що теорія адміністративних послуг сьогодні скоріш за все має вигляд концепції, а не розробленої теорії (Котюк І. Адміністративні послуги як категорія адміністративного права // Вісник Київського національного університету ім. Тараса Шевченко. – 2010. – Вип. 84. – С. 106).

Андреєв Р. Г.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ОЗНАКИ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ ЯК РЕАЛІЗАЦІЇ КОНТРОЛЮЮЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВЛАДНОГО СУБ'ЄКТА

Податковий контроль являє собою діяльність спеціально уповноважених на здійснення контролюючих дій органів, які наділені державою відповідною компетенцією. Податково-контролююча діяльність обумовлюється наступними ознаками:

1. Мета. Узагальненою метою податкового контролю є забезпечення своєчасного та повного надходження коштів від сплати податків та зборів до бюджетів. В той же час, слушно говорити в такій ситуації про сукупність завдань, які спрямовані на реалізацію такої мети. До них відносяться: а) виявлення порушень законодавчих норм в сфері оподаткування; б) застосування засобів корегування обов'язку сплати податків та зборів; в) використання засобів забезпечення виконання податкового обов'язку; г) притягнення до відповідальності осіб, що скоїли податкове правопорушення; д) відшкодування збитків держави або територіальних громад від

ненадходження або недоотримання коштів від сплати податків та зборів; е) попередження скоєння податкових правопорушень в подальшому.

2. Об'єкт. Об'єктом діяльності контролюючих органів в сфері оподаткування виступає не власне обіг коштів від податків та зборів і їх спрямування до дохідних частин бюджетів, а поведінка зобов'язаних осіб щодо своєчасного та безперебійного їх надходження. Тобто об'єкт податкового контролю безпосередньо пов'язується саме з діями платників податків та податкових агентів.

3. Предмет. Предметом податкового контролю виступають відповідні носії інформації про повноту і своєчасність виконання податкового обов'язку. До них відносяться документи та інші відомості щодо змісту діяльності, яка виступає підконтрольним об'єктом. Сюди входять декларації, бухгалтерські звіти, баланси, кошториси. Крім того, предметом податкового контролю виступають і певні речі, приміщення, які свідчать, або на підставі яких визначається розмір податкового обов'язку.

4. Суб'єкти. Система суб'єктів податкового контролю передбачає розподілення їх на дві групи: владних та зобов'язаних. Перша група охоплює всіх. хто виражає або реалізує інтерес публічного суб'єкту (держави та територіальних громад). Власне в такому аспекті виділяється коло учасників яких власник податкових надходжень наділяє відповідними повноваженнями щодо контролю своєчасності, повноти формування доходів бюджетів за рахунок податків та зборів. Друга група суб'єктів контрольних відносин охоплює таких учасників, щодо яких спрямовані імперативні приписи виконання податкового обов'язку у вигляді сплати відповідних сум. Традиційно податкове законодавство серед них виділяє платників податків та податкових агентів. В деяких випадках в якості окремої групи виділяють інших суб'єктів податково-контрольних правовідносин, які мають певні інтереси або виконують відповідні обслуговуючі функції в забезпеченні надходження коштів до бюджетів (збирачі податків і т.д.). Також може йтися і про певну групу учасників процесуальних податково-контролюючих відносин (перекладачі, експерти, спеціалісти і т.д.) (Гудимов В. И. Налоговый контроль: процессуально-правоваяхараткреистика. Автореферат дисс.… канд. юрид. наук. – Воронеж, 2005. – С. 12.).

5. Форми. Форми податкового контролю закріплюють відповідні засоби організації здійснення контролюючих дій та оформлення результатів контролюючої діяльності. Вони стосуються переважно оцінки дій уповноважених контролюючих органів. До таких форм відносяться: податковий облік, аналіз та огляд, податкові перевірки, податкова звітність.

6. Методи. Методи податкового контролю охоплюють розгалужену сукупність прийомів, засобів реалізації контролюючих дій уповноваженими владними суб'єктами. Традиційно до таких методів відносяться облік, аналіз, перевірка, ревізія і т.д. В той же час, складно погодитись з позицією щодо віднесення до засобів податково-контролюючої діяльності норм, дій,

явищ, процесів, обладнання і т.д., які використовуються в ході реалізації такої діяльності (Гудимов В. И. Налоговый контроль: процессуально-правоваяхараткреистика. Автореферат дисс. … канд. юрид. наук. – Воронеж, 2005. – С. 12.). Нам здається, що в цьому переліку об'єднані не зовсім узгоджувані конструкції. По-перше, складно до засобу контролюючої діяльності віднести норму. Через сукупність норм і здійснюється правове оформлення законності певної поведінки контролюючих суб'єктів. По-друге, якщо можна погодитись з діями, як засобом контрольної діяльності, то складно уявити як явища (об'єктивне поняття та подія) може бути засобом контролюючої діяльності. По-третє, обладнання безумовно може бути втягнуто до контролюючої діяльності, але скоріше за все, як предмет дослідження, а не як відповідний засіб, завдяки якому така контролююча діяльність здійснюється.

Досліджуючи механізм податкового контролю, В.І. Гудімов розмежовує методи його як сукупність прийомів, засобів, що використовуються контролюючими органами та засобів податково-контролюючої діяльності. Нам здається таке розмежування штучним. Фактично, в обох випадках йдеться про засоби організації контролюючої діяльності уповноважених суб'єктів. Більш того, подібне розмежування нічого не додає в з'ясуванні природи реалізації контролюючих дій, не диференціює режими їх здійснення.

7. Процедури. Контролюючі процедури охоплюють, перш за все, реалізацію повноважень уповноважених органів, їх посадових осіб. Безперечно, що в цьому випадку йдеться про упорядкування поведінки і тих осіб, по відношенню до яких спрямовуються контролюючі засоби. Від того, наскільки оперативно, точно підконтрольний суб'єкт буде надавати пояснення, відповідну документацію залежить і діяльність контролюючого суб'єкту, і результати перевірки. Саме тому контрольні процедури при чіткому упорядкуванні меж та кордонів в поведінці контролюючих органів, мають забезпечувати і відповідне реагування підконтрольного суб'єкту.

8. Акти. Певне документальне оформлення результатів та відповідно наслідків контролюючих дій відображається в актах. Зрозуміло, що певна завершеність стосується підсумкового акту за результатами податкової перевірки. Наслідками цього є або висновок щодо оцінки поведінки платника в межах припису податково-правової норми, або логічність та своєчасність відповідних негативних наслідків по відношенню до особи, яка порушила таку законодавчу норму. Певне корегування обумовлюють і проміжні акти (довідки), які не мають самостійного значення, але вимагають оперативного реагування та можуть суттєво змінити як оцінку поведінки, так і наслідки для підконтрольного суб'єкту.

Вінцова Д. С.
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ДО ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ ПРИ ПРИПИНЕННІ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ

Одним із найдавніших та змістовніших принципів в регулюванні відносин оподаткування є принцип рівності. Відповідно до ст. 4 «Основні засади податкового законодавства України» Податкового кодексу України рівністю всіх платників перед законом, недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації забезпечує однаковий підхід до всіх платників податків. незалежно від соціальної, расової, національної, релігійної приналежності, форми власності юридичної особи, громадянства фізичної особи, місця походження капіталу. Виходячи з таких вихідних засад рівності, набуваються всі підстави однакових підходів як до однотипних категорій платників, так і до обов'язку одного і того ж платника протягом певного терміну часу.

В той же час, динаміка податкового обов'язку не означає його беззаперечної сталості. Принциповими моментами при цьому є виникнення, зміна та припинення податкового обов'язку. Особливо дискусійним на сьогодні є момент припинення обов'язку платників податків або така його зміна, яка корегує як безпосередньо правовий статус такої зобов'язаної особи, так і процедури його реалізації. Саме тому момент припинення податкового обов'язку набуває відповідної формалізації при знятті з обліку платника податку. Відповідно до пункту 11.11 Розділу XIНаказу Державної податкової адміністрації України від 22.10.2010 № 979 зняття з обліку платників податків в органах державної податкової служби здійснюється у такому порядку. Щодо платників податків, державна реєстрація припинення яких здійснюється згідно з Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», підставою для зняття їх з обліку в органах державної податкової служби є надходження від державного реєстратора повідомлення про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи із зазначенням номера та дати внесення відповідного запису до Єдиного державного реєстру. Дата зняття з обліку відповідає даті закриття останньої картки особових рахунків платника податків або даті отримання повідомлення державного реєстратора про проведення державної реєстрації припинення платника податків у разі, якщо на момент отримання такого повідомлення були закриті всі картки особових рахунків такого платника податків.

Згідно із статтею 40 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 № 755-IVдерж авнийреєстраторуденьдержавноїреєстрації припинення юридичної особи відповідно до статей 36-39 цього Закону зобов'язаний надіслати відповід-

ним органам статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України повідомлення про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи із зазначенням номера та дати внесення відповідного запису до Єдиного державного реєстру. Сюди ж додаються також відомості реєстраційної картки на проведення державної реєстрації припинення юридичної особи, що є підставою для зняття юридичної особи з обліку в органах статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України. Повідомлення про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи на підставі рішення суду щодо ліквідації юридичної особи та відомості відповідної реєстраційної картки є підставою для зняття юридичної особи з обліку в органах статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України. Порушення справи про банкрутство не є підставою для зняття з обліку платника податків в органах державної податкової служби.

Безумовно, що подібна процедура не може здійснюватись поза межами реалізації контролюючих повноважень представника владного суб'єкту. Фактично, йдеться про контроль власником за припиненням фінансових зобов'язань, які мають безумовно виконувати платники податку. Повноваженнями щодо проведення таких контролюючих дій як раз і наділяються контролюючі органи та органи стягнення. Відповідно до підпункту 78.1.7 пункту 78.1 статті 78 Податкового кодексу України документальна позапланова виїзна перевірка здійснюється у випадку, коли розпочато процедуру реорганізації юридичної особи (крім перетворення), припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця, порушено провадження у справі про визнання банкрутом платника податків або подано заяву про зняття з обліку платника податків.

Пунктом 11.3 Розділу XI Наказу Державної податкової адміністрації України від 22.10.2010 № 979 деталізується ситуація, коли у разі отримання документів та/або якщо розпочато процедуру реорганізації юридичної особи (крім перетворення), припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця. Це обумовлюється тим, що в даному випадку йдеться про випадок, коли порушено провадження у справі про визнання банкрутом платника податків або подано заяву про зняття з обліку платника податків. При цьому органом державної податкової служби приймається рішення про проведення документальної позапланової перевірки платника податків, який перебуває на обліку в такому органі.Згідно із пунктом 78.4 статті 78 Податкового кодексу України про проведення документальної позапланової перевірки керівник органу державної податкової служби приймає рішення, яке оформлюється наказом. Отже, орган державної податкової служби має право розглядати одержані судові рішення про порушення провадження у справі про банкрутство та відомості з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних

осіб – підприємців як підставу для проведення позапланової перевірки платника податків у зв'язку із припиненням такого платника податку.

Таким чином, процесуальним документом, на підставі якого орган державної податкової служби має право здійснювати позапланову документальну перевірку платника податків у зв'язку із банкрутством, є рішення керівника органу державної податкової служби, оформлене наказом. Тобто в цій ситуації йдеться про наявність комплексної межі стосовно публічного та приватного регулювання. З одного боку, наочна процедура банкрутства, що є безпосередньою сферою упорядкування приватноправовими нормами. З іншого боку, публічне регулювання стосується податкових наслідків цього, що обумовлює необхідність та особливості процедурного регулювання контролюючих дій стосовно поведінки платників при такій реорганізації та наслідків цього.

Згідно із пунктом 11.2 Розділу XI Наказу Державної податкової адміністрації України від 22.10.2010 № 979 у зв'язку з припиненням платника податків органи державної податкової служби розпочинають та проводять процедури, передбачені цим розділом, у разі одержання хоча б одного з таких документів (відомостей):

– заяви за ф. № 8-ОПП від платника податків, поданою згідно з пунктом 11.1 цього розділу;

– відомостей державного реєстратора про внесення до Єдиного державного реєстру запису про рішення засновників (учасників) юридичної особи, уповноваженого ними органу про припинення юридичної особи;

– відомостей з Єдиного державного реєстру чи ЄДРПОУ, повідомлення органу державної реєстрації про закриття відокремленого підрозділу;

– судових рішень або відомостей з Єдиного державного реєстру, іншої інформації щодо прийняття судом рішень про порушення провадження у справі про банкрутство чи визнання банкрутом платника податків, порушення справи або прийняття рішення судом про припинення юридичної особи, визнання недійсною державної реєстрації чи установчих документів платника податків, зміну мети установи, реорганізацію платника податків.

Вишемирський М. В.
Національний університет Державної податкової служби України, здобувач

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ПОДАТКОВОЇ ПІЛЬГИ

Шляхом закріплення певних преференційних механізмів, за рахунок застосування податкових пільг формуються особливі податкові режими, в умовах яких платниками реалізується змінений податковий обов'язок. При

цьому треба враховувати, що звільнення від окремої складової податкового обов'язку (сплати податку) ще не означає розповсюдження податкової пільги на всі інші складові. Наприклад, можливість не сплачувати податок надана відповідною нормою, не звільняє платника від обов'язків стосовно податкового обліку та податкової звітності. Більш того, негативні наслідки він може відчувати за невиконання саме них, хоча і не був зобов'язаний сплачувати ті чи інші кошти в рахунок податків та зборів.

Довгий час податкове законодавство України не регулювало загальних підходів до визначення податкових звільнень. Так, про них йшлося в Законі України «Про систему оподаткування в Україні» в контексті згадування елементів податкового механізму. Так ст. 1 зазначеного Закону, закріплюючи загальні підстави встановлення й відміни податків та зборів, підкреслювала, що «встановлення і скасування податків і зборів (обов'язкових платежів) до бюджетів та до державних цільових фондів, а також пільг їх платником здійснюється Верховною Радою України, Верховною Радою Автономної Республіки Крим і сільськими, селищними, міськими радами відповідно до цього Закону, інших законів України про оподаткування.

Але лише з прийняттям Податкового кодексу України це питання набуло більш-менш усталеного вигляду. Так, відповідно до ст. 30 «Податкові пільги » Податкового кодексу України податкова пільга визначається як передбачене податковим чи митн6им законодавством звільнення платника податків від обов'язку щодо нарахування та сплати податку та збору, сплата ним податку чи збору в меншому розмірі за наявності відповідних підстав. З такими підставами законодавець пов'язує особливості, які характеризують певну групу платників, вид їх діяльності, об'єкт оподаткування або характер та суспільне значення здійснюваних ними витрат.

Виконання податкового обов'язку передбачає загальний та спеціальний режим. Але застосування пільг можливо як в межах одного, так і іншого. Через систему пільг має реалізуватися один з найважливіших принципів – гнучкість, коли, закріплюючи стабільні правила оподаткування через надання пільг регулюються особливості застосування того чи іншого податку в дещо змінених умовах. При цьому законодавець наголошує на корегуванні поведінки як владних осіб, так і зобов'язаних. Правова природа пільги передбачає як деталізацію поведінки платників, коли облік коштів пов'язаних з оподаткуванням, здійснюється ним самостійно, відповідно до п. 30.6 ст. 30 Податкового кодексу України. В той же час, контролюючі органи складають зведену інформацію щодо втрат доходів бюджету внаслідок застосування податкових пільг та здійснюють контроль за правильністю надання та обліку податкових пільг, їх цільовим використанням.

В більшості законодавчих актів податкова пільга характеризується як право платника, але точніше її зміст передається в узгодженні

правосуб'єктності зобов'язаних та владних осіб – в правообов'язку, який одночасно реалізується як через право, так і через обов'язок платника. Своє право на використання податкової пільги платник може реалізувати при доповненні щонайменше двома обов'язками : обов'язком довести підстави податкової пільги; обов'язком звітувати, що податкова пільга була використана саме на тих підставах, на яких вона була надана.

Правова природа податкових пільг визначається не лише місцем їх в системі податкового механізму, а і зв'язком його з всіма іншими елементами. При цьому треба мати на увазі, що управління оподаткуванням здійснюються на засадах конституційно закріплених обов'язків платників. Ст. 67 Конституції України, закріплюючи податковий обов'язок, акцентує увагу на адресності цього припису – «кожний». Особливість правового регулювання податкових відносин обумовлює підлеглість волі й дій платників податків та зборів, волі владного суб'єкту. Якщо держава або уповноважений нею орган реалізує свої повноваження через владні розпорядження стосовно платників, то зміст діяльності платників податків та зборів орієнтовано на безпосереднє виконання обов'язків. пов'язаних із оподаткуванням.

Надання податкових пільг пов'язано з певною однорідністю, коли виокремлюється певна група із загального масиву платників, яка характеризується специфічною однорідністю та з якою законодавець пов'язує надання пільгового режиму. До інших платників чи об'єктів оподаткування застосовуються при цьому загальні підходи при оподаткуванні. Таким чином, податкова пільга є звільненням платників податків від певного виду податкового обов'язку в повному або частковому обсязі, яке будується на особливостях статусу певної категорії платника чи його діяльності.

Браславський Р. Г.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач кафедри фінансового права

ПРОЦЕДУРИ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ ЩОДО ВІДМОВИ У ПРИЙНЯТТІ ПОДАТКОВИХ ДЕКЛАРАЦІЙ

Низка справ, які розглядаються в адміністративних судах, на сьогодні пов'язані саме з процедурами податкової звітності або податкового декларування. Особливо проблемним на сьогодні є процедурне регулювання порядку оскарження рішень податкових органів щодо відмови у прийнятті податкових декларацій. Порядок подання податкової декларації до органів державної податкової служби регулюється ст. 49 Податкового кодексу України. Відповідно до п. 49.8 ст. 49 Податкового кодексу України прийняття податкової декларації є обов'язком органу державної податкової служби. Імперативний характер такого припису означає, що податковий орган не може на власний розсуд реалізовувати цей обов'язок, він не

має права не прийняти фактично отриману податкову декларацію. При цьому, це не залежить від способу, яким передає такий документ платник податку до контролюючого органу (особисто або через представника, поштою чи засобами електронного зв'язку). Більш детально реалізація процедури прийняття податкової декларації визначається п.п. 49.8 та 49.9 ст. 49 Податкового кодексу України.

Як передбачено абз. 1 п. 49.9 ст. 49 Податкового кодексу України, посадова особа органу державної податкової служби, в якому перебуває на обліку платник податків, зобов'язана зареєструвати податкову декларацію платника податку. Дата реєстрації цього документу звітності повинна співпадати з датою її фактичного отримання органом державної податкової служби. Згідно з п. 49.8 ст. 49 Податкового кодексу України під час прийняття податкової декларації уповноважена посадова особа органу державної податкової служби, в якому перебуває на обліку платник податків, зобов'язана перевірити наявність та достовірність заповнення всіх обов'язкових реквізитів. Перелік обов'язкових реквізитів, які мають бути в податковій декларації законодавець розподіляє на основні та додаткові. Тобто, законодавець виокремлюючи два типи реквізитів класифікує їх на такі, які мають бути використані та застосовані в діяльності посадових осіб податкових органів обов'язково та такі, що мають додаткове значення.

Процедура прийняття податкової декларації полягає у здійсненні посадовою особою податкового органу активних дій, які передбачають: 1) перевірку наявності та достовірності заповнення обов'язкових реквізитів, передбачених пунктами 48.3 та 48.4 Податкового кодексу України; 2) реєстрацію податкової декларації у день її отримання органом державної податкової служби. Ще раз звертаючи увагу на те, що прийняття декларації є імперативним обов'язком, можна дійти висновку, що відмова посадової особи органу державної податкової служби прийняти податкову декларацію з будь-яких причин, або висунення будь-яких не визначених передумов щодо такого прийняття (включаючи зміну показників такої податкової декларації, зменшення або скасування від'ємного значення об'єктів оподаткування, сум бюджетних відшкодувань, незаконного збільшення податкових зобов'язань тощо), є незаконним. В той же час, не можна вважати, що податкова декларація під час її надання породжує виключно обов'язки контролюючого органу. Податковим кодексом України передбачені спеціальні наслідки подання платником податків податкової декларації. В переважній більшості вони зводяться до корегування процедури прийняття декларації, яка заповнена з порушенням вимог пунктів 48.3 та 48.4 ст. 48 Податкового кодексу України. У випадку надходження до контролюючого органу такої декларації орган державної податкової служби зобов'язаний надати платнику податків письмове повідомлення

про відмову у прийнятті його податкової декларації із зазначенням причин такої відмови .

В той же час, згідно з п. 49.12 ст. 49 Податкового кодексу України, у разі отримання відмови органу державної податкової служби у прийнятті податкової декларації платник податків має право: а) подати податкову декларацію та сплатити штраф у разі порушення строку її подання; б) оскаржити рішення органу державної податкової служби. Порядок такого оскарження рішення органу Державної податкової служби передбачений ст. 56 Податкового кодексу України, яка передбачає, що рішення, прийняті контролюючим органом, можуть бути оскаржені в адміністративному або судовому порядку. Скарга подається до контролюючого органу вищого рівня у письмовій формі протягом 10 календарних днів, що настають за днем отримання платником податків рішення контролюючого органу, що оскаржується.

До прийняття Податкового кодексу України згідно з Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» обов'язок доведення правомірності своєї позиції при оскарженні рішення контролюючого органу покладався на платника. Прийняття Податкового кодексу України принципово змінило цю ситуацію в позитивний бік. Так, відповідно до ст. 56 цього акту під час процедури адміністративного оскарження обов'язок доведення того, що рішення контролюючого органу є правомірним, покладається на контролюючий орган.

Платник податків одночасно з поданням скарги контролюючому органу вищого рівня зобов'язаний письмово повідомляти контролюючий орган, яким прийнято рішення, про таке оскарження. У разі коли контролюючий орган приймає рішення про повне або часткове незадоволення скарги платника податків, такий платник податків має право звернутися протягом 10 календарних днів, наступних за днем отримання рішення про результати розгляду скарги, зі скаргою до контролюючого органу вищого рівня.

Скарга вважається повністю задоволеною на користь платника податків з дня, наступного за останнім днем встановлених для розгляду скарг строків. Підставою такого задоволення має бути ненадходження вмотивованого рішення за скаргою платника податків протягом 20-денного строку або протягом строку, продовженого за рішенням керівника контролюючого органу (або його заступника). Рішення центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, та центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері митної справи, прийняте за розглядом скарги платника податків, є остаточним і не підлягає подальшому адміністративному оскарженню, але може бути оскаржене в судовому порядку.

Коваль Д. А.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри адміністративного та фінансового права

ДОСЛІДЖЕННЯ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ ЯК СКЛАДОВОЇ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ

Історія податкового контролю нерозривно пов'язана з історією державного фінансового контролю і бере свій початок в XVII ст. У перебігу всього цього часу змінювалися його цілі, завдання, характер, зміст, об'єкти і суб'єкти, модернізувалися контрольні процедури. Мінялося ставлення до контролю: від негативного до позитивного. Але у всі часи прогресивна частина суспільства усвідомлювала, що результативність економічних реформ тісно пов'язана з правильною постановкою контрольної роботи, з наявністю ефективного інструментарію теорії і практики податкового контролю, орієнтованого на конкретні умови господарювання.

На всіх стадіях фінансової діяльності, а саме під час формування, розподілу й використання публічних фондів коштів здійснюється фінансовий контроль. Фінансовий контроль не можна визначити однозначно. Це складне явище, оскільки він є складовою частиною державного управління та інструментом реалізації політики держави, а, з другого боку, фінансовий контроль – це управлінська діяльність зі своїми методами, формами (Грачева Е. Ю., Толстопятенко Г. П., Рыжкова Е. А. Финансовый контроль. – М.,2004. – С.122).

Державний фінансовий контроль є різновидом державного контролю за фінансовою і господарською діяльністю господарюючих суб'єктів. Але фінансовий контроль, на відміну від інших видів контролю за господарською діяльністю, провадиться за тими відносинами, які пов'язані із формуванням (наприклад, за внесками обов'язкових платежів), цільовим розподілом і ефективним використанням фондів коштів (Финансовое право: Учебник / Под ред. О.Н. Горбуновой. – М.: Юристъ, 1996. – С.56).

На сучасному етапі вчені, визначаючи фінансовий контроль, виділяють різні його сутнісні характеристики. Зокрема, професор Л. К. Воронова, пише, що фінансовий контроль – це регламентована правовими нормами діяльність державних і муніципальних та інших публічних органів з перевірки своєчасності й точності планування, обгрунтованості й повноти надходження коштів у відповідні фонди, правильності та ефективності їх використання (Воронова Л. К. Фінансове право України: Підручник. – К.: Прецедент; Моя книга, 2006. – С.82).

Л. К. Царьова зазначає, що фінансовий контроль – це діяльність уповноважених органів та їх посадових осіб для перевірки додержання вимог законодавства у сфері фінансової діяльності та застосуванню в передбачених законом випадках відповідних засобів впливу (Царьова Л. К. Організаційно-

правові основи фінансового контролю в Україні : Навчально-методичний посібник. – Одеса, Юридична література, 1999. – С.11).

Трохи відмінне визначення фінансового контролю надають автори підручника «Фінансове право України» за ред. М. П. Кучерявенка. Відзначається, що фінансовий контроль – це особлива сфера державного контролю, що становить собою діяльність фінансових органів з виявлення порушень законності, фінансової дисципліни й доцільності під час формування, розподілу й використання державних і муніципальних грошових фондів.

Але, як вбачається, до цього слід додати ще вимогу щодо додержання законності в процесі здійснення фінансової діяльності. Оскільки важливо забезпечити не лише своєчасність та точність планування, а перш за все, щоб у процесі фінансової діяльності всі суб'єкти суворо дотримувалися приписів нормативно-правових актів.

За допомогою фінансового контролю забезпечується законність у фінансовій і господарській діяльності. Він є одним із засобів попередження безгосподарності, виявлення фактів зловживань, марнотратства.

Фінансовий контроль сучасної держави випливає як з традиційних, сталих протягом багатьох років принципів, норм, стандартів, режимів, процедур і структур здійснення даного виду діяльності держави, так і з якісно нових реалій суспільно-господарських відносин, що склались в останні десятиріччя (Нікіфоров П. О.,Івасюк С.І.Фінансовий контроль держави: інституціональний підхід, спадковість і новації у поглядах//Регіональна економіка. – 2005. – № 2. – С.33).

Фінансовий контроль держави в його традиційному розумінні є складовою частиною тріади управлінських функцій держави у фінансовій системі (обліку, аналізу і контролю). Об'єктом такого контролю є фінансові фонди та потоки, що належать державі (Василик О. Д. Теорія фінансів. – К.:НІОС, 2003. – С.342).

Фінансовому контролю притаманні риси, що взагалі належать контрольній діяльності як такій, а саме: оперативність; цілеспрямованість; безпосередність; обгрунтованість; дієвість.

Слід зазначити, що фінансам як економічній категорії, крім розподільної та регулюючої, належить також і контрольна функція Вона виявляється як під час контролю розподілу валового внутрішнього продукту, так і під час витрачання публічних грошових фондів відповідно до їх цільового призначення. Все це свідчить про те, що контрольна функція фінансів є об'єктивною основою фінансового контролю (Фінансове право України: Підручник / Г. В. Бех, О. О. Дмитрик, И. Е. Криницький; За ред. М. П. Кучерявенка. – К.: Юрінком Інтер,2007. – С.61).

Варто зазначити, що мета, завдання, зміст, склад суб'єктів, об'єкт та інші елементи податкового контролю вужчі, ніж у фінансового контролю. Сферою здійснення податкового контролю виступає порядок утворен-

ня грошових фондів держави у формі податкових платежів. Фінансовий контроль, не обмежуючись зазначеною сферою, охоплює формування, розподіл і використання коштів централізованих і децентралізованих грошових фондів держави. Та й мета і завдання податкового контролю виходять з цілей і завдань, що стоять перед фінансовим контролем у цілому. Склад суб'єктів фінансового контролю, їх права, обов'язки й компетенція ширші, ніж у суб'єктів податкового контролю.

У податковому контролі можна виявити особливості, що дозволяють відрізнити його від інших напрямків контрольної діяльності державних органів, що здійснюються у фінансовій сфері. У процесі здійснення податкового контролю діяльність підконтрольних об'єктів оцінюється тільки з точки зору законності, а його суб'єкти не оцінюють результати функціонування підконтрольних об'єктів з огляду на їх доцільність та ефективність.

Щербакова О. Ю.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРОЦЕДУРИ СУДОВОГО ДОКАЗУВАННЯ ПРИ ВИРІШЕННІ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ

Проблема дослідження судового доказування при вирішенні податкових спорів на сьогодні ще не виступає остаточно вирішеною як на рівні законодавчого регулювання, так і в наукових дослідженнях. Є декілька підходів стосовно з'ясування сутності судового доказування. Принципове розмежування двох підходів щодо природи судового доказування, фактично зводиться до визначення місця суду в цьому процесі. Цей критерій базується на ще більш узагальненому посиланні, коли роль суду у встановленні обставин по справі, ролі судового доказування визначається загальними соціокультурними особливостями суспільства, що і визначає систему судочинства (Див.: Треушников М. К., Малешин Д. Я. Новый гражданский процессуальный кодекс России 2002 г.: Некоторые социокультурные особенности // Вестник МГУ. Серия 11 «Право», 2004. – № 4. – С. 57-58; Бартунаева Н. Л. Предмет доказывания по налоговым спорам, связанным с привлечением субъектов хозяйственной деятельности к ответственности. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 23).

Виходячи з цього критерію, склалися індивідуалістична та колективістська моделі судового доказування. Індивідуалістична концепція основну активну роль закріплює за учасниками процесу, в якості яких виступають дві сторони спору. В межах цієї моделі активність сторін і обумовлює активність та послідовність судового доказування. Роль суду зводиться до спостерігача та передбачає мінімальну активну роль. Колективістська концепція виходить із активного місця суду в судовому доказуванні, при якому можливі і окремі прояви пасивності щодо участі сторін в судовому

доказуванні. Суд безпосередньо входить до активних учасників діяльності, що пов'язана з доказуванням.

Прибічники індивідуалістичної концепції розуміють процесуальну діяльність сторін спору (Див.: Бартунаева Н. Л. Предмет доказывания по налоговым спорам, связанным с привлечением субъектов хозяйственной деятельности к ответственности. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 20-23). Узагальнений вигляд така позиція має в положенні С. В. Курильова, який підкреслює, що «доказування – не пізнання, доказування для пізнання» (Курильов С. В. Доказывание и его место в процессе судебного познания // Труды Иркутского госуниверситета. Т. 13, 1955. – С. 65). Ця діяльність стосується лише фактичних обставин справи, надання доказів щодо власної позиції, висловленню та аргументації суперечностей стосовно позиції та доказів іншої сторони спору. При цьому суд не включається як учасник відносин щодо судового доказування, його не розглядають як суб'єкта доказування. На думку А. Ф. Клейнмана, суд вирішує справу , а всі його дій ніяким чином не збігаються з діяльністю в процесі доказування (Див.: Клейнман А. Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М.; Л.; 1950. – С. 40; Ванеева Л. А. Судебное познание в науке советского гражданського процессуального права. Л., 1969). Діяльність суду представники цієї позиції розглядають як судове пізнання, а безпосереднє судове доказування характеризується ними як діяльність осіб, що приймають участь в розгляді справи. Тобто ще раз підкреслюємо, що йдеться, фактично, про визначення судового доказування через діяльність сторін спору.

Фахівці, які будують свої докази на базі колективістської моделі та виходять із більш поширеного кола учасників доказування в судових спорах. Полемізуючи з представниками першого підходу, прибічники цієї наукової конструкції акцентують увагу на тому, що в першому випадку судове доказування набуває дуже вузького сенсу і зводиться лише до процесуальної діяльності сторін, яка спрямована на те, щоб переконати суд в істинності їх тверджень. В сенсі підходу першої групи авторів такі твердження зводяться виключно до доведення наявності чи відсутності юридичних фактів, на яких базується вимога позивача чи заперечення відповідача (Осипов Ю. К. Судебные доказательства. / Советское гражданское процессуально право. М., 1965. – С. 137). Фактично, йдеться про таку побудову процесуальної правосуб'єктності учасників спору, де їх роль може бути зведена до рівня експерта або фахівця. К. С. Юдельсон визначає судове доказування як діяльність суб'єктів процесу по встановленню за допомогою вказаних законом процесуальних засобів об'єктивної істини щодо наявності чи відсутності фактів, які необхідні для вирішення спорів між сторонами. Найголовнішу роль в цьому відіграє суд (Юдельсон К. С. Проблемы доказывания в советском гражданском процессе. М., 1951. – С. 33-34).

Представники розширеного уявлення щодо змісту поняття судового доказування підкреслюють, що в цій ситуації йдеться не про механічний збір матеріалу, свідчень для доказування, а про досить складно структуровану діяльність всіх учасників відносин судового доказування, але в першу чергу – суду (Треушников М. К. Судебные доказательства. М., 2004. – С. 34-35). Дійсно, судове доказування в цьому сенсі передбачає не лише надання сторонами певних доказів чи заперечень, а і правову оцінку їх судом. Тобто це призводить до з'ясування та визначення правових наслідків наявності саме такого аргументу чи доказу, що призводить до корегування правового положення учасника спору (зміни майнового стану, втрата спеціальних ознак і т.д.). Суд при цьому робить чіткі аргументовані висновки на базі наданих доказів , на підставі чого і обґрунтовується відповідне рішення. Безумовно, в податкових спорах суд безпосередньо відноситься до суб'єктів доказування. Саме судом не лише оцінюються юридичні факти, які надаються сторонами в якості доказів, а і визначаються питання, по яким взагалі мають бути доведені ті чи інші юридичні факти, акцентується перелік засобів доказування та джерела отримання такої інформації.

Дуже доцільним при цьому здається посилання на уточнення перспектив впливу сторін спору на судове рішення. М. К. Треушніков підкреслює, що судове доказування не може розглядатися в контексті перебільшення можливостей впливу сторін в процесі доказування (Треушников М. К. Судебные доказательства. М., 2004. – С. 35). Дійсно, судове доказування передбачає діяльність сторін, яка спрямована на переконання суду щодо правильності позиції відповідної сторони. Але, наполягаючи лише на цьому, можна дійти і до висновку щодо виключення будь-яких функцій суду в цьому процесі. Безумовно, сторони мають право надавати відповідні докази. Але їх оцінка та висновки на підставі цього здійснює безпосередньо суд, який, базуючись на відповідних законодавчих нормах та судовій практиці, робить власні висновки. Останні можуть і не збігатись з тим уявленням, якого прагнули сторони спору при наданні таких доказів. Тобто реалізація такої функції судом здійснюється самостійно та автономно.

Треба погодитись з І.В. Решетніковою, яка підкреслює, що суд сумує всі надані докази, дає їм остаточну оцінку та виносить рішення (Решетникова И. В. Курс доказательственного права в Российском гражданском судопроизводстве. – С. 69-71). В цьому контексті хотілося б акцентувати увагу на тому, що таке рішення по справі виражає цілісний комплекс знань. По-перше, безумовно йдеться вже про правозастосовний аспект в використанні та реалізації знань безпосередньо того судді або суддів, які прийняли рішення як підсумок судового доказування. По-друге, це реалізація більш узагальнених судових знань, бо відповідні межі стосовно прийняття рішення встановлює практика вищих спеціалізованих судів

або Верховного суду України і незалежно від власного уявлення судді (на підставі його індивідуальних знань) рішення не може суперечити позиції Вищого чи Верховного суду України. По-третє, ці знання мають спеціалізовану спрямованість, тобто вони стосуються не узагальненого уявлення по справі, а базуються та обмежуються наданими доказами (і, відповідно, їх оцінкою), а також характером та висновками дослідження цих доказів.

Шаптала Є.Ю.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач

ФУНКЦІЇ ПОДАТКОВОГО СТИМУЛЮВАННЯ

Податкові стимули є різновидом правових стимулів, які обумовлені специфікою відносин оподаткування. Як правовий стимул в сфері оподаткування вони цілком узгоджуються з характеристикою їх як многоаспектного явища, що забезпечує самостійний правовий засіб упорядкування поведінки учасників відносин. Шляхом такого засобу організується вплив правових норм на платника з метою реалізації ним правомірних дій при справлянні податкового обов'язку.

Ефективна реалізації податкових стимулів може бути досягнута лише на комплексних підставах. Це обумовлюється як узгодженням застосування всіх різновидів податкових стимулів, так і розробкою раціонального механізму використання кожного із них. Більш того, хотілося б підкреслити важливість узгодження цього не лише в межах власне податкового права, а і на кордоні як фінансово-правових, так і інших інститутів, підгалузей, галузей. Наприклад, одним із основних каналів формування доходів бюджету відповідно до ст. 9 Бюджетного кодексу України є податкові надходження. Переважну більшість із них складають саме податки. Тому податкове стимулювання логічно обумовлює і корегування бюджетно-правових відносин.

Зміст податкових стимулів обумовлюється тими, функціями, реалізуючи які і можна сподіватися щодо формування раціональної конструкції стимулювання відносин оподаткування. Функціями податкових стимулів забезпечується правовий вплив на податкові відносини, що обумовлює соціальну активність платників, реалізацію соціально значущих цілей при мінімізації або взагалі відмови від засобів державного примусу. До функцій податкового стимулювання можна віднести:

1) гарантуюча функція має не лише податково-правове значення, а і виходить за межі цієї інституції. По-перше, шляхом стимулів в податковому регулюванні гарантується збільшення (або хоча б не зменшення) надходжень до бюджетів. По-друге, податкове стимулювання гарантує законність щодо оцінки прав та обов'язків платників, коли несплата податку на підставі надання податкової пільги не розглядається як ухилення

від оподаткування та не обумовлює негативних наслідків для платника. По-третє, податкове стимулювання, яке гарантує надходження коштів до бюджетів, забезпечує і відповідні бюджетні гарантії щодо фінансування завдань та функцій через інститут публічних видатків;

2) функція реалізації інтересів суспільства забезпечує такий вплив, що обумовлює підстави своєчасної та точної реалізації приписів правових норм в умовах конкуренції або співставлення їх впливу. Податкове стимулювання узгоджує кордон інтересів на межі галузевого впливу. Так, наприклад, різновидом правомірної поведінки є звільнення осіб від справляння податкового обов'язку в режимі податкового імунітету. В цьому сенсі правомірним є невиконання податкового обов'язку дипломатичними посадовими особами, що обумовлюється ефективним виконанням ними своїх обов'язків. Саме в цьому сенсі обирається максимально значуща з позицій інтересів суспільства потреба;

3) інформаційна функція забезпечує перехід певного змісту інформації від одного суб'єкту до іншого. Переважна більшість податкових пільг має застосовуватись лише у відповідній заявній формі. Тобто звільнення надається платникові не безпосередньо при виникненні таких обставин, а лише за умови його ініціативи. Передача інформації щодо бажання отримати те чи інше звільнення обумовлює два типу інформації, яка надходить до владного суб'єкта: з одного боку, щодо наявності підстав про надання преференцій особі, яка має на це право; з іншого боку, щодо необхідності знайти кошти для мінімізації бюджетних розривів, які з'являться на підставі цього;

4) контролююча функція податкового стимулювання обумовлює корегування показників виконання податкового обов'язку при здійсненні контролюючих дій представниками владних суб'єктів. При цьому, контроль зосереджується як на матеріальному, так і на процедурному аспекті податкового стимулювання, підставах, межах та наслідках надання податкових звільнень;

5) виховна функція податкового стимулювання забезпечує обов'язок набуття знань трьох категорій осіб. З одного боку, це зобов'язані особи, які не можуть не лише використовувати, але і вважати, що мають підстави на той чи інший різновид податкових пільг без відповідної правової свідомості. З іншого боку, це посадові особи контролюючих органів, які на підставі обізнаності щодо меж та можливостей реалізації власних повноважень мають враховувати підстави та наслідки застосування податкових стимулів. І нарешті, це коло осіб пов'язаних із відносинами оподаткування (податкові агенти, аудитори, експерти, збирачі і т.д.), які лише при наявності певних знань можуть забезпечити реалізацію податкових звільнень в тих випадках, коли законом або договором це покладено на них.

Глусенко А. С.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач

БЮДЖЕТНА СИСТЕМА УКРАЇНИ ЯК СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ОФІЦІЙНИХ ТРАНСФЕРТІВ

Бюджетні відносини передбачають поєднання трьох поглядів на їх зміст та особливості регулювання. По-перше, це бюджет як комплексна наукова категорія, яка набуває в тому числі і відповідного правового обарвлення. По-друге, це акт про відповідний бюджет (закон України або Постанова відповідної ради). По-третє, це бюджетне право як підгалузь фінансового права.

Виходячи з цього, аналіз бюджетної системи обумовлює як існування відповідного інституту в системі сукупності бюджетно-правових норм, так і дослідження складових бюджетної системи та відносин між ними. За допомогою бюджетної системи відбувається стимулювання до економного та раціонального використання публічних коштів. Використовуючи перерозподіл коштів як на рівні одного бюджету, так і між окремими ланками бюджетної системи, утворюється можливість стимулювати як окремі виробництва або галузі економіки, так і певні регіони. Саме з цим пов'язується соціальна спрямованість бюджетного регулювання. Виходячи із змісту ст. 1 Конституції України (Див.: ст.1 Конституції України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30). нашу державу проголошено суверенною, незалежною, демократичною, соціальною та правовою, а за частиною четвертою статті 13 Конституції України (Див.: ч.4 ст.13 Конституції України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Там само). держава забезпечує соціальну спрямованість економіки. Але реалізувати всі ці конституційні положення можна лише на підставі формування фінансового обґрунтованих потоків між ланками бюджетної системи.

Бюджетна система може набувати форму як дворівневої (йдеться, перш за все, про унітарні держави), так і багаторівневої (федерації). З а частиною другою статті 2 Конституції України (Див.: ч.2 ст.2 Конституції України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30), наша держава є унітарною державою, в якої територіальний устрій ґрунтується на засадах єдності та цілісності державної території, поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій. В той же час, ч. 1 ст. 133 Конституції України (Див.: ст.133 Конституції України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Там само) встановлено, що систему адміністративно-територіального устрою України складають:

Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села. Це знайшло своє відображення у пункті 5 частини першої статті 2 Бюджетного кодексу України, який надав визначення бюджетній системі України як сукупності державного бюджету та місцевих бюджетів, побудованої з урахуванням економічних відносин, державного і адміністративно-територіального устроїв і врегульована нормами права.

Склад бюджетної системи України визначено статтею 5 Бюджетного кодексу України 2010 року (Див.: ст.5 Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010р. № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50. – С.1778. – Ст.572). Бюджетна система України складається з державного бюджету та місцевих бюджетів. Місцевими бюджетами є бюджет Автономної Республіки Крим, обласні, районні бюджети та бюджети місцевого самоврядування. Бюджетами місцевого самоврядування є бюджети територіальних громад сіл, їх об'єднань, селищ, міст (у тому числі районів у містах). Потрібно зазначити, що зміст наведеної статті чинного Бюджетного кодексу України дещо вужчий за її назву, адже структура – «певний взаємозв'язок, взаєморозташування складових частин; побудова, устрій чого-небудь» (Большая советская энциклопедия. – М.: Изд-во «Советская энциклопедия», 1976. – Т.24-І. – С.598). Така назва статті 5 була успадкована з попередньої редакції Бюджетного кодексу України, але за змістом склад бюджетної системи України за Бюджетним кодексом України 2001 року мав суттєві відмінності. В контексті цього принципові зміни стосуються віднесення бюджетів територіальних громад районів у містах безпосередньо до складу місцевих бюджетів, а не до бюджетів місцевого самоврядування, а також через включення до складу останніх таких складових, як бюджети об'єднань міст та селищ.

Зміст міжбюджетного регулювання через використання міжбюджетних трансфертів якраз і обумовлює передачу коштів між бюджетами. Показово, що до прийняття Бюджетного кодексу така передача мала здійснюватись виключно згори донизу (із бюджету вищої ланки до нижчої), а з прийняттям цього кодифікованого акту законодавець розширив напрямки застосування офіційних трансфертів між всіма ланками бюджетної системи в цілому.

Головин Д. В.

Национальный университет государственной налоговой службы Украины, соискатель

ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ РЕЗИДЕНСТВА ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ – НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКОВ

При определении резиденства компании следует исходить из того, где находятся фактические органы управления. Нормы гражданского законодательства обусловливают то, что лицо, являющееся коммерческой

организацией, может быть создано только в форме государственного предприятия, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного кооператива. Например, в соответствии со статьей 8 Закона Республики Казахстан «О хозяйственных товариществах» высшим органом хозяйственного товарищества является общее собрание (собрание представителей) его участников. В хозяйственном товариществе создается исполнительный орган (коллегиальный или (и) единоличный), осуществляющий текущее руководство его деятельностью и подотчетный общему собранию его участников.

Отдельно регулируются особенности статуса резидентства для акционерных обществ. Так, согласно статьи 33 Закона Республики Казахстан «Об акционерных обществах» Органами общества являются: 1) высший орган – общее собрание акционеров (в обществе, все голосующие акции которого принадлежат одному акционеру, – данный акционер); 2) орган управления – совет директоров; 3) исполнительный орган – коллегиальный орган или лицо, единолично осуществляющее функции исполнительного органа, название которого определяется уставом общества; 4) иные органы в соответствии с настоящим Законом, иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан и уставом общества.

Таким образом, при определении органов (органов управления) юридического лица, являющегося коммерческой организацией, следует исходить из закрытого перечня таких органов, которые прямо предусмотрены законодательными актами. Полномочия соответствующего органа должны быть подтверждены в порядке (соответствующим документом), на который прямо указывается в законодательном акте. Наличие иных лиц, которые влияют (могут влиять), на принятия решения коммерческой организации не может служить фактом признания участия таких лиц в управлении коммерческой организацией, если только полномочия такого лица официально не подтверждены в соответствующих документах.

Опираясь на налоговое законодательство постсоветских государств, следует обратить внимание на конструкцию «связанных лиц». Так, согласно статье 14 Налогового кодекса Украины связанные лица – юридические и / или физические лица, взаимоотношения между которыми могут оказывать влияние на условия или экономические результаты их деятельности или деятельности лиц, которых они представляют и которые отвечают любому из следующих признаков: юридическое лицо, осуществляющее контроль за хозяйственной деятельностью налогоплательщика или контролируется таким плательщиком налога или находится под общим контролем с таким плательщиком налога.

Под контролем хозяйственной деятельности налогоплательщика следует понимать: а) владение непосредственно или через связанных фи-

зических и / или юридических лиц долей (паем, пакетом акций) уставного фонда налогоплательщика в размере не менее 20 процентов уставного фонда плательщика налога; б) влияние непосредственно или через связанных физических и/или юридических лиц на хозяйственную деятельность предприятия в результате: предоставление права, которое обеспечивает решающее влияние на формирование состава, результаты голосования и решения органов управления налогоплательщика; занятию должностей членов наблюдательного (наблюдательного) совета, правления, других наблюдательных или исполнительных органов налогоплательщика лицами, которые уже занимают одну или несколько из указанных должностей в другом предприятии; занятие должности руководителя, заместителя руководителя наблюдательного совета, правления, другого наблюдательного или исполнительного органа плательщика налога лицом, которое уже занимает одну или несколько из указанных должностей в других субъектах хозяйствования.

Межотраслевое регулирование управления, основываясь на общеродовых цивилистических подходах предполагает определенный отраслевой аспект. В этом случае необходимо обязательно учитывать, что анализируются отношения, выражающее императивное налогово-правовое упорядочивание поведение участников отношений. Это обуславливает то, что под «управлением» юридическим лицом понимаются действия директора (дирекции) по обеспечению ежедневного управлении делами компании: подписанию договоров, подачи отчетности в соответствующие органы, представительству в суде и т. д.

Только действия директора создают для юридического лица права и обязанности, только он, как правило, имеет право подписи без доверенности и т. д. Действия собственника, даже единоличного, если он не является директором, сами по себе прав и обязанностей для компании не порождают. Его указания могут быть обязательны для директора, однако без действий директора, такие указания не могут быть реализованы. Более, того, директор не обязан выполнять незаконные указания собственника, а выполнив их будет нести персональную ответственность от которой ссылка на указания собственника его не освободит. Более того, законодательства подавляющего большинства постсоветских государств не применяет конструкцию «бенефициара» или «бенефициарной собственности». Данная категория используется на уровне общего понимания основ Римского права, научных конструкций, не имея адекватного закрепления соответствующей законодательной нормой. Участие в юридическом лице, как правило определяется, наличием подтвержденной (зарегистрированной) доли в уставном капитале соответствующей компании. При определении резиденства, основываясь на месте эффективного управления, следует исходить из договора об управлении.

Даніелян С. А.
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

СПРОЩЕНІ РЕЖИМИ ОПОДАТКУВАННЯ: РЕТРОСПЕКТИВА ТА ПЕРСПЕКТИВА

Правове регулювання відносин оподаткування характеризується надзвичайною динамічністю. Внесення змін до чинного законодавства пов'язується не лише з вдосконаленням правових механізмів існуючих податків і зборів, а й зі спрощенням окремих податкових інструментів, запровадженням нових податків або зборів тощо. При цьому не виключається можливість поновлення податкових механізмів, що певний проміжок часу не діяли. З цих позицій, вбачається доцільним дослідити спеціальний режим фіксованого оподаткування фізичних осіб, що тривалий час існував в Україні.

Зараз основним спеціальним податковим режимом є єдиний податок, але стимулювання підприємницької діяльності в Україні здійснювалось також шляхом створення сприятливих умов оподаткування в формі фіксованих режимів. Одним із варіантів спеціального режиму оподаткування доходів фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності була сплата прибуткового податку в фіксованому режимі, чітко встановленому розмірі з придбанням патенту. Фіксований податок є найбільш близьким до єдиного за його змістом (сплата одного податку замість інших). Його розмір не залежить від величини одержаних платником доходів – з кожної грошової одиниці справляється однаковий фіксований розмір платежу.

Ми розділяємо точку зору Андрієського К. В. стосовно призначення, функціонального навантаження при застосуванні фіксованих режимів оподаткування. Він наголошує, що фіксований режим при оподаткуванні фізичних осіб спрямований на реалізацію декількох завдань: а) спрощення податкового контролю; б) зменшення проблем при адмініструванні податків; в) встановлення більш зручного режиму для виконання податкового обов'язку у зобов'язаних осіб; г) збільшення надходжень доходів до бюджетів та позабюджетних фондів; д) зниження податкового навантаження і рівномірне його розподілення серед платників податків; є) спрощення порядку обчислення та сплати податків шляхом заміни ряду податків і зборів (Андрієвський К. В. Спеціальні податкові режими : дис.. канд. юрид. наук : 12.00.07 / Костянтин Володимирович Андрієвський. – Х., 2009. – 207 с. – С. 126).

На наш погляд, шляхом реалізації конструкції фіксованого оподаткування досягається раціональне поєднання інтересів держави та платників податків. Інтереси платника враховуються при його вільному обранні цієї системи, якщо вона у відповідних умовах для нього більш вигідна. З позиції держави, справляння такого податку в фіксованому режимі ви-

ключає недоїмку, тому, що сума податку встановлюється із базової доходності та не підлягає корегуванню.

Дещо іншої думки дотримується М. М. Весельський. Розглядаючи природу фіксованих платежів він зауважує, що це них нові різновиди справляння вже існуючих платежів. На його думку, фіксований податок – це скоріше новий спосіб сплати податку, який узагальнює відразу декілька інших податків, встановлених чинним законодавством (Весельський М. М. Правові основи справляння податків в Україні: Автореф. дис. .. канд. юрид. наук: 12.00.07 / Весельський М. М. – К., 2001. – С. 16.). Ми не можемо погодитись з такою позицією. На наш погляд, в цьому випадку змішані такі поняття як сам податок, його цілісна конструкція, що утворюється шляхом поєднання елементів правового механізму та спосіб сплати, визначення суми податку.

Зараз законодавець встановив, що спеціальні податкові режими встановлюються та застосовуються у випадках і порядку, визначених виключно Податковим кодексом України (Податковий кодекс України : від 02.12.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, 15–16, 17. – Ст. 112. (Ст. 11)). При цьому спеціальним податковим режимам присвячено окремий розділ, що включає чотири платежі:

1) спрощену систему оподаткування, обліку та звітності, фактично представлену єдиним податком;

2) фіксований сільськогосподарський податок;

3) збір у вигляді цільової надбавки до діючого тарифу на електричну і теплову енергію, крім електроенергії, виробленої кваліфікованими когенераційними установками;

4) збір у вигляді цільової надбавки до діючого тарифу на природний газ для споживачів усіх форм власності (Податковий кодекс України : від 02.12.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, 15–16, 17. – Ст. 112. (Розділ XIV)).

Як бачимо, про фіксований прибутковий податок в даному випадку не йдеться. Чинне податкове законодавство під спеціальним податковим режимом розуміє систему заходів, що визначає особливий порядок оподаткування окремих категорій господарюючих суб'єктів. Такий спеціальний податковий режим може передбачати особливий порядок визначення елементів податку та збору, звільнення від сплати окремих податків та зборів, що чітко спостерігається у випадку єдиного податку. Водночас, не визнаються спеціальними режимами податкові режими, не визначені такими Податковим кодексом, тобто зараз фіксоване прибуткове оподаткування скасовано. Проте, зважаючи на відносно відпрацьований механізм даного платежу, а також закладену в Податковий кодекс можливість розширення кола спеціальних податкових режимів, не виключено запровадження фіксованого прибуткового оподаткування знову, може й в дещо іншій формі, ніж він існував до прийняття Податкового кодексу України.

Дорошенко Д. П.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач

ФІНАНСОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ЯК СИСТЕМА

У вітчизняній фінансово-правовій літературі проблема визначення змісту фінансового законодавства не є новою. Численні дослідження таких вчених, як Д. О. Білінський, О.О. Дмитрик, М. П. Кучерявенко, Т. А. Латковська, О.П. Орлюк та ін., тією чи іншою мірою торкаються розробки засад системи як в цілому фінансового законодавства України, так і податкового, бюджетного чи банківського законодавства. Проте досить проблемними на сьогодні залишаються питання системного підходу у формуванні такого ємного поняття як фінансове законодавство. Втім зрозуміло, що від його вирішення залежить стабільність та упорядкованість відносин по мобілізації, розподілу і використанню коштів публічних фондів.

Наразі для сфери фінансово-правового регулювання характерне оновлення низки тих нормативно-правових актів, що упорядковують відносини щодо публічної фінансової діяльності. Так, прийнято Податковий кодекс України, нова редакція Бюджетного кодексу України. У своїй сукупності вони мають визначати параметри системи фінансового законодавства, напрями його розвитку, місце і роль у створенні ефективного механізму правового регулювання фінансових відносин. У той же час, чи можна говорити про існування в Україні фінансового законодавства саме як системи, за якої остання має розумітися як «складно організоване ціле, що включає окремі елементи, об'єднані різноманітними зв'язками та взаємовідносинами». Думається, що ні.

Доволі усталеною серед правників є позиція, відповідно до якої як система законодавства в цілому, так і система фінансового законодавства має декілька визначень залежно від того, в якому сенсі − вузькому чи широкому − розуміється саме категорія «законодавство»: у вузькому – це система законів, у широкому – законів та інших нормативно-правових (підзаконних) актів. До речі, ряд нормативно-правових актів України, прийнятих останнім часом, відображає саме широке поняття законодавства, включаючи до нього фактично всі чинні нормативно-правові акти. Так, у ст. 4 Бюджетного кодексу України закріплено: «бюджетне законодавство складається з таких елементів: (а) Конституція України, (б) цього Кодексу, (в) закону про Державний бюджет України, (г) інших законів, що регламентують бюджетні відносини, (д) нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, (е) нормативно-правових актів органів виконавчої влади, (є) рішень по місцевий бюджет, (ж) рішення органів АРК, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування». По суті, аналогічне за обсягом розуміння законодавства закріплено у ст. 3 Податкового кодексу України. Однак, на наше переконання, поза увагою залишаються фінансово-правові норми, що містяться в інших джерелах права, зокрема, у Рішеннях Конституційного Суду України та Європейського

суду з прав людини. Враховуючи те, що чимало положень як Податкового і Бюджетного кодексів України, так і інших фінансових законів мають суперечливий характер, їх застосування потребує офіційного тлумачення Конституційним Судом України, уточнення та конкретизації.

Окрім того, за такого підходу невілюється відмінність у таких термінах як «фінансове законодавство» і «законодавство, що регулює фінансові відносини». Таке трактування фінансового (бюджетного, податкового) законодавства, на нашу думку, не сприяє ефективності правового регулювання відносин у сфері публічної фінансової діяльності, зміцненню законності в діяльності суб'єктів фінансових правовідносин, у яких реалізується переважно публічні інтереси. Не випадково правники вказують, що «не можна вважати нормальною ситуацію, коли відомчий юридичний акт міністерств, державних комітетів або департаментів фактично підміняє закон у правовому регулюванні, зокрема в правозастосовній діяльності. Подібне явище свідчить про наявність рудиментів хибної практики у правовій системі України, а також несформованість системи національного законодавства, належної для правової держави».

Формування системи фінансового законодавства України здійснюється під впливом багатьох чинників і є органічною складовою більш широкого поняття – системи національної законодавства. На визначення останнього суттєво вплинуло Рішення від 9 липня 1998 р., № 12-рп/98 у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство»), де надано широке його тлумачення (до складу останнього включається як система законів, інших нормативних актів, що приймаються Верховною Радою України, так і вищими органами виконавчої влади (постанови Верховної Ради, укази Президента, постанови і декрети Кабінету Міністрів України, які конкретизують відповідні закони і не повинні їм суперечити, приймаються на основі Конституції, ратифікованих міжнародних договорів). Однак, на наш погляд, така позиція органу конституційної юрисдикції у контексті застосування її при визначенні саме фінансового законодавства є досить спірною, оскільки не узгоджується з положеннями частини другої статті 92 Конституції України. Так, за змістом останньої «виключно законами України встановлюються: Державний бюджет і бюджетна система України; система оподаткування, податки та збори; засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного й інвестиційного ринків; статус національної, а також іноземних валют на території України; порядок утворення й погашення державного внутрішнього й зовнішнього боргу; порядок випуску й обігу державних цінних паперів, їх види й типи».

Отже, наразі чинне фінансове законодавство важко назвати системою. З огляду на його розрізненість, відсутність чіткого визначення змісту і іє-

рархічної супідрядності її складових елементів, більш точним для його дефініції є термін, який використовує С.В. Полєніна – «масив законодавства». Саме тому ми цілком підтримуємо позицію Ю. О. Тихомирова, який наголошує на тому, що і сьогодні є нагальною потреба в подальшому обговорені та обґрунтуванні як «самої необхідності поняття верховенства закону в системі нормативно-правових актів, так і пропозицій щодо законодавчого закріплення цього верховенства, а також встановлення його гарантій».

Желтобрюх І.Л.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач

ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ТА РОЗСУДУ ПРИ ПОДАТКОВО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Податкові відносини відрізняються дуже напруженим конфліктним характером. Безумовно, в будь-якій галузі права можна знайти підстави виникнення конфлікту та негативні наслідки щодо учасників цих відносин внаслідок цього. Але в переважній більшості випадків конфлікт характеризує певну протиправну поведінку, коли стає логічним та зрозумілим покарати вбивцю, злодія і т.д. Податкові відносини характеризуються конфліктом інтересів на стадії виконання припису податкової норми. Відповідне правове оформлення набуває процес відчуження грошей юридичних та фізичних осіб та передача їх публічному суб'єкту. Саме це зіткнення приватного та публічного інтересу і обумовлює принципову конфліктність податкових відносин.

Це обумовлює намагання законодавця виключно чітко, детально врегулювати вимоги щодо виконання обов'язків зобов'язаними особами та реалізації повноважень владними. Виходячи з цього, податкове законодавство передбачає необхідність реалізації правозастосовної діяльності виключно в межах компетенції кожного контролюючого органу. Особливо болючою в цій ситуації стає межа повноважень таких органів, накладання або змішення їх компетенції.

Реалізація відповідних повноважень представників владного суб'єкту не може здійснюватись поза межами або у відриві від відповідної процедури. Тобто вона має забезпечуватись спеціальними процесуальними податково-правовими нормами. Це і обумовлює законність дій контролюючих органів на стадії правозастосування лише у випадку, коли вони діють в межах та у спосіб, передбачений законодавством, дотримуються порядку розгляду справ, винесення індивідуального податково-правового акту.

Правозастосуванню при регулюванні податкових відносин притаманні всі характерні ознаки та особливості правозастосування в цілому. В той же час, податкове правозастосування відрізняється і певними рисами, які не лише підкреслюють її підгалузеву специфіку, але і обумовлюють

характерні процедури реалізації норм. По-перше, йдеться про специфічну сферу податкових процедур, які охоплюють як процесуальне забезпечення поведінки зобов'язаних осіб при справлянні податкового обов'язку з дотриманням вимог податково-правових норм, так і процедури вирішення конфлікту на стадії адміністративного апеляційного оскарження та судового розгляду податкового спору. По-друге, податкове правозастосування стосується специфічного об'єкту при розгляді справ – справляння податкового обов'язку. Саме в контексті цього і вирішується законність, доцільність здійснення податкового контролю, розгляд скарг платників та притягнення до відповідальності осіб, які порушили припис податково-правової норми. По-третє, характеризується участю спеціальних органів, які утворені виключно для контролю за сферою оподаткування (органи державної податкової служби, митні органи і т.д.). По-четверте, характеризується прийняттям індивідуальних податково-правових актів застосування права.

В той же час, неможна вважати, що абсолютно всі обставини та варіанти поведінки на стадії правозастосування можуть бути передбачені законодавцем. Детально визначити всі варіації реалізації прав та обов'язків платників та відповідно до цього дій контролюючих органів неможливо. Саме тому відповідне коло органів, що представляють владного суб'єкта в податкових правовідносинах, набуває певних можливостей на стадії правозастосування, які об'єктивно поєднують їх владні повноваження із правом на здійснення виконавчо-розпорядчих дій на власний розсуд.

Не всі рішення, які стосуються власного розуміння та вибору владного органу при застосуванні податково-правових норм здійснюється в режимі реалізації розсуду. В деяких роботах звертається увага на необхідність розмежування розсуду та свавілля на стадії правозастосування (Старых Ю. В. Усмотрение в налоговом правоприменении. Автореферат дисс. на … канд. юрид. наук. Воронеж, 2006. – С. 14). Свавілля може характеризувати таку поведінку владного суб'єкту, коли він або виходить за межі законодавчого припису, або хоча і реалізує своє повноваження відповідно до нього, але надає йому такого сенсу, що не співпадає із правовою природою явища, вступає в суперечку із змістом податкового законодавства.

Розсуд в податково-правовому регулюванні пов'язується, перш за все, з можливостями конкретної реалізації повноважень контролюючих органів та органів, які приймають участь в вирішенні податкового спору. Податковий розсуд характеризується низкою ознак: 1) межа застосування податково-правової норми при прийнятті рішення контролюючим органом має бути забезпечена відповідними нормами податкового законодавства; 2) уповноважений орган реалізує свободу вибору при прийнятті відповідного рішення лише в межах, наданих законодавцем; 3) свобода вибору уповноваженого органу обумовлюється конкретними життєвими обставинами, які характеризують випадок, якого стосується правозастосування

на розсуд такого органу; 4) прийняття рішення в податковому правозастосуванні уповноваженим органом передбачає вибір із декількох варіантів, кожний із яких має законні підстави та може бути реалізований; 5) при реалізації податкового розсуду рішення приймається на підставі обставин, які характеризують виключно цю ситуацію та цих учасників відносин.

Закарян Б. Н.
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ПЕНЯ ЗА ПОДАТКОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ: САНКЦІЯ ЧИ ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ

Пеня має довгу історію застосування в сфері податкових відносин. Чітко закріплений механізм пені як засобу виконання податкового обов'язку набув виваженого оформлення в Законі України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» в 2000 році. Запозичена ця конструкція і до Податкового кодексу України. В той же час, неможна вважати, що це класична категорія публічного права. Скоріше за все, йдеться про появу певної родової категорії, яку залежно від галузевого аспекту можуть або мають застосовувати в різних галузях права. При цьому неможна забувати, що в найбільш змістовному вигляді конструкція пені використовувалась саме в цивільному праві. Виступаючи за походженням способом забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань, вона традиційно розглядалася в цивільному праві як один з видів неустойки. Відповідно до ч.3 ст.559 Цивільного кодексу України пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання.

Владно-майновий характер податкових відносин зумовлює необхідність застосування до платників податків певних імперативних засобів, завдяки яким можна було б гарантувати своєчасне та повне надходження податків і зборів до бюджетів.

Проблема відмежування способів забезпечення виконання податкового обов'язку від заходів юридичної відповідальності має важливе теоретичне і практичне значення. Пеня має подвійну правову природу: вона одночасно виступає способом забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків і зборів та мірою податкової відповідальності. Більш того, на сьогодні пеня розглядається законодавцем як різновид санкція за порушення податкового законодавства. Так, відповідно до ст. 111 Податкового кодексу України фінансова відповідальність за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства встановлюється та застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та/або пені. Таким

чином, пеня розглядається однаковою за наслідком зі штрафами. Звертає увагу і специфічне розташування глав в Податковому кодексі України. Глава 12 «Пеня» йде після Глави 11 «Відповідальність». Тобто в цьому кодифікованому акті вже закладається конструкція пені як наслідку відповідальності.

В той же час, відмінністю між штрафом та пенею є те, що підставою застосування штрафу є вчинення податкового правопорушення, тоді як застосування пені формально не пов'язано з правопорушенням. Безумовно, її нарахування є наслідком порушення платником податків встановленого строку сплати податків і зборів, але такі дії платника податку не обов'язково мають винний характер. Природа пені в податковому праві забезпечує їй місце як формалізації міри податково-правового примусу, яка застосовується до платників податків у разі несвоєчасної сплати податків і зборів. Показово, що пеня застосовується не при порушенні строків сплати податків чи зборів, а при більш пізніх строках сплати. Виходячи з цього, вона нараховується як при правомірному перенесенні строків сплати податків чи зборів (відстрочення платежу), так і при неправомірному (прострочення платежу).

Забезпеченість виконання норм права як об'єктивна його властивість знаходить своє вираження в правових способах, які спрямовані на корегування поведінки осіб з метою виконання ними правових норм. Особливістю забезпечувальних заходів є орієнтація на стимулювання правомірної поведінки учасників правовідносин. З метою забезпечення цього публічного обов'язку та відшкодування збитків законодавець вправі встановлювати заходи примусу. Підставою використання подібних засобів є порушення або недотримання вимог податково-правових норм. Такі заходи можуть бути як право відновлювальними (забезпечують виконання платником податків його конституційного обов'язку зі сплати податків), так і штрафними (покладають на порушників додаткові важелі через грошові нарахування).

Треба враховувати, що як і стягнення санкцій нарахування пені завдає платнику податків реальних майнових втрат. В цьому випадку йдеться про таке фактичне правове обмеження, що створює умови для задоволення інтересів особи, яка протистоїть платникові податків в податковому правовідношенні. Це гарантує охорону та захист інтересів всіх учасників податкових правовідносин. Правове обмеження є своєрідним негативним правовим стимулюванням, особливість якого полягає в тому, що результат досягається за рахунок використання специфічних засобів (заборон, забезпечувальних заходів, санкцій тощо). В той же час, пені виконують і забезпечувальну функцію. Коли обов'язок сплати пені стимулює боржника до належного виконання покладеного на нього зобов'язання, тоді як отримувачу коштів дає змогу компенсувати ті збитки, які можуть бути понесені в результаті порушення строків сплати податків чи зборів. Ком-

пенсаційна функція пені полягає в тому, що платник податків додатково зобов'язаний компенсувати збитки бюджетів та державних цільових фондів у випадку несвоєчасного виконання обов'язку.

Павленко К. К.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач кафедри фінансового права

НАБУТТЯ ЧИННОСТІ ПОДАТКОВО-ПРАВОВИМИ НОРМАМИ ЗІ ВСТАНОВЛЕННЯ ПОДАТКІВ І ЗБОРІВ В УКРАЇНІ: АСПЕКТ СТАБІЛЬНОСТІ ТА МІНЛИВОСТІ

За останні більш ніж два десятиліття, що минули з часу здобуття незалежності Українською державою, відбулась докорінна перебудова в усіх сферах вітчизняного суспільного життя, що знаменувала собою визнання України сучасною, самостійною, демократичною, соціальною, правовою державою, гарантування політичного та ідеологічного багатоманіття, становлення та розвиток ринкових відносин, забезпечення плюралізму форм власності тощо.

Чи не найбільших змін, при цьому, зазнали та продовжують зазнавати відносини у сфері оподаткування, які покликані собою створити міцне фінансове підґрунтя для закріплення досягнутих позитивних зрушень, подальшого розвитку бажаних для суспільства державотворчих і правотворчих процесів, реалізації функцій держави, втілення публічного інтересу всього Українського народу.

Звідси, формуються дві характерні властивості, що притаманні податковим відносинам: по-перше, їх пріоритетність і виключна важливість для держави та суспільства в цілому; по-друге, яскраво виражене постійне протистояння одночасно стабільності й мінливості у їх правовому регулюванні.

Пріоритетність податкових відносин має декілька форм вираження: передусім, у їх існуванні виключно в якості правовідносин з використанням у них імперативного методу регулювання, що втілюється у безумовних і односторонніх зобов'язаннях фізичних та юридичних осіб. Саме тому кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори (ст. 67 Конституції України), а у податкових правовідносинах відбувається інверсія, коли замість традиційної конструкції єдності прав та обов'язків виникає формула обов'язків та прав, підкреслюється першочерговість податкового обов'язку. Інший прояв пріоритетності податкових правовідносин, полягає у тому, що система оподаткування, податки та збори встановлюється виключно законами України (ч. 2 ст. 92 Конституції України).

Протистояння стабільності та мінливості є одним з прикладів типової діалектичної боротьби і, з одного боку, опосередковується особливою суспільною значущістю податкових правовідносин, і в цій частині тяжіє

до стабільності; а з іншого боку – відображає об'єктивні риси будь-яких суспільних відносин, які існують у постійному беззупинному розвитку та потребують тих правових форм організації та забезпечення, які у найбільшій мірі враховують реально існуючи суспільні процеси, і в цій частині тяжіє до мінливості.

Практичним відображенням вказаних властивостей податкових відносин стало прийняття у 2010 році єдиного кодифікованого акта вітчизняного податкового законодавства – Податкового кодексу України, який водночас закріпив передумови стабільності правового регулювання податкових відносин, але між тим впровадив зміни до більшості основоположних правових конструкцій сфери оподаткування. Вельми актуальним в цій ситуації постає питання моменту набуття чинності новими податково-правовими нормами, якими встановлюються податки та збори вітчизняної податкової системи.

Податково-правова норма, як і будь-які інші юридичні норми, створюється в процесі правоутворення, разом із завершенням його останнього, інституційного, етапу – правозакріплення або правотворчості, в процесі чого така норма набуває своєї зовнішньої форми, джерела вираження.

В Україні, як держави романо-германської правової сім'ї, головною формою закріплення податково-правових норм і єдиним джерелом податково-правових норм, що закріплюють обов'язкові податкові платежі, є закон. У цьому випадку народження податково-правової норми співпадає із завершенням останньої стадії законотворчої процедури, якою є оприлюднення, тобто доведення до широкого загалу, Президентом України тексту підписаного ним закону шляхом його опублікування в офіційних друкованих засобах масової інформації, що має бути виконано у п'ятнадцятиденний (у випадку із доланням парламентом ветованого головою держави закону – десятиденний) строк із моменту отримання закону від Голови Верховної Ради України (ч. 2, 4 ст. 94 Конституції України).

Офіційне опублікування закону, в свою чергу, може бути визнано першою необхідною та обов'язковою умовою набуття чинності податково-правовою нормою, що закріплюється у формі закону.

Другою такою умовою є настання певного моменту у часі, який законодавець вбачає як найбільш оптимальний для початку реалізації закріплених законом податково-правових норм, що має слугувати меті забезпечення правопорядку з урахуванням загальнолюдських цінностей права. За будь-яких умов, цей момент не повинен передувати набуття законом властивості загальновідомості, презумпція якої виникає із офіційним опублікуванням закону.

Закон набирає чинності через десять календарних днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування (ч. 5 ст. 94 Конституції України). Звідси можливо виділити загальний та спеціальний порядок набрання чинності

законами України: загальним або конституційним порядком є сплив десятиденного терміну із дня офіційного опублікування тексту закону; спеціальним є той порядок, що передбачений в самому законі.

Набуття вітчизняними законами чинності в спеціальному порядку може відбуватись чотирма шляхами: по-перше, набуття законом чинності з дня його офіційного опублікування; по-друге, набуття законом чинності із спливом будь-якого іншого ніж десятиденного терміну з дня офіційного опублікування закону; по-третє, набуття законом чинності із чітко зазначеної календарної дати, що наступить у майбутньому після офіційного опублікування закону; по-четверте, набуття законом чинності з настанням після його офіційного опублікування будь-якого іншого вказаного у законі юридичного факту.

До положень закону, що містить податково-правові норми, якими безпосередньо закріплюються елементи правового механізму обов'язкового податкового платежу або передбачаються зміни до складу вітчизняної податкової системи, можуть бути застосовані не всі зазначені різновиди порядку набрання чинності законами України, а тільки два з числа спеціальних, коли набрання чинності відбувається або із прямо вказаної у законі календарної дати, або із настанням юридичного факту.

Причому, такі календарна дата чи юридичний факт мають співпадати із початком будь-якого майбутнього бюджетного періоду та бути віддаленими у часі від моменту офіційного опублікування закону не менш ніж на шість місяців. Ця обставина, як вияв стабільності податкових правовідносин, у вітчизняному податковому законодавстві закріплена на рівні його вихідних засад: зміни до будь-яких елементів податків та зборів не можуть вноситися пізніш як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки; податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року (підп. 4.1.9 п. 4.1 ст. 4 Податкового кодексу України).

Бюджетний період для всіх бюджетів, що складають бюджетну систему України, становить один календарний рік, який починається 1 січня кожного року і закінчується 31 грудня того ж року, крім випадку дії особливих обставин, якими є введення воєнного стану або оголошення надзвичайного стану в Україні, коли бюджетний період може бути іншим (ч. 1, 2 ст. 3 Бюджетного кодексу України). Тому загальним правилом є те, що момент набуття чинності податково-правовими нормами, закріпленими у формі закону і якими передбачаються зміни до складу податкової системи України або до правового механізму окремих податків та зборів, не може бути іншим, ніж 0 годин 0 хвилин 1 січня будь-якого майбутнього календарного року, а такий календарний рік не може бути наступним, якщо закон, що ці норми містить, було офіційно оприлюднено пізніше ніж 30 червня поточного року.

Встановлення податків і зборів, що входять до складу податкової системи України є не одномоментним процесом, а фактично розмежовується на дві змістовні частини: законодавче закріплення обов'язкового податкового платежу та введення його в дію. Перша частина цього процесу належить до виключних повноважень Верховної Ради України, реалізується тільки через законотворчу процедуру і має своїм наслідком появу податково-правової норми у формі закону. Повноваження із другої частини процесу встановлення вітчизняних обов'язкових податкових платежів – введення їх у дію – розподілені між вищим представницьким органом держави та представницькими органами місцевого самоврядування: щодо загальнодержавних податків та зборів введення в дію здійснюється Верховною Радою України, а щодо місцевих податків та зборів – відповідними місцевими радами.

Податково-правові норми, якими вводяться в дію місцеві податки та збори податкової системи України, стають оформленими не законами, а відповідними актами представницьких органів місцевого самоврядування. За цих умов, гарантований принципом стабільності не менш ніж шестимісячний термін, що має відмежовувати момент офіційного доведення до широкого загалу податково-правових норм, якими передбачається внесення змін до правового механізму податку або збору податкового характеру, та початок нового бюджетного періоду, в якому вони набудуть чинності, зменшується на п'ятнадцять днів, а сам принцип стабільності податкових правовідносин отримує новий зміст: рішення про встановлення місцевих податків та зборів офіційно оприлюднюється відповідним органом місцевого самоврядування до 15 липня року, що передує бюджетному періоду, в якому планується застосовування встановлюваних місцевих податків та зборів або змін (плановий період); в іншому разі норми відповідних рішень застосовуються не раніше початку бюджетного періоду, що настає за плановим періодом (підп. 12.3.4. п. 12.3 ст. 12 Податкового кодексу України).

Мірошниченко М. В.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ НА МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Особливості вирішення податкових спорів принципово розмежовують дві процедури. Апеляційне адміністративне оскарження забезпечується виключно в межах упорядкування таких процедур податковим законодавством, тоді як вирішення судових спорів в цій сфері відносин об'єктивно обумовлює межу застосування адміністративного та податко-

вого законодавства. Недоліки законодавчої техніки виявляються, зокрема, у неузгодженості вимог різних нормативних актів між собою (колізіях), непослідовності термінології, що вживається у спеціальних законах з питань оподаткування, її значній відмінності від загальнопоширеної термінології господарського та цивільного права. У зв'язку з цими обставинами, зокрема, виникає різна судова практика під час застосування норм про податкових агентів із сплати податку на доходи фізичних осіб, під час застосування нульової ставки з податку на додану вартість, порядку підтвердження сум бюджетного відшкодування актами перевірки податкових органів тощо.

Системні вади податкового законодавства виявляються у невідповідності моделі правового регулювання суспільно-економічним реаліям в Україні. Існуюча в Україні модель системи оподаткування розвивається в напрямку наближення до європейської моделі. Зокрема, це виявляється у широкому застосуванні непрямих податків, зокрема податку на додану вартість, різному режимі оподаткування прибутку корпорацій та доходів громадян. У той же час при цьому не враховується сучасний стан економічного і політичного розвитку в Україні.

З одного боку, в Україні значна частка економіки перебуває в тіньовому секторі. При цьому тіньові витрати, які мають нести більшість суб'єктів господарювання в Україні внаслідок поширення в країні корупції, не мають і не можуть мати легального механізму віднесення на господарські (валові) витрати. З огляду на це в разі повністю легального відображення у податковому обліку всіх прибутків суб'єкти господарювання не зможуть зменшувати податкове навантаження з тих сум (подекуди значних), які доводиться витрачати на позанормативне забезпечення ведення господарської діяльності. У зв'язку з викладеним суб'єктам господарювання доводиться або приховувати значні суми від оподаткування, або сплачувати податки не лише з прибутків, а й з позанормативних витрат, що не можуть бути віднесені до валових. Це призводить до збільшення економічних витрат підприємств і зменшує їх конкурентоспроможність.

З іншого боку, нерозвиненість в Україні фондового ринку не стимулює суб'єктів господарювання декларувати реальні прибутки від своєї діяльності, адже в розвинутих економіках світу залежність успішності компанії від котирувань на фондову ринку спонукає до демонстрації всіх отриманих прибутків. При цьому додаткові вигоди від успішного розміщення капіталів на фондовому ринку перекривають економічні втрати від додаткового податкового навантаження. В Україні така модель на сьогодні об'єктивно не може працювати. Тому більшість суб'єктів господарювання не заінтересовані у легальному відображенні своїх оборотів та надають перевагу роботі в тіньовому секторі економіки.

Зважаючи на таке, найпершим завданням для функціонування системи оподаткування в Україні є створення передумов для виведення еко-

номіки з тіні. На жаль, європейська модель податкової системи виконанню таких завдань не сприяє. Натомість вона розрахована на високий рівень розвитку фондового ринку, а також мінімальний рівень корупції в державі. Прикладом непридатності європейської моделі оподаткування для України є практика стягнення податку на додану вартість. Сальдовий метод нарахування цього податку, за якого об'єкт оподаткування становить різниця між нарахованим податком та податком, сплаченим у ціні використаних у господарській діяльності товарів (послуг), сприяє виникненню численних зловживань, причому як з боку недобросовісних платників податку, так і, в деяких випадках, з боку податкових органів. Податковий облік з податку на додану вартість є надто ускладненим, орієнтованим на попередження податкових ухилень. Це створює суперечність між інтересами ведення нормальної господарської діяльності і намаганням зменшити втрати державного бюджету від безпідставного відшкодування податку на додану вартість. Для добросовісних платників податку податковий облік з податку на додану вартість є надто обтяжливим і може призвести до безпідставних втрат внаслідок недобросовісності контрагентів. У той же час, для недобросовісних платників залишаються можливості для зловживань.

При цьому законодавчі зміни не зможуть збалансувати приватні і публічні інтереси у розглядуваній сфері. Наприклад, можна законодавчо закріпити правило про те, що відшкодування податку на додану вартість може бути здійснене лише в разі фактичної надмірної сплати податку на всьому ланцюгу від виробника до кінцевого постачальника. Однак у цьому разі потерпатиме певна кількість добросовісних платників, які об'єктивно не в змозі вплинути на дії своїх недобросовісних контрагентів. В той же час, якщо стати на шлях виключно документального підтвердження обґрунтованості сум бюджетного відшкодування податку на додану вартість без аналізу добросовісності учасників схем постачання, можна полегшити незаконні дії окремих суб'єктів із заволодіння державними коштами. Це призведе до втрат держави внаслідок незаконного отримання сум бюджетного відшкодування.

З урахуванням викладеного вдосконалення законодавства щодо адміністрування податку на додану вартість у сучасних українських умовах видається неперспективним. Доцільніше поставити питання про скасування такого податку в Україні і заміною його іншими видами податку, зокрема податком з обороту. Концепція альтернативної системи оподаткування для України наразі розроблена і може бути надана в разі необхідності. Водночас на сьогодні видається доцільним дотримуватися у справах щодо нарахування податку на додану вартість підходів, сформульованих у 2009 році Верховним Судом України. При цьому визначальним для висновків щодо правомірності дій платників податку на додану вартість є аналіз їх добросовісності. Разом із тим, слід визнати, що дослідження всіх обставин справ на предмет добросовісності платників податку на додану

вартість створює передумови для виникнення різної судової практики, оскільки адміністративні суди не можуть з об'єктивних причин ретельно дослідити ті обставини, що можуть бути пов'язані із вчиненням кримінальних злочинів. Однак, незважаючи на подібні ймовірні ускладнення, іншого шляху формування судової практики у справах, пов'язаних із застосуванням законодавства про податок на додану вартість, за нині існуючої системи оподаткування запропонувати неможливо. Другою причиною виникнення випадків різного застосування одних і тих самих правових норм адміністративними судами України можна визнати певні еволюції у правових позиціях Верховного Суду України. Прикладом може бути зміна пріоритетних підходів у застосуванні законодавства щодо бюджетного відшкодування з податку на додану вартість після передачі відповідної категорії спорів з розгляду Судової палати в господарських справах до Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України (питання надмірної сплати податку).

Топор І.В.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри адміністративного та фінансового права

ПІДСТАВИ УЧАСТІ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ ЯК ПОЗИВАЧІВ

Суб'єкт владних повноважень є обов'язковим, за незначними виключеннями, учасником адміністративного судочинства. В той же час, його участь в процесі у якості позивача не є типовою і розглядається як екстраординарний випадок. В зв'язку з цим виникає необхідність чіткого визначення підстав участі суб'єкта владних повноважень у якості позивача в адміністративному судочинстві.

Саме розуміння суб'єкта владних повноважень тісно пов'язане із категорією «владні управлінські функції», а можливість звернення з позовом до адміністративного суду є виразом закріпленої законодавством владної функції в сфері управління, яка є обмеженою і не може бути реалізована на власний розсуд. Поняття «управлінські функції» доцільно розглядати як цілеспрямовану, підзаконну діяльність уповноваженого суб'єкта державної влади, яка має забезпечити виконання поставлених перед цим органом державою завдань.

Конкретна фізична чи юридична особа набуває статусу суб'єкта владних повноважень лише за наявності певних юридичних і фактичних обставин. По-перше, відповідний суб'єкт має бути наділений певним обсягом владно-публічних (управлінських) повноважень, які він здійснює виключно способом та у формах, визначених чинним законодавство. По-друге, ці повноваження реалізуються у зв'язку з необхідністю практичного виконання завдань і функцій держави, положень Конституції, законних та

підзаконних нормативно-правових актів. По-третє, така реалізація відбувається у суспільних відносинах, участь в яких бере значне коло суб'єктів права, відмінних за своїм статусом, організаційною структурою та метою діяльності. По-четверте, владно-публічні повноваження мають реалізовуватися уповноваженим суб'єктом не у будь-яких суспільних відносинах, а лише у тих, які за своїм змістом є спірними.

Участь суб'єкта владних повноважень, як позивача в адміністративному судочинстві, характеризується такими особливостями: 1) набуттю суб'єктом владних повноважень адміністративної процесуальної правосуб'єктності завжди передують правовідносини владно-публічного характеру, в яких ці суб'єкти здійснюють владно-публічні повноваження; 2) суб'єкти владних повноважень вступають або залучаються в адміністративне судочинство у зв'язку з виконаними ними владно-публічними завданнями та функціями, які закріплені чинним законодавством; 3) здійснення суб'єктами владних повноважень адміністративної процесуальної правосуб'єктності позивача є способом виконання цими суб'єктами покладених на них чинним законодавством завдань та функцій; 4) участь суб'єктів владних повноважень в процесі обумовлена не їх особистим бажанням чи волевиявленням, а виключно приписом чинного законодавства.

Як свідчить сучасна політико-правова ситуація в державі, намагання упорядкувати суспільні відносини за допомогою виключно адміністративно-правових (управлінських) важелів нині видаються невиправданими, такими, що не відповідають потребам сучасного демократичного суспільства, і це обумовлює здійснення державної політики, заснованої не лише на організаційно-розпорядчих засадах, але й вимагає розроблення та активного застосування більш демократичних засобів впливу на сфери суспільного життя, адміністративно-політичні процеси. Впровадження в Україні концепції адміністративної та регуляторної реформи передбачає зміну пріоритетів державного впливу на господарські відносини, що диктується умовами суспільного розвитку. Комплексне здійснення цих реформ має радикально змінити систему державного управління всіма сферами суспільного життя сприяти підвищенню добробуту населення.

На сьогоднішній день єдиного переліку повноважень владних суб'єктів, які потребують легітимації через рішення адміністративного суду не існує. КАС України наводить лише чотири підстави звернення суб'єкта владних повноважень з позовом до адміністративного суду і зазначає, що інші випадки передбачені законами. Таким чином,щодо найбільш поширених випадків, які мають особливості судової процедури, КАС України дублює положення окремих законодавчих актів, якими визначається право-обов'язок суб'єкта владних повноважень звернутися до адміністративного суду для підтвердження правомірності застосування владних повноважень.

Звернення з позовом до адміністративного суду визначається як право особи, яка намагається захистити свої інтереси засобами адміністративної юстиції, в той же час, коли мова йде про звернення з позовом суб'єкта владних повноважень, говорити виключно про його права неможна. Наявність юридичного факту, що є підставою для звернення суб'єкта владних повноважень до адміністративного суду зумовлює не лише право цього суб'єкта звернутися з адміністративним позовом, але й створює для нього обов'язок вчинити комплекс дій для отримання підтвердження суду щодо застосування наявних владних повноважень

Капустник В. В.
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ФАКТИЧНЕ ТА ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ТЕРМІНІВ ЧАСУ ДЛЯ ПОДАТКОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Визначення податкового періоду орієнтовано на існуючі фактичні терміни часу, яким надається значення, що обумовлює певні правові наслідки. Безумовно, між фактичним та юридичним значенням періодів часу неможна ставити знак рівності в податковому регулюванні. Навряд-чи має сенс в якості окремого податкового періоду виділяти секунду або хвилину. В той же час низка традиційних періодів часу використовується в якості сталих категорій в податково-правовому регулюванні.

Рік є тривалою одиницею виміру періоду часу, з яким пов'язуються певні податково-правові наслідки. Показово, що визначення такого показника здійснюється через його складові – місяць. З одного боку, рік визначається як період, що містить 12 послідовних місяців. З іншого боку, термін, який розраховується роком, починається з початку одного місяця та закінчується в останній день останнього місяця річного строку. При цьому визначення року можна деталізувати і ще більш глибоко та охопити, фактично, весь часовий ряд критеріїв і пов'язувати рік із 00 годинами першого дня відповідного місяця, так само визначаючи і закінчення річного строку. Так, відповідно до п. 49.18 ст. 49 Податкового кодексу України податкові декларації подаються за базовий звітний (податковий) період, що дорівнює календарному року протягом 60 календарних днів, що настають за останнім календарним днем звітного (податкового) року; календарному року для платників податку на доходи фізичних осіб – до 1 травня року, що настає за звітним$ календарному року для платників податку на доходи фізичних осіб – підприємців – протягом 40 календарних днів, що настають за останнім календарним днем звітного (податкового) року.

При цьому різні правові наслідки має календарний та некалендарний рік. Якщо щодо першого, то його початок пов'язується з 1 січня, а закінчен-

ня – з 31 грудня поточного (чи звітного) року, то некалендарний рік може включати низку понять. Щодо останнього, то законодавство використовує такі поняття як робочий рік, учбовий рік, фінансовий рік. Залежно від особливостей суспільних відносин, які є об'єктом правового регулювання, і визначаються конкретні дати початку та закінчення такого періоду.

Квартал використовується як різновид податкового періоду обмежену кількість випадків при регулюванні податкового обов'язку. Згідно з чинним Податковим кодексом України такий квартальний обов'язок орієнтовано на особливості справляння податкової звітності. Так, відповідно до п. 49.18. ст. 49 Податкового кодексу України податкові декларації подаються за базовий звітний (податковий) період, що дорівнює:

– календарному місяцю (у тому числі в разі сплати місячних авансових внесків) – протягом 20 календарних днів, що настають за останнім календарним днем звітного (податкового) місяця;

– календарному кварталу або календарному півріччю (у тому числі в разі сплати квартальних або піврічних авансових внесків) – протягом 40 календарних днів, що настають за останнім календарним днем звітного (податкового) кварталу (півріччя);

Місяць як період часу, що породжує податково-правові наслідки, як і рік може застосовуватись в якості календарного та некалендарного. Календарним місяцем може бути будь-який місяць календарного року, коли в законодавстві мається на це відповідне посилання. В той же час, навряд чи з календарним місяцем можна пов'язувати абсолютну ідентичність в розрахунках термінів. Кількість днів в календарному місяці може коливатися (30 чи 31). Специфічною особливістю відрізняється лютий, що додається ще чотирирічним періодом.

Прикладом календарного місяця в якості строку-періоду є базовий податковий період для сплати акцизного податку (Податковий кодекс України //Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-14, № 15-16, № 17, ст.112 (Ст.223)). Платник податку з підакцизних товарів (продукції), вироблених на митній території України та імпортер алкогольних напоїв та тютюнових виробів подає щомісяця не пізніше 20 числа наступного періоду органу державної податкової служби за місцем реєстрації декларацію акцизного податку. Аналогічну норму містить і російське податкове законодавство (Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08. 2000 № 117 – ФЗ. – (Ст. 192)). Визначення календарного місяця є принциповим не лише при сплаті податків та зборів, але і при справлянні податкової звітності. Так, податкові декларації подаються за базовий звітний (податковий) період, що дорівнює календарному місяцю (у тому числі в разі сплати місячних авансових внесків) – протягом 20 календарних днів, що настають за останнім календарним днем звітного (податкового)

місяця (Податковий кодекс України //Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-14, № 15-16, № 17, ст.112 (Ст.49)).

Тиждень як різновид податкового періоду або строку, з яким пов'язуються ті чи інші податково-правові наслідки на сьогодні не використовується не лише українським податковим законодавством, але і більшістю пострадянських законодавств, що регулюють подібні відносини. В той же час, Податковим кодексом Російської Федерації було закріплено норму, відповідно до якої строк, який розраховувався тижнями, закінчувався в останній день тижня (Ст. 6 Налогового кодекса Российской Федерации в редакции 02.02.2006 г.). При цьому тижнем визнавався період часу, який містив п'ять робочих днів поспіль. Застосування цієї норми породжувало низку колізій, сперечань – що вважати п'ятьма робочими днями, що слідують поспіль. Практика вирішення судових спорів цієї проблеми призвела до висновку, що двотижневий строк як строк-період складається із десяти робочих днів, які слідують поспіль один за одним, виключаючи святкові і вихідні дні. Позиція щодо того, що строк, який розраховується тижнями, починається з понеділка, а вихідні та святкові дні переривають течію такого строку, що призводить до того, що строк починається з понеділка по новому не була підтримана.

День є одним з найпоширеніших різновидів строків в податковому праві через який встановлюється мінімальний розмір періоду часу, через який корегуються податкові відносини. Податково-правові наслідки мають як календарні дні, так і робочі дні. Строки, які визначаються днями, розраховуються в робочих днях, якщо не мітиться посилання на необхідність його розрахунку в календарних днях. Розрахунок строку в днях породжує певну розбіжність між розміром фактичного строку та юридичного строку. Це обумовлюється невключенням в розрахунок строку вихідних та святкових днів, за рахунок яких фактичний строк стає більшим ніж юридичний. При цьому не зовсім простим виявляється питання стосовно того, які дні вважати святковими та вихідними, а які робочими. В цій ситуації ми стикаємося з певною банкетною конструкцією врахування приписів норм трудового законодавства. Останнє передбачає різні режими робочого часу: шестиденний робочий тижнем з одним вихідним днем; п'ятиденний робочий тиждень з двома вихідними; робочий тиждень з вихідними за гнучким графіком; неповний робочий тиждень; робота з ненормованим робочим днем для окремих категорій працівників; щоденна робота (ст. 100 Трудового кодексу Російської Федерації). Більш того, треба враховувати і необхідність корегування співвідношення між робочими та вихідними днями на підприємствах із сезонним або безперервним технологічним циклом. В деяких випадках призупинення роботи у вихідні дні неможливе. Саме тому вихідні надаються в різні дні тижня. Це не може не породжувати і відповідні податкові наслідки.

Романова Г. С.
Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ОСОБЛИВОСТІ ОБЛІКОВИХ ПРОЦЕДУР ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ВІД'ЄМНОГО ЗНАЧЕННЯ ОБ'ЄКТУ ОПОДАТКУВАННЯ

Багато податкових спорів з прийняттям Податкового кодексу України виникають щодо звернення керівників органів державної податкової служби з позовами про нарахування та сплату податкових зобов'язань, коригування від'ємного значення об'єкта оподаткування або інших показників податкової звітності у результаті застосування звичайних цін. П.п. 20.1.38 п. 20.1 ст. 20 Податкового кодексу України передбачено право органів державної податкової служби звертатися з позовом до платника податків щодо нарахування та сплати податкових зобов'язань, коригування від'ємного значення об'єкта оподаткування або інших показників податкової звітності у результаті застосування звичайних цін. Відповідно до ч. 2 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори, зокрема, за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, установлених законом.

Послідовний алгоритм дій органу державної податкової служби з визначення платникові податків податкових зобов'язань із застосуванням звичайних цін закріплено п. 39.15 ст. 39 Податкового кодексу України. Відповідно до цієї норми передбачено такі обов'язкові етапи, як проведення перевірки та винесення за її результатами окремого податкового повідомлення-рішення, у якому визначається сума грошових зобов'язань внаслідок використання звичайних цін. У разі оскарження вказаного податкового повідомлення-рішення платником податків або несплати визначеної в ньому суми таке повідомлення-рішення вважається відкликаним. І лише після цього керівник органу державної податкової служби звертається з позовом до платника податків про нарахування та сплату податкових зобов'язань, коригування від'ємного значення об'єкта оподаткування або інших показників податкової звітності. Тобто звернення керівника органу державної податкової служби з наведеним позовом є завершенням законодавчо встановленої послідовності дій податкового органу із застосування звичайних цін, обов'язковою передумовою якого є відкликання податкового повідомлення-рішення, винесеного податковим органом на підставах встановлених законодавством. і пункту 39.15 статті 39 Податкового кодексу України.

Слід зазначити, що стаття 39 Податкового кодексу України набрала чинності з 1 січня 2013 року. До цього чинними були інші норми Податкового кодексу України, що регулювали порядок визначення контролюючим

органом грошових зобов'язань платникові податків. Так, згідно з п. 54.3 ст. 54 Податкового кодексу України контролюючий орган зобов'язаний самостійно визначити суму грошових зобов'язань, зменшення (збільшення) суми бюджетного відшкодування та/або зменшення (збільшення) від'ємного значення об'єкта оподаткування податком на прибуток або від'ємного значення суми податку на додану вартість платника податків, якщо, зокрема, дані перевірок результатів діяльності платника податків свідчать про заниження або завищення суми його податкових зобов'язань, суми бюджетного відшкодування та/або від'ємного значення об'єкта оподаткування податком на прибуток або від'ємного значення суми податку на додану вартість платника податків, заявлених у податкових (митних) деклараціях, уточнюючих розрахунках . В разі виявлення під час проведення податкових перевірок будь-яких порушень правил ведення податкового обліку контролюючий орган зобов'язаний самостійно визначити суму грошових зобов'язань платника податків, що залишилася невідображеною платником податків через виявлені порушення, незалежно від причин таких порушень. Реалізація обов'язку контролюючого органу щодо визначення платникові податків відповідних грошових зобов'язань відбувається шляхом вручення (надсилання) платникові податків податкового повідомлення-рішення.

При цьому за нечинності зазначених вище приписів ст. 39 Податкового кодексу України податкове повідомлення-рішення, винесене щодо платника податків за результатами застосування звичайних цін, не може бути відкликане в разі його оскарження. Отже, такі податкові повідомлення-рішення можуть зберегти свою чинність після процедури адміністративного оскарження чи судового розгляду. Відповідно може бути підтверджено дійсність сум, які визначені платнику податків таким податковим повідомленням-рішенням та підлягатимуть обов'язковій сплаті в передбаченому законом порядку. В такому випадку додаткове звернення керівника податкового органу з позовом щодо нарахування та сплати податкових зобов'язань, коригування від'ємного значення об'єкта оподаткування або інших показників податкової звітності у результаті застосування звичайних цін може призвести до подвійного виконання того самого податкового обов'язку. Із набранням же чинності 1 січня 2013 року ст. 39 Податкового кодексу України подвійне спонукання до виконання платником податків того самого податкового обов'язку (подвійної сплати сум, визначених внаслідок того самого порушення правил застосування звичайних цін) є неможливим, оскільки в разі оскарження податкового повідомлення-рішення контролюючого органу, що при цьому виноситься, є відкликаним. Тому вирішення питання про визначення суми податкового зобов'язання в цьому разі відбуватиметься лише за результатами розгляду в суді позову податкового органу.

Кисенко О. Б.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач

ПРО РОЛЬ ІНСТИТУТУ ПРЕДСТАВНИЦТВА В РЕАЛІЗАЦІЇ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ

Податкове представництво дозволяє державі виконувати свої функції шляхом їх делегування уповноваженим суб'єктам, що в свою чергу призводить до утворення певних податкових механізмів. В такому випадку ми підіймаємо специфічне питання – участь держави як особливого інституту, який здійснює реалізацію публічних функцій. Здійснення економічних функцій держави, у тому числі податкових, при відносній гнучкості й локальності їх реалізації має дуже стабільний характер (Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. – Т. 2: Введение в теорию налогового права. – с. 374). Однією з визначальних ознак держави, як способу організації громадянського суспільства, є виконання нею податкових функцій. Вказані функції пройшли випробування часом, правителями, знайшли та підтвердили свою важливу роль в сучасному податковому законодавстві. Стабільність властива податковій функції підтверджується не лише давністю її походження. Належна та повна реалізація податкової функції держави призводить до належного функціонування всього державного механізму взагалі., з'являється фінансова основа такого функціонування (Жернаков М. В. Правове регулювання представництва у сфері оподаткування: Монографія. – Х.: Право, 2006. – 144 с.).

Специфічною ознакою інституту представництва в податковому праві є те, що його основа закладається нормами інших галузей права, зокрема, цивільного та цивільно – процесуального права. Представництво, як правова категорія, найбільш розроблена в цивільному праві, але при цьому відсутня єдність у поглядах на зміст самого представництва. На думку Л. Н. Казанцева, представник здійснює замість особи, яку він представляє, юридичну діяльність, «причому, наслідки здійснених дій – «права й обов'язки» – виникають згідно з явно вираженою волею сторін, безпосередньо в особі самого принципала» (Казанцев Л. Н. Юридичні ознаки представництва в світнізагальноїтеоріїцивільного права // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2009. – № 10 (96). – С. 42-48.). Г. Ф. Шершеневич «представництвом у цивільному праві називає таке відношення, в силу якого наслідки угоди, які здійснюються однією особою від імені іншої, безпосередньо переносяться на останню (Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М.: СПАРК, 1995. – С. 128.). Ряд інших авторів зазначає, що представництвом є цивільне організаційне правовідношення, в силу якого правомірні в межах даних повноважень юридичні дії однієї особи (представника) від імені іншої особи (яку представляють) щодо третіх осіб тягнуть виникнення, зміну й припинення прав і обов'язків безпосередньо для особи, яку представляють

(Советское гражданское право: Учебник: В 2 т. – Т. 1 / Илларионова Т. И., Кириллова М. Я., Красавчиков О. А. и др.; Под ред. О. А. Красавчикова. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Высш. Шк., 1985. – С. 262.).

Факт ґрунтування податкового представництва на нормах цивільного й цивільного процесуального законодавства, дозволяє певним авторам говорити про похідність «нецивільного» представництва, а іноді, фактично, ототожнювати представництво в цивільному праві й в інших галузях (Скловский К. И. Представительство в гражданском праве и процессе (вопросы теории: сущность, содержание, структура) – С. 40-41.). Вказана позиція заслуговує на увагу, але в той же час не може розглядатися як визначальна, з наступних підстав. Погоджуючись з думкою О. Ф. Мазурик (Мазурик О. Ф. Правовий статус податкового агенту : автореф. дис. на соисканиеуч.степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. Ф. Мазурик. – Запоріжжя, 2010., с.4) «первинність» і «похідність» юридичних понять, на нашу думку, є річчю антинауковою. Посилання на норми іншої галузі права при визначенні правового статусу учасників певних відносин, є абсолютно природним, загальноприйнятим і не свідчить про перевагу або першість однієї галузі над іншою (Жернаков М. В. Правове регулювання представництва у сфері оподаткування. – Х.: Право, 2006. – С.56-57.).

Податкове представництво сприяє головній меті оподаткування – повному та своєчасному надходженню коштів до бюджетів різних рівнів. При недостатньому вивченні податкового представництва, складається враження, що зобов'язаний суб'єкт податкових правовідносин відокремлюється від свого головного обов'язку – сплати податків та зборів. Це не відповідає дійсності. Суми, які підлягають сплаті, як податки та збори, платник податків сплачує через іншу особу, яка в багатьох випадках несе й обов'язок щодо подання податкової звітності. Як і в ході будь-якого дослідження при вивченні податкового представництва виникає ряд питань, які потребують відповіді. По-перше, потрібно з'ясувати походження коштів, які перераховуються платником до відповідного бюджету, фонду. Належність обов'язків і коштів платнику податків є безумовною, а особа, яка представляє її інтереси, реалізує їх саме в рахунок податкового обов'язку такого платника. Наведене дозволяє говорити про те, що перерахування коштів до бюджету здійснюється саме за рахунок коштів платника податків. В підтвердження такої думки, можна навести положення ст. 18 Податкового кодексу України, де зазначається що податкові агенти (як представники платників) перераховують податки до відповідного бюджету від імені та за рахунок коштів платника податків. По-друге, з'ясування потребує в залік обов'язку якої особи здійснюється перерахування сум податку. В такому випадку безумовно йдеться про обов'язок платника. Виконання представником обов'язку платника є складовою його правового статусу. По-третє, варто визначитися з підставою виконання представником своїх функцій. Головною умовою діяльності податкового представника є наяв-

ність певного делегування компетенції платника на підставі закону або договору. З наведеного, можна зробити висновок, що у відносинах представництва платник податків може виступати не лише статичним суб'єктом, а й реалізовувати свої права та здійснювати обов'язки в певній динаміці.

Лук'янцев С. О.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач

СПІВВІДНОШЕННЯ ОПОДАТКУВАННЯ ДОХОДІВ ТА ПРИБУТКІВ ЗА ПОДАТКОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Розмежування вихідних критеріїв формування податкового обов'язку передбачає пов'язаність платника та об'єкту. Стосовно окремого різновиду прямих податків ця пов'язаність набуває дуже специфічних рис. Справа в тому, що співвідношення таких об'єктів як «дохід» та «прибуток» принципово розмежовується за такими носіями податкового обов'язку як юридичні та фізичні особи. Прибутку як об'єкта оподаткування у фізичної особи не може бути взагалі, бо він характеризує діяльність виключно юридичних осіб, оскільки для його визначення необхідні показники бухгалтерського обліку, облік основних фондів та оборотних засобів і т.д. Фізичні особи можуть використовувати в якості об'єкта оподаткування тільки доходи. Категорія прибутку не може бути застосована щодо оцінки результатів діяльності фізичних осіб, оскільки це пов'язане як з особливостями обліку й визначення, так і зі змістом цього поняття. Відносно фізичних осіб об'єктом оподаткування може виступати тільки дохід, тоді як податкове регулювання діяльності юридичних осіб допускає використання як доходу, так і прибутку.

Визначаючи об'єкт оподаткування, законодавець використовує перелік видів об'єктів оподаткування, серед яких одним із видів об'єктів оподаткування є доходи. При цьому йдеться про орієнтованість окремого типу платника на специфічний різновид об'єкту – особливість отримання доходу знаходиться в основі визначення резидентства. При оподаткуванні резидентів враховуються всі види доходів, що ними отримуються. До них належать як доходи, одержані на території України, так і доходи, що отримані з джерел, що перебувають за межами держави, тоді як нерезидентами в той же час виступають платники, в яких обов'язок із сплати податків виникає тільки за місцем одержання доходів. Відповідно до ст. 14 Податкового кодексу України доходами визначаються загальна сума доходів платника податку від усіх видів діяльності, отриманого (нарахованого) протягом звітного періоду в грошовій, матеріальній або нематеріальній формах як на території України, її континентальному шельфі у виключній (морській) економічній зоні, так і за їх межами.

Особливістю правового регулювання платника податку й об'єкта оподаткування є досить тісний взаємозв'язок і кореспонденція цих елементів правового механізму податку. Це зрозуміло, оскільки податковий обов'язок в тієї чи іншої особи виникає тільки за наявності в неї об'єкта оподаткування. Можна, звичайно, припустити ситуацію, коли платник податку на прибуток не одержує доходу, але здійснює діяльність, пов'язану з його одержанням, але при цьому він має вести податковий облік, надавати податкову звітність. Бажаним було б при визначенні об'єкта оподаткування закріпити принциповий підхід до характеристики і регулювання цього поняття, оскільки у статті, що визначає платника податку, уже сформований основний підхід при деталізації об'єкта оподаткування. Зміст окремих положень Податкового кодексу України, що оперують поняттям «дохід» при визначенні об'єкта оподаткування, свідчить про те, що законодавець мав намір сформулювати це поняття у значенні загальної суми надходжень (в грошовій або натуральній формі) як з усіх джерел, так і від будь-якої діяльності платника податків, без урахування витрат.

Безпосередньо ж прибуток як об'єкт оподаткування закріплено в Розділі III Податкового кодексу України. В цьому розділі об'єкт оподаткування з податку на прибуток підприємств визначається шляхом диференціації прибутку резидента та доходу (прибутку) нерезидента. Законодавець, встановивши в якості об'єкта оподаткування прибуток, вкрай рідко використовує це поняття в тексті Кодексу, оперуючи головним чином поняттям «дохід», виходячи з того, що для визначення прибутку неодмінно необхідно звертатися до категорії доходу, складовою частиною якого він є, або в окремих випадках допускається підміна поняття «прибуток» поняттям «дохід».

Ханова Р. Ф.

Національний університет державної податкової служби України, здобувач

ПЛАТНИКИ ПОДАТКІВ ТА ЇХ ВІДОКРЕМЛЕНІ ПІДРОЗДІЛИ ЯК УЧАСНИКИ ПОДАТКОВИХ ВІДНОСИН

Платники податків визначені ст. 15 Податкового кодексу України. Ними визнаються фізичні особи (резиденти і нерезиденти України), юридичні особи (резиденти і нерезиденти України) та їх відокремлені підрозділи, які мають, одержують (передають) об'єкти оподаткування або проводять діяльність (операції), що є об'єктом оподаткування, і на яких покладено обов'язок із сплати податків та зборів. Аналіз цієї статті призводить до деяких висновків.

По-перше, акцент законодавця на просту і в той же час складну конструкцію визначення особи щодо якої орієнтується встановлення податкового обов'язку. Дійсно, в якості основного орієнтиру йдеться про тра-

диційну родову категорію юридичної або фізичної особи. Це дає підстави в окремих випадках проголошувати, що в публічне податково-правове регулювання проникають цивільно-правові конструкції та засоби регулювання. Нам складно з цим погодитись. Коли йдеться про поняття юридичної або фізичної особи – то це не класична, виключно цивілістична конструкція, а родова правова категорія, яка застосовується багатьма галузями права. Більш того, в кожній галузі вона набуває власного специфічного обарвлення, яке корегується специфікою відповідного галузевого утворення. Саме тому немає нічого дивного, що в податкових відносинах ці поняття набувають публічно-правового значення.

Більш того, ми не можемо підтримати намагання обґрунтувати ідею проникнення цивільного права в публічне, або навпаки. Бажаючи здійснити це, ми могли б обґрунтовувати зворотній висновок, що без податково-правового (або фінансово-правового) регулювання не можуть виникнути цивілістичні конструкції. Давайте замислимось, хіба може без податково-правового сенсу бути пояснена одна із основних ознак (і відповідно підстав виникнення) юридичної особи. Так. відкриття рахунку у юридичної особи неможливе без надання відповідних відомостей із податкової інспекції, реєстрації учасником податкових правовідносин. Без цього розрахунковий рахунок юридична особа отримати не зможе. Але ми не робимо висновок, що податкові норми первинні за цивільно-правові. Треба лише погодитись з тим, що в широкому колі суспільних відносин розмежовуються відповідні сектори суспільних відносин, які є предметом регулювання самостійних окремих галузей права. Безумовно, можуть виникати певні колізії на межі цих секторів, але це зовсім не означає руйнування розмежування між приватним та публічним.

Крім орієнтації на цілісну конструкцію юридичної або фізичної особи законодавець виділив і відокремлені підрозділи. В деяких випадках їх обґрунтовано пов'язують з юридичними особами і наголошуються на необхідності формування в цьому випадку консолідованого податкового обов'язку всіх таких учасників та справляння його за місцем реєстрації юридичної особи. В той же час, треба враховувати і те, що справляння окремих податкових платежів орієнтується на відповідну територію і використання коштів від сплачених податків та зборів має здійснюватись саме на цій території (екологічні платежі, низка інших податків та зборів, які формують доходи місцевих бюджетів). Саме тому філії або постійні представництва, будучи складовими юридичної особи, в той же час мають виконувати власний податковий обов'язок та справляти податки та збори в деяких випадках відокремлено від юридичної особи.

З аналізу зазначеної норми вбачається, що платником податків поряд з юридичною особою за певних умов може бути її відокремлений підрозділ. Сам по собі він не є учасником цивільних відносин в розумінні статі 2 Цивільного кодексу України та не є учасником відносин у сфері госпо-

дарювання внаслідок відсутності статусу суб'єкту господарювання відповідно до статті 2, частин першої та другої статті 55 Господарського кодексу України. Статус суб'єкта господарювання у відокремленого підрозділу існував до 25 лютого 2005 року, його припинено внаслідок виключення пункту 3 частини другої статті 55 Господарського кодексу України на підставі Закону України № 2424-15 від 4 лютого 2005 року. Таким чином, особливостями податкових правовідносин, є те, що за відсутності цивільної та господарської компетенції відокремлений підрозділ може бути повноцінним учасником податкових правовідносин.

Мельник М. П.
Національний університет
державної податкової служби України, здобувач

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИКОНАННЯ ОБОВЯЗКУ З ПОДАТКОВОГО ОБЛІКУ

Обов'язок з податкового обліку є складовим елементом податкового обов'язку. При цьому, у разі припинення платника податку – юридичної особи, повинна бути реалізована спеціальна процедура зняття такого платника з обліку, що часом викликаю складнощі на практиці. Відповідно до чинного законодавства зняття з обліку платників податків в органах державної податкової служби здійснюється у такому порядку (Порядок обліку платників податків і зборів : Наказ Міністерства фінансів України від 09.12.2011 р. № 1588 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 1. – Ст. 39). Щодо платників податків, державна реєстрація припинення яких здійснюється згідно з Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», підставою для зняття їх з обліку в органах державної податкової служби є надходження від державного реєстратора повідомлення про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи із зазначенням номера та дати внесення відповідного запису до Єдиного державного реєстру (Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців : Закон України від 15.05.2003 р. № 755-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31-32. – Ст. 263).

Дата зняття платника з обліку відповідає даті закриття останньої картки особових рахунків платника податків або даті отримання повідомлення державного реєстратора про проведення державної реєстрації припинення платника податків у разі, якщо на момент отримання такого повідомлення були закриті всі картки особових рахунків такого платника податків. Водночас, згідно із статтею 40 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» державний реєстратор у день державної реєстрації припинення юридичної особи відповідно до статей 36-39 цього Закону зобов'язаний надіслати відповідним органам статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду

України повідомлення про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи із зазначенням номера та дати внесення відповідного запису до Єдиного державного реєстру та відомості реєстраційної картки на проведення державної реєстрації припинення юридичної особи, що є підставою для зняття юридичної особи з обліку в органах статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України (Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців : Закон України від 15.05.2003 р. № 755-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31-32. – Ст. 263).

Повідомлення про проведення державної реєстрації припинення юридичної особи на підставі рішення суду щодо ліквідації юридичної особи та відомості відповідної реєстраційної картки є підставою для зняття юридичної особи з обліку в органах статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України. Порушення справи про банкрутство не є підставою для зняття з обліку платника податків в органах державної податкової служби. Відповідно до підпункту 78.1.7 пункту 78.1 статті 78 Податкового кодексу України документальна позапланова виїзна перевірка здійснюється у випадку, коли розпочато процедуру реорганізації юридичної особи (крім перетворення), припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця, порушено провадження у справі про визнання банкрутом платника податків або подано заяву про зняття з обліку платника податків (Податковий кодекс України : від 02.12.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, 15–16, 17. – Ст. 112). Як випливає із зазначеного вище Порядку обліку платників податків і зборів у разі, якщо розпочато процедуру реорганізації юридичної особи (крім перетворення), припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця, порушено провадження у справі про визнання банкрутом платника податків або подано заяву про зняття з обліку платника податків, органом державної податкової служби приймається рішення про проведення документальної позапланової перевірки платника податків, який перебуває на обліку в такому органі.

Відповідно до пункту 78.4 статті 78 Податкового кодексу України про проведення документальної позапланової перевірки керівник органу державної податкової служби приймає рішення, яке оформлюється наказом. Таким чином, процесуальним документом, на підставі якого орган державної податкової служби має право здійснювати позапланову документальну перевірку платника податків у зв'язку із банкрутством, є рішення керівника органу державної податкової служби, оформлене наказом. У зв'язку з припиненням платника податків органи державної податкової служби розпочинають та проводять процедури, передбачені цим розділом, у разі одержання хоча б одного з таких документів (відомостей):

– заяви за ф. № 8-ОПП від платника податків;

– відомостей державного реєстратора про внесення до Єдиного державного реєстру запису про рішення засновників (учасників) юридичної особи, уповноваженого ними органу про припинення юридичної особи;

– відомостей з Єдиного державного реєстру чи ЄДРПОУ, повідомлення органу державної реєстрації про закриття відокремленого підрозділу;

– судових рішень або відомостей з Єдиного державного реєстру, іншої інформації щодо прийняття судом рішень про порушення провадження у справі про банкрутство чи визнання банкрутом платника податків, порушення справи або прийняття рішення судом про припинення юридичної особи, визнання недійсною державної реєстрації чи установчих документів платника податків, зміну мети установи, реорганізацію платника податків.

У разі отримання документів від платника податків в установленому порядку та/або якщо розпочато процедуру реорганізації юридичної особи (крім перетворення), припинення юридичної особи або підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця, порушено провадження у справі про визнання банкрутом платника податків або подано заяву про зняття з обліку платника податків, органом державної податкової служби приймається рішення про проведення документальної позапланової перевірки платника податків, який перебуває на обліку в такому органі (Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців : Закон України від 15.05.2003 р. № 755-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31-32. – Ст. 263).

Отже, орган державної податкової служби має право розглядати одержані судові рішення про порушення провадження у справі про банкрутство та відомості з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців як підставу для проведення позапланової перевірки платника податків у зв'язку із припиненням такого платника податку.

Кисильова К. В.

Харківський національний університет внутрішніх справ, здобувач

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКІВ СПЛАТИ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ

Сплата податку чи збору є найсуттєвішою складовою податкового обов'язку. Податково-правове регулювання як раз і зосереджено на забезпеченні надходження коштів від податків та зборів до дохідних частин бюджетів. Безумовно, його неможна реалізувати без податкового обліку та вважати закінченим без здійснення податкової звітності. Фактично, на змістовність виконання цього обов'язку звертається увага як в вихідній конституційній нормі-принципі, так і в нормах податкових кодексів, які

встановлюють вичерпний перелік елементів податкового механізму. Конституційний припис, який закріплює податковий обов'язок, звертає увагу на обов'язок сплати та обов'язок звітності. Зрозуміло, що в такому поєднанні провідним є саме обов'язок щодо сплати. Через реалізацію обов'язку щодо звітності неможна збільшити розмір бюджетів, можна лише визначитись – належним чином чи ні підведені підсумки виконання податкового обов'язку.

Строк сплати податку та збору визначається ст. 31 Податкового кодексу України, відповідно до якої таким строком визнається період, що розпочинається з моменту виникнення податкового обов'язку платника податку із сплати конкретного виду податку і завершується останнім днем строку. Протягом такого строку податок чи збір повинен бути сплачений у порядку, визначеному податковим законодавством. Податок чи збір, що не був сплачений у визначений строк, вважається не сплаченим своєчасно. Момент виникнення податкового обов'язку платника податків, у тому числі податкового агента, визначається календарною датою.

Строк сплати податку та збору обчислюється роками, кварталами, місяцями, декадами, тижнями, днями або вказівкою на подію, що повинна настати або відбутися. Строк сплати податку та збору встановлюється відповідно до податкового законодавства для кожного податку окремо. Зміна платником податку, податковим агентом або представником платника податку чи контролюючим органом встановленого строку сплати податку та збору забороняється.

Визначення строку сплати податку може фіксуватися наступними засобами: а) календарною датою;б) закінченням періоду часу; в) вказівкою на подію, яка повинна відбутися; г) вказівкою на дію, яку мають вчинити. За загальним правилом обов'язок щодо сплати вважається виконаним з моменту надання до банківської установи доручення на перерахування грошових коштів в рахунок податкового обов'язку або безпосередньо готівкою або з рахунку платника. В останньому випадку на рахунку має бути достатньо грошових коштів для того щоб банк міг би виконати доручення. В той же час, неможна не враховувати певної колізії, яка виникає на межі податкового та бюджетного законодавства. В податково-правовому сенсі податковий обов'язок вважається виконаним з моменту передачі платником коштів збирачу податків або податковому агенту. Виходячи ж з норм бюджетного кодексу, цей обов'язок є виконаним з моменту зарахування коштів на відповідний казначейський рахунок.

Моменти виконання обов'язку по сплаті податку можна згрупувати наступним чином:

1. Момент відображення на особистому рахунку платника операції з перерахування грошових коштів як суми податку. Це стосується справляння обов'язку щодо сплати податку юридичними особами, перш за все, бюджетними установами.

2. Момент внесення готівки до відділення банку або відділення пошти, тощо для перерахування їх на відповідний казначейський рахунок. Це стосується справляння обов'язку щодо сплати податку чи збору фізичними особами.

3. Момент прийняття рішення податковим органом. Подібні обставини пов'язані з реалізацією права платника податків на залік переплачених податків або незаконно стягнутих платежів в рахунок майбутніх податкових зобов'язань. Момент прийняття рішення щодо заліку занадто сплачених коштів чи стягнутих податків, пені, штрафів і є моментом виконання обов'язку по сплаті податку.

4. Момент сплати деклараційного платежу. Специфічність подібної реалізації обов'язку щодо сплати податку деталізується різновидом платежу. Принципова розбіжність в цій ситуації стосується двох типів обов'язкових платежів: а) податку з доходів фізичних осіб; б) мита.Цей різновид обов'язкового платежу пов'язується з обов'язковою умовою – перетинанням митного кордону. Цей юридичний факт і породжує відповідні наслідки, що пов'язані з необхідністю справляння обов'язку по перерахуванню податкових коштів. Формалізацією справляння обов'язку щодо сплати мита є відомості митної декларації.

Мінаєва К. В.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ЩОДО ПІДСТАВ ДЛЯ ЗВЕРНЕННЯ СУБЄКТА ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ДО СУДУ: ПОДАТКОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Необхідно відмітити, що принципи процесуальної участі суб'єктів владних повноважень як позивачів знайшли своє закріплення в Кодексі адміністративного судочинства України. Згідно з положеннями ст. 50 Кодексу адміністративного судочинства України сторонами в адміністративному процесі є позивач і відповідач. Стаття 3 Кодексу адміністративного судочинства України дає визначення терміну «позивач» – це особа, на захист прав, свобод та інтересів якої подано адміністративний позов до адміністративного суду, а також суб'єкт владних повноважень, на виконання повноважень якого подана позовна заява до адміністративного суду. Це положення отримало конкретизацію в статті ч. 4 ст. 50 Кодексу адміністративного судочинства, відповідно до якої громадяни України, іноземці чи особи без громадянства, їх об'єднання, юридичні особи, які не є суб'єктами владних повноважень, можуть бути відповідачами лише за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень: 1) про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян; 2) про примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян; 3) про примусове видворення іноземця або особи без громадянства Укра-

їни; 4) про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації та т.п.); 5) в інших випадках, встановлених законом. Щодо органів державної податкової служби, то на них із загальних положень ст. 50 розповсюджується пункт 5. Отже, податковий орган може звернутися до суду тільки у випадках, встановлених законом, вказані випадки закріплені у Податковому Кодексі України та Кодексі адміністративного судочинства України, а також Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Викладені теоретичні позиції підтверджуються і судовою практикою. Так Верховний суд України у своїй постанові від 16 жовтня 2012 року, дійшов висновку, що органи державної податкової служби мають право звертатися до судових органів із заявою (позовною заявою) про скасування державної реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності виключно у випадках, встановлених законом.

Послідовний аналіз переліку підстав для звернення суб'єкта владних повноважень до суду дає можливість дійти висновку, що він повинен мати достатні адміністративні можливості для здійснення визначених йому законом завдань та функцій, і лише у випадках, коли Конституцією чи законами України встановлені судові обмеження його діяльності, він звертається до суду з позовом по суті для отримання судового дозволу. Такі звернення мають бути обумовлені необхідністю виконання покладених на них завдань та функцій, а використовувати свої повноваження вони можуть лише з метою, з якою це повноваження надане.

Відповідь на питання, з якою метою податковим органам надано повноваження звертатися до суду із заявою про скасування державної реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності, дає аналіз завдань і функцій податкових органів. Завданнями органів державної податкової служби є, зокрема, здійснення контролю за додержанням податкового законодавства, запобігання злочинам та іншим правопорушенням, віднесеним законом до компетенції податкової міліції, їх розкриття, припинення, розслідування та провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Функції державних податкових органів визначені статтями 8–10 Закону № 509-XII. Державні податкові інспекції в районах, містах без районного поділу, районах у містах, міжрайонні та об'єднані державні податкові інспекції, зокрема, забезпечують облік платників податків. Скасування державної реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності є одним із заходів, спрямованих на запобігання порушенню податкового законодавства або його припиненню, а не засобом забезпечення обліку платників податків.

Суб'єкт владних повноважень має діяти виключно в межах та у спосіб, що встановлені законом, оскільки він виконує державні функції, і лише держава шляхом законодавчого регулювання визначає його завдання, межі його повноважень та спосіб, у який він здійснює ці повнова-

ження. Розширене тлумачення суб'єктом владних повноважень способів здійснення своїх повноважень не допускається. У зв'язку з цим визначений законом предмет позову, з яким суб'єкт владних повноважень може звернутися до суду при здійсненні ним владних управлінських функцій, не підлягає розширеному тлумаченню.

Таким чином, повноваження органів податкової служби на звернення до суду обумовлене її статусом органу державної влади, покликаного виконувати таку функцію держави як оподаткування, та може бути пов'язане лише з її виконанням. Випадки, в яких, орган податкової служби може звернутися до суду, прямо передбачені законом, і їх перелік є вичерпним. Разом з тим, доцільність реалізації податковими органами своїх повноважень, закріплених в Податковому кодексі України, за обов'язкової контрольної участі суду потребує подальшого дослідження.

Михайлов В. В.

Національний університет державної податкової служби України, здобувач

ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ МІСЦЕВИХ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ

У чинному вітчизняному законодавстві України перелік місцевих податків та зборів закріплений статтею 10 Податкового кодексу України (Податковий кодекс України від 2 грудня 2010р. № 2755-VI // Голос України від 04.12.2010. – 2010. – № 229-230), відповідно до змісту якої до місцевих податків та зборів належать: 1) податок на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки; 2) єдиний податок; 3) збір за провадження деяких видів підприємницької діяльності; 4) збір за місця для паркування транспортних засобів; 5) туристичний збір. На правову природу цих податків українським законодавцем вказується у положенні пункту 8.3 статті 8 Податкового кодексу України, за яким до місцевих належать податки та збори, що встановлені відповідно до переліку і в межах граничних розмірів ставок, визначених цим Кодексом, рішеннями сільських, селищних і міських рад у межах їх повноважень, і є обов'язковими до сплати на території відповідних територіальних громад.

Причому, пунктами 10.3-10.5 статті 10 Податкового кодексу України додатково закріплено, що місцеві ради обов'язково установлюють податок на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, єдиний податок та збір за провадження деяких видів підприємницької діяльності. Місцеві ради в межах повноважень, визначених цим Кодексом, вирішують питання відповідно до вимог цього Кодексу щодо встановлення збору за місця для паркування транспортних засобів, туристичного збору. Установлення місцевих податків та зборів, не передбачених цим Кодексом, забороняється.

Ця ж схема розподілення загальнодержавних податків та зборів застосована й до інших ланок місцевих бюджетів бюджетної системи

України, адже за положенням статті 66 кодифікованого акта бюджетного законодавства України, якою регламентований склад доходів бюджету Автономної Республіки Крим, обласних та районних бюджетів, що враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів, передбачено зарахування до цих бюджетів половини подібних плат разом із 25 відсотками податку на доходи фізичних осіб, що сплачується на відповідній території (Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010р. № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50. – С.1778. – Ст.572.).

Виходячи із припису статті 69 Бюджетного кодексу України, до доходів загальних фондів місцевих бюджетів, що не враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів, відбувається зарахування у повному обсязі податку на прибуток підприємств та фінансових установ комунальної власності, різних плат за користування природними ресурсами місцевого значення, в тому числі плати за землю, фіксованого сільськогосподарського податку у частині, що зараховується до бюджетів місцевого самоврядування.

Абсолютно логічно, що й місцеві податки і збори віднесені чинним бюджетним законодавством України до складу доходів місцевих бюджетів. Але в той же час, різні місцеві податки та збори зараховуються до різних складових частин місцевих бюджетів – виходячи з розподілення останніх на загальний та спеціальний фонди. Так, за пунктом сьомим частини першої статті 69 Бюджетного кодексу України, до загального фонду місцевих бюджетів належать місцеві податки і збори (крім єдиного податку та податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки), що зараховуються до бюджетів місцевого самоврядування, включаючи збір за провадження деяких видів підприємницької діяльності (крім збору в частині провадження торговельної діяльності нафтопродуктами, скрапленим та стиснутим газом на стаціонарних, малогабаритних і пересувних автозаправних станціях, заправних пунктах).

Враховуючи те, що місцеві податки та збори вводяться в дію за рішеннями відповідних органів місцевого самоврядування і є обов'язковими до сплати тільки на території відповідних територіальних громад, оскільки лише на цю територію можуть розповсюджуватися повноваження зазначених органів – а отже й сфера дії у просторі виданих ними нормативно-правових актів, наявність або відсутність на певній місцевості того або іншого обов'язкового податкового платежу здатне вплинути як на рівень активності господарюючих суб'єктів, виробництва у регіоні, так і на рівень споживчого попиту. Звідси, якщо територіальна громада бажає підвищити зацікавленість місцевого підприємця або виробника у наданні послуг чи збільшенні виробництва, вона може зменшити податковий тиск на окремі галузі виробництва чи категорії платників на даній території шляхом або використання механізму податкових пільг, або зменшення кількості місцевих обов'язкових податкових платежів.

Сухацький А. П.
Київський національний торговельно-економічний університет,
здобувач кафедри комерційного права

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ СФЕР ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРИРОДНИХ МОНОПОЛІЙ

Серед норм законодавства про природні монополії положення частини 1 статті 5 Закону України «Про природні монополії» (далі – Закон про природні монополії) відіграють ключову роль, оскільки саме в ній визначається перелік сфер діяльності суб'єктів природних монополій, які регулюються відповідно до цього Закону (Про природні монополії: Закон України від 20.04.2000 р. № 1682-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 30. – Ст. 238.).

Водночас, у Концепції вдосконалення державного регулювання природних монополій (далі – Концепція), виходячи з того, що неефективність механізмів державного регулювання природних монополій визнано загрозою національним інтересам і національній безпеці (Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 р. № 964-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351.), першочерговим завданням визначено внесення змін до Закону про природні монополії стосовно вдосконалення переліку видів діяльності, що підлягають регулюванню (Про концепцію вдосконалення державного регулювання природних монополій [Електронний ресурс]: Указ Президента України від 27.09.2007 р. № 921/2007 // Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/921/2007).

Науковці в своїх дослідженнях щодо питань природних монополій переважно обмежуються лише наведенням переліку визначених сфер діяльності суб'єктів природних монополій. Разом з тим, деякі дослідники, зокрема, такі правники, як Анохіна І. О. (Анохіна І.О. Правове регулювання діяльності суб'єктів природних монополій: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.04 / Анохіна Інесса Олександрівна. – О., 2004. – с. 38), Блохін М. С. (Блохін М. С. Сфери природних монополій та правовий статус їх суб'єктів / М. С. Блохін // Митна справа. – 2009. – № 2. – С. 66.), у своїх дослідженнях звертають увагу на вичерпний та тимчасовий характер переліку сфер діяльності суб'єктів природних монополій. Проте, питання вдосконалення переліку та чіткості законодавчого визначення сфер діяльності суб'єктів природних монополій та необхідності внесення відповідних змін до Закону про природні монополії залишаються невисвітленими в науковій правовій літературі.

В Концепції було окреслено деякі проблеми законодавчого визначення сфер діяльності на ринках природних монополій, зокрема, щодо діяльності з транспортування та розподілу природного і нафтового газу трубопроводами, передачі та розподілу електричної енергії, централізо-

ваного теплопостачання, водопостачання та водовідведення. Проблеми, що полягали у більш чіткому визначенні та розмежуванні діяльності суб'єктів природних монополій у вказаних сферах, вирішено шляхом внесення відповідних законодавчих змін (Про державне регулювання у сфері комунальних послуг: Закон України від 09.07.2010 р. № 2479-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 49. – Ст. 571.; Про внесення змін до Закону України «Про природні монополії» [Електронний ресурс]: Закон України від 21.06.2012 р. № 4998-VI // Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4998-17).

Проте, в цілому системні проблеми у сфері регулювання діяльності суб'єктів природних монополій потребують вжиття комплексу правових та організаційних заходів, тому вирішення окремих проблем не знімає такого завдання щодо інших проблем.

Так, діяльність у сфері спеціалізованих послуг транспортних терміналів, портів, аеропортів за переліком, який визначається Кабінетом Міністрів України (далі – Кабмін) потребує більш чіткого законодавчого визначення, оскільки, на нашу думку, надання повноважень Кабміну щодо визначення переліку таких послуг суперечить конституційним засадам та логіці законодавства про природні монополії.

Згідно положень статті 42 Конституції України види і межі монополії визначаються законом (Конституції України від 26.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.), а відповідно до частини 3 статті 28 Господарського кодексу України сфери діяльності суб'єктів природних монополій визначаються Законом про природні монополії (Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19 – 20, № 21 – 22. – Ст. 144.).

Окрім того, відповідно до частини 1 статті 3 Закону про природні монополії законодавство про природні монополії складається з цього закону та інших законів.

Аналізуючи вище наведені норми права логічним є висновок, що існує імператив щодо виду нормативно-правового акту, яким може бути передбачено сфери діяльності суб'єктів природних монополій. Таким є лише законодавчий акт.

В свою чергу, згідно положень статті 117 Конституції України та статті 50 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» Кабмін в межах своєї компетенції видає постанови і розпорядження (Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 07.10.2010 р. № 2591-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 9. – Ст. 58.), які відносяться до підзаконних нормативно-правових актів.

Таким чином, можна зробити висновок, що надання повноважень Кабміну щодо визначення переліку спеціалізованих послуг транспортних терміналів, портів, аеропортів суперечить конституційним засадам та

законодавству про природні монополії. Тому окрім законодавчого органу – Верховна Рада України, такою компетенцією не може бути наділений будь-який інший державний орган, а відповідний перелік підлягає визначенню в законі.

Для вирішення вказаної проблеми пропонуємо два шляхи:

1. Викласти відповідний абзац частини 1 статті 5 Закону про природні монополії в новій редакції та конкретизувати перелік спеціалізованих послуг транспортних терміналів, портів, аеропортів.

2. Внести зміни до вказаної норми та позбавити Кабмін повноважень визначати перелік спеціалізованих послуг транспортних терміналів, портів, аеропортів, а вказаний перелік визначити в спеціальному законодавстві.

Сівер А. С.

Одеський державний університет внутрішніх справ, здобувач

МІГРАЦІЯ ЯК СУСПІЛЬНО-ПРАВОВЕ ЯВИЩЕ

Під поняття міграція вчені розуміють (від лат. migratio) переселення, просторове пересування, переміщення людей у просторі та часі. Суть міграції полягає у територіальному русі населення, на відміну від природного чи соціального. Тому визначення міграції, які характеризуються як широкі, де до цього явища крім територіальних відносять також різні форми соціальних переміщень, наприклад, освітні, міжгалузеві, професійні тощо, тобто будь-які переміщення, незалежно від місця у просторі, видаються неправомірними, оскільки в них не враховується сутнісна риса міграції.

Досить часто, під міграцією підрозумівають виключно територіальні переміщення населення. Але з таким визначенням можна посперечатися, тому що існує як широке, так і вузьке розуміння цього явища. Н. Ноздріна, пише «під міграцією розуміється будь-яка форма територіальної мобільності населення: щоденні пересування до місця роботи і назад, поїздки у торговельні, видовищні та інші заклади, сезонні міграції, пов'язані із зміною праці або відпочинком населення, і т. інші» (Н. Н. Ноздрина Применение методов системного анализа при изучении миграций населения. 1978, с.6] Прибічники широкого підходу вважають міграцією навіть переміщення у рамках одного й того самого населеного пункту (Колпаков В., Кузьменко О. Адміністративно-правовий механізм протидії нелегальній міграції, 2001, с.76). Проте найчастіше дослідники розглядають як міграцію лише ті територіальні переміщення людей, які пов'язані з перетином певних кордонів, адміністративних чи державних.

Трохи вузьке розуміння міграції наводиться у визначеннях, які включають переміщення, що відбуваються між окремими пунктами призводячи до постійної або тимчасової зміни місця проживання, регулярні (щоденні або щотижневі) двосторонні поїздки між місцем проживання та

праці чи навчання, а також епізодичні як ділові, так і рекреаційні поїздки (Заславская Т. И. Миграция сельского населения. 1970, с.11).

Найбільш вузьке розуміння міграції відображене у визначеннях, відповідно до яких під нею розуміють переселення, пов'язане з зміною місця проживання на відносно тривалий час. При чому зміна місця проживання в межах населеного пункту чи району виключається . «Під міграційними процесами, – пише українська дослідниця А.Ф. Загробська, - розуміємо .. переміщення населення, що супроводжуються зміною місця проживання і впливають на економічні, соціальні та демографічні характеристики районів виходу і входу» (Загробська, А. Ф. Організовані переселення в системі міграцій населення УРСР. 1970, с.12). Тобто міграцією вважається сукупність тільки тих видів переміщень у просторі, які призводять до зміни географічного розміщення населення, його густоти і заселеності територій.

Разом з тим деякі автори пропонують ще більше звузити це поняття, обмеживши його лише переселеннями, зумовленими зміною місця прикладання праці. Тобто вони виключають не лише сезонні поїздки на відпочинок, маятникові пересування з культурно-побутовими цілями, але й переселення пенсіонерів, дітей, різні види неекономічних міграцій, пов'язаних із війнами та політичною ситуацією. Таке звуження видається невмотивованим і замість того, щоб додати чіткості, може призвести до ще більшої плутанини, наприклад у визначенні такої категорії, як члени сім'ї особи, яка змінює місце прикладання своєї праці, що переїжджають разом із нею. Навряд чи варто виключати також переїзди, зумовлені політичними причинами, кількість яких та значення в сучасному світі постійно зростає.

Зовнішня або міжнародна (міждержавна) міграція здійснюється через державні кордони, тоді як внутрішня є переміщенням у межах однієї країни між її адміністративними одиницями, населеними пунктами. Деякі автори, зокрема А. Маріанський, виділяють міжконтинентальну міграцію (Марианський А. С. Современные миграции населения.1970, с.12), що, однак, на нашу думку, виправдано лише для певного історичного періоду, наприклад, для кінця XIX – початку XX ст., коли міжконтинентальні міграції справді відрізнялися певними особливими рисами.

Відповідно для напряму відносно окремої території сукупність зовнішніх переміщень населення поділяється на еміграцію, тобто вибуття, та імміграцію, або прибуття.

Так само, як і щодо загального визначення міграції, стосовно міжнародної міграції немає спільної думки. Коли ми використовуємо цей термін, – пише відомий англійський дослідник Д. Салт, – не одразу зрозуміло, що мається на увазі. Хоча традиційно міжнародна міграція означала переміщення з однієї країни до іншої з метою постійного проживання або тривалого перебування, нині під нею розуміють ширше поняття, яке включає різноманітні типи та форми переміщень населення, кожний з яких до

того ж здатен перетворюватися на інший. Таким чином, робить висновок Д. Салт, значення, яке ми вкладаємо у термін «міграція», залежить від випадкового вибору і має специфічний для певного періоду часу зміст

Дослідники єдині лише в тому, що обов'язковим атрибутом міжнародної міграції має бути перетин державного кордону. Це вкрай важливо у контексті адміністративним управління цим процесом. Встановлення правового режиму кордону та порядку його перетинання є неодмінною прерогативою держави, ознакою її суверенітету, посідає важливе місце в арсеналі впливу на характер, інтенсивність, спрямування переміщень населення між країнами, як адміністративно-правове явище.

Смичок Є.М.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», здобувач кафедри фінансового права

ЮРИДИЧНІ ПРЕЗУМПЦІЇ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ ТА ЇХ ВИКОРИСТАННЯ В СПОРАХ З КОНТРОЛЮЮЧИМИ ОРГАНАМИ

В римському праві, зокрема римському цивільному процесі, часто зверталися до презумпцій, внаслідок недостатності представлених доказів. Розглядаючи презумпції в римському праві взагалі, їх можна поділити на певні групи: презумпції, що не допускають проти себе жодних доказів; презумпції, які найчастіше запроваджуються законом і вважаються презумпціями до того часу, поки проти них не будуть надані докази; звичайні умовиводи від певного факту до вірогідного наслідку (Салогубова Е. В. Римский гражданский процес. М.: Городец, 1997, с. 112 – 114). На сучасному етапі розвитку юридичної науки, в основу класифікації презумпцій може бути покладено наступні підстави. По-перше, це факт правового закріплення. За цим критерієм презумпції поділяються на правові та фактичні. По-друге, це можливість спростування презумпції. В залежності від такої можливості презумпції можна розділити на ті, які підлягають спростуванню, та спростування яких неможливе. По-третє, класифікація презумпцій залежить від їх ролі в правовому регулюванні. Визначення такої ролі, дозволяє поділити презумпції на матеріально – правові та процесуальні. По-четверте, сфера дії презумпції дозволяє виділити презумпції: загальноправові, міжгалузеві та галузеві (Щекин Д. М. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук // Юридические презумпции в налоговом праве. Российская академия наук Институт государства и права, Москва, 2001 г.). Подальша класифікація презумпцій можлива і на підставі інших критеріїв.

Застосовуючи аналогію щодо інших галузей права, спостерігаємо наступне. Доведення позивачем фактичних обставин, на які він посилається, як на підставу своїх вимог та заперечень є загальноприйнятою процедурою в цивільному процесі, точно так же, як і доведення відповідачем

фактичних обставини заперечень, що висуваються ним. Але вказані положення не застосовується щодо презумпцій та загальновідомих фактів. Цивільне процесуальне право Франції та Англії під презумпціями юридичними (законними) розуміє передбачені законом припущення, через які, за наявності відомих умов ті або інші факти визнаються встановленими (Кейлин А. Д. Судоустройство и гражданский процесс капиталистических государств. Часть 2-я. М.: Внешторгиздат, 1958, с. 248 – 249). У Франції та Англії прослідковується розмежування юридичних презумпцій на неспростовні, тобто ті, які не підлягають спростуванню (запереченню), і презумпції спростовні, які підлягають спростуванню (запереченню), та щодо яких можливе представлення доказів для їх спростування. Англійські процесуалісти, серед інших, до юридично неспростовних презумпцій відносять також презумпцію знання законів (Nokes. An Introduction to Evidence. P. 54. По Кейлину А. Д. Судоустройство и гражданский процесс капиталистических государств. Часть 2-я. М.: Внешторгиздат, 1958, с. 350). Юридичні презумпції в англійському цивільному процесі зобов'язують суд приймати їх беззаперечно на підставі того, що вони не будуть спростовані. В той же час, такі презумпції спричиняють розподіл тягаря доказів, а звідси і доведення. Ті, на чию користь презумпції встановлені, звільняються від їх доведення (Кейлин А. Д. Судоустройство и гражданский процесс капиталистических государств. Часть 2-я. М.: Внешторгиздат, 1958, с. 252 – 254).

Аналіз вказаних положень дозволяє розглядати презумпцію як прийом, який розподіляє тягар доведення між сторонами спірного правовідношення. Презумпція вказує, на кому лежить необхідність доведення положення, яке відрізняється від встановленого презумпцією (Гурвич М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950, с. 104 – 105). Правові презумпції розподіляють тягар доведення, звільняючи сторони від обов'язку доказування тих обставин, на які вони посилаються, і які охоплюються вказаною презумпцією. Практично всі процесуалісти єдині в думці про важливе місце презумпцій при вирішенні питання про розподіл обов'язків по доведенню тих фактів, що мають значення у справі (Плюхина М. А., Решетникова И. В. Доказывание в судебной практике по гражданским делам. Екатеринбург, 1997, с. 33).

Стосовно податкових спорів в Україні питання доказів і доведення визначаються не лише нормами Податкового кодексу України, а й нормами Кодексу адміністративного судочинства. Особливістю доведення в податкових спорах є встановлення презумпцій, які потребують доведення (Дегтерева Г. В. Доказывание и доказательства по налоговому спору // Арбитражная практика. 2002. № 2, с. 32). Так, п. 53.1. ст. 53 Податкового кодексу України, закріплює норму, згідно якої не може бути притягнуто до відповідальності платника податків, який діяв відповідно до податкової консультації, наданої йому у письмовій або електронній формі, а також

узагальнюючої податкової консультації, зокрема, на підставі того, що у майбутньому така податкова консультація або узагальнююча податкова консультація була змінена або скасована. обставиною, що виключає вину особи в здійсненні податкового правопорушення. Вказані положення кореспондуються з нормами ст. 52 Податкового кодексу України, де зазначається, що за зверненням платників податків контролюючі органи надають безоплатно консультації з питань практичного використання окремих норм податкового законодавства протягом 30 календарних днів, що настають за днем отримання такого звернення даним контролюючим органом. Аналогічні положення містяться і в підп. 3 п. 1 ст. 111 Податкового кодексу Російської Федерації, де серед інших підстав, які виключають вину особи в скоєнні податкового правопорушення, зазначається виконання особою письмових роз'яснень податкових органів. Аналіз норм чинного законодавства України та Російської Федерації свідчить про те, що законодавець, приймаючи кодифіковані акти у сфері оподаткування, не був орієнтований на неспростовну загальноправову презумпцію знання законів. З наведеного, ми бачимо, що, на відміну від інших галузей права, в податковому праві презумпція знання закону є спростовною. Це означає, що платник податків визнається таким, що знає податкове законодавство, поки не доведе, що виконував вимоги закону, керуючись письмовими роз'ясненнями по питаннях його застосування даними компетентними органами.

Роздайбіда А. А.
Національний університет державної податкової служби України, здобувач

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ РЕЄСТРАЦІЙНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ СПЕЦІАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

З метою запровадження альтернативної форми обліку громадян України – платників податків та інших обов'язкових платежів, які через свої релігійні або інші переконання відмовляються від прийняття ідентифікаційного номера фізичної особи – платника податків та інших обов'язкових платежів (далі – ідентифікаційний номер) Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про державний реєстр фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів» (Про внесення змін до Закону України «Про державний реєстр фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 374) від 16.07.1999 № 1003-XIV були внесені зміни до Закону України «Про державний реєстр фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів» (Про державний реєстр фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 2. – Ст. 10) від 22.12.1994 № 320/94-ВР якими було надано фізичним особам-платникам податків право на відмову від прийняття ідентифікаційного

номера фізичної особи – платника податків і не включення інформації про таких осіб до Державного реєстру фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів. Фізична особа – платник податків, що відмовилася від прийняття ідентифікаційного номера повинна була подати заяву до органу державної податкової служи за своїм місцем реєстрації за відповідною формо, що встановлена Порядком унесення відмітки до паспорта громадянина щодо ідентифікаційного номера фізичної особи – платника податків та інших обов'язкових платежів, затверджений наказом Державної податкової адміністрації України, Міністерством внутрішніх справ України від 19.10.2004 р. № 602/1226, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 20.10 2004 р. за № 1345/9944. Таким чином, інформація щодо осіб, які через свої релігійні або інші переконання відмовилися від ідентифікаційного номера, не включається до Державного реєстру фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів.

Отже, Законом України «Про державний реєстр фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів» передбачено право відмовитися від прийняття ідентифікаційного номера для двох категорій фізичних осіб – платників податків: 1) що через свої релігійні переконання 2) або інші переконання – бажають відмовитися від ідентифікаційного номера.

Статтею 70 Податкового кодексу України врегульоване питання податкового обліку фізичних осіб – платників податків. Термін «ідентифікаційний номер фізичної особи – платника податків та інших обов'язкових платежів», що використовується у чинному законодавстві, замінено на «реєстраційний номер облікової картки платника податків». Відповідно до цього у разі якщо формування реєстраційного номера облікової картки платника податків у встановленому порядку суперечить релігійним переконанням фізичної особи, то за її зверненням реєстраційному номеру облікової картки платника податків присвоюється серія та номер паспорта громадянина України. Про застосування альтернативної форми обліку зазначається у документі, що засвідчує реєстрацію у Державному реєстрі.

Таким чином, інформація щодо осіб формування реєстраційного номера облікової картки платника податків яких суперечить релігійним переконанням таких осіб включається до Державного реєстру фізичних осіб – платників податків. Єдиною відмінністю обліку платників податків формування реєстраційного номера облікової картки платника податків яких суперечить їх релігійним переконанням є заміна Реєстраційного номера облікової картки платника податків на серію та номер паспорта громадянина України. Отже Податковим кодексом України, на відміну від іншого галузевого законодавства України, не передбачено право громадян, які через свої релігійні переконання відмовляються від реєстраційного номера облікової картки платника податків (ідентифікаційного номера

фізичної особи – платника податків), на не включення інформації щодо таких осіб до Державного реєстру фізичних осіб – платників податків.

Податкове законодавство, яке діяло до прийняття Податкового кодексу, було передбачено право відмовитися від прийняття ідентифікаційного номера для двох категорій фізичних осіб – платників податків. Зараз таке право передбачено лише для одної категорії осіб – які через свої релігійні переконання бажають відмовитися від реєстраційного номера облікової картки платника податків. При цьому обов'язково треба враховувати, що відповідно до статей 11, 22, 35 Конституції України при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Держава сприяє консолідації та розвиткові української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвиткові етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України. Кожен має право на свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність.

Діалектичний аналіз норм Конституції України, чинних нормативно-правових актів, що регулюють облік фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежі і норм проекту Податкового кодексу України приводять до висновку про звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод людини і громадянина шляхом обмеження існуючого права фізичних осіб – платників податків та інших обов'язкових платежів на відмову від включення інформації щодо таких осіб до Державного реєстру фізичних осіб-платників податків, якщо таке включення суперечить їх релігійним або іншим переконанням.

РОЗДІЛ 18
КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ СУДОВОЇ І ПРАВООХОРОННОЇ СИСТЕМ УКРАЇНИ

Полянський Ю.Є.
Національний університет «Одеська юридична академія», проректор, завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів, професор

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПРОКУРОРА-ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАЧА ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Підтримання прокурором державного обвинувачення в суді являє собою одну з двох частин його участі у кримінальному провадженні. Здійснення ним нагляду за додержанням законів у досудовому кримінальному провадженні переходить у підтримання державного обвинувачення в суді.

У чинному КПК України зроблено спробу покласти на одну і ту ж особу здійснення повноважень у кримінальному провадженні з його початку і до завершення. Позитивною рисою цієї новації є те, що прокурор, який здійснював нагляд на стадії досудового розслідування, добре знає всі обставини справи, що полегшує йому в подальшому виконання функції державного обвинувачення. Проте існує також ризик того, що несучи відповідальність за стан розслідування, обвинувач у суді може проявити упередженість при розгляді справи судом, не звертаючи увагу на обставини, які ставлять під сумнів доведеність обвинувачення.

Остаточний висновок щодо ефективності зазначеного порядку покладення на прокурора обов'язків державного обвинувача можна буде зробити згодом при узагальненні практики. Втім, ризикнемо висловити припущення, що через організаційно-кадрові проблеми, які існують в прокуратурі, потреба у заміні прокурорів виникатиме систематично, а не у виняткових випадках.

Принципове значення має надання колишнім старшим помічникам і помічникам прокурорів статусу прокурорів, відповідно до Закону України від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI. Хоча варто згадати, що у процесуальному розумінні вони і раніше вважалися прокурорами і назвалися так у рішеннях та інших процесуальних актах судів.

Відповідно до ч. 1 ст. 37 КПК України «У разі необхідності керівник органу прокуратури може визначити групу прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, а також старшого прокурора такої групи, який керуватиме діями інших прокурорів». Така практика почала запроваджуватися ще до прийняття чинного КПК України і застосовується при розгляді багатоепізодних справ з великою кількістю обвинувачених, а також складних, або

особливо резонансних справ щодо однієї особи. Це дозволило частково урівняти становище обвинувачення і захисту, послабити диспропорцію коли обвинуваченню, представленому однією особою, протистоїть. численна група адвокатів-захисників .

Керівництво діями інших прокурорів з боку керівника групи, очевидно, полягає у розподілі між ними окремих процесуальних обов'язків щодо участі у допиті, обвинувачених і свідків, дослідженні інших доказів, вироблення поза межами судових засідань узгодженої позиції з окремих питань, а також спілкування з представниками засобів масової інформації. Колективно узгоджується зміст обвинувальної промови, яка виголошується керівником групи. Очевидно, конкретні види взаємодії між прокурорами, які входять до складу групи, не завжди можуть бути зарегламентовані і виробляються практикою підтримання державного обвинувачення.

Чинний наказ Генерального прокурора України № 4 ГН від 19.02.2012 р. «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні», на відміну від попереднього, не містить вимоги до керівників прокуратур особисто підгримувати державне обвинувачення в суді. Очевидно, причиною є те, що ці обов'язки заздалегідь розподіляються між прокурорами і старшими прокурорами прокуратур.

Крім того, керівники органів прокуратури, прокурори вищого рівня обтяжені організаційно-управлінськими і представницькими повноваженнями, що виключає можливість їх участі у тривалих судових процесах.

Відповідно до статті 34 Закону України «Про прокуратуру» прокурор, який бере участь в розгляді справ у судах, зобов'язаний сприяти виконанню вимог закону про всебічний, повний і об'єктивний, тобто неупереджений розгляд справ та постановленню судових рішень, що ґрунтуються на законі.

У зв'язку з цим не можна не помітити тавтології у визначенні державного обвинувачення яке наведено у п. 3 ч. 1 ст. 3 КПК України. В ній зазначено, що «державне обвинувачення – процесуальна діяльність прокурора, що полягає у доведенні перед судом обвинувачення (виділено мною – Ю.П.) з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення». Крім того, очевидно, що обвинувач зобов'язаний довести не лише вину особи, як один з елементів складу кримінального правопорушення, а наявність складу правопорушення в його діяннях. Очевидно, зараз ще зарано ставити питання про перегляд цього визначення, проте, можливо, ця потреба стане зрозумілішою згодом. Крім того, на наш погляд, положення статті 34 Закону України «Про прокуратуру» буде доцільно відтворити в КПК України.

У п. 21 вищезазначеного міжгалузевого наказу Генерального прокурора України прокурорам запропоновано «За результатами судового розгляду давати належну правову оцінку як тим обставинам, що викри-

вають, так і тим, що виправдовують обвинуваченого». Доцільно доповнити цей пункт словами: «або частково спростовують обвинувачення, зменшують його обсяг, а також обставинам, які не лише обтяжують, але й пом'якшують відповідальність».

У статті 34 Закону України «Про прокуратуру» особливо звертається увага на додержання прокурором принципу незалежності суддів і підкорення їх тільки закону. Вважаємо, що цю вимогу не слід розуміти лише як прояв пасивної поведінки прокурора, який особисто не порушує принцип незалежності суддів. Прокурор також зобов'язаний проявляти ініціативу у викритті цих порушень з боку інших осіб, принципово ставити перед судом питання про застосування передбачених законом санкцій щодо учасників процесу і присутніх, не виключаючи народних депутатів України, які грубо порушують порядок у залі судового засідання. Вирішення цих питань набуло останнім часом особливої актуальності.

У зазначеному наказі (п. 14. 2) передбачено обов'язок прокурорів брати участь у судових засіданнях у форменому одязі. Думається, що у перспективі, з урахуванням Європейського досвіду, для таких випадків можна було б запровадити для прокурорів мантії за зразком, затвердженим Генеральним прокурором України. Використання мантій слід передбачити і для адвокатів-захисників, що буде символічно підкреслювати рівність сторін у процесі.

Долежан В. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри організації судових та правоохоронних органів, доктор юридичних наук

ЗАВДАННЯ І ПОРЯДОК УЧАСТІ ПРОКУРОРА В ПЕРЕГЛЯДІ СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України, містить чимало новацій щодо завдань і повноважень прокурора в контрольних стадіях кримінального провадження, зокрема апеляційній і касаційній, які потребують теоретичного і практичного осмислення.

Ініціюючи перегляд судових рішень у кримінальному провадженні і беручи участь у проваджені на цих стадіях, прокурори можуть за наявності підстав продовжувати підтримання державного обвинувачення, яке вони розпочали в судах першої інстанції. Це, зокрема, стосується спроб домогтися скасування виправдувальних вироків і прийняття інших процесуальних рішень, які погіршують становище обвинувачених і виправданих, особливо якщо консолідовану, позицію з цих питань займають як державні обвинувачі, так і представники прокуратур вищого рівня, які беруть участь у розгляді справ судами апеляційної і касаційної інстанцій.

Проте у разі, коли йдеться про скасування обвинувального вироку і закриття провадження з реабілітуючих підстав, важко говорити про підтримання обвинувачення. Це можна розглядами як певну аналогію відмови від обвинувачення, хоча і не в суді першої інстанції, а в іншій процесуальній ситуації. У судах апеляційної і касаційної інстанції прокурор також сприяє виконанню вимог закону про всебічний, повний, об'єктивний розгляд оправи та постановленню судових рішень, що ґрунтуються на законі (ст. 43 Закону України «Про прокуратуру») з певною правозахисною спрямованістю.

Право ініціювати апеляційний перегляд судових рішень за п.8 ст.348 попереднього КПК мали право з числа посадових осіб прокуратури лише прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, в касаційному порядку – також прокурор, який брав участь в апеляційному розгляді ч.1 ст.383 КПК. Крім того, такими правами користувались прокурори, які затверджували обвинувальні висновки. Можливість прокурорів вищого рівня ініційовувати перегляд справ в касаційному порядку обмежувалася лише вироками і постановами апеляційного суду постановленими ним в апеляційному порядку (п.2 ч.1 ст.383 КПК).

Чинний КПК значно розширив перелік суб'єктів ініціювання перегляду судових рішень, надавши таке право Генеральному прокурору України, прокурорам областей та прирівняним до них, їх заступникам.

Водночас слід відзначити певну обмеженість права прокурорів міських, районних та прирівняних до них прокуратур самостійно оскаржувати рішення судів. Відповідно до п.23 наказу Генерального прокурора України № 4гн від 19 грудня 2012 року «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» прокурор-обвинувач зобов'язаний не пізніше наступного дня після прийняття рішення надати керівнику прокуратури довідку про результати судового розгляду для узгодження питання щодо необхідності оскарження судового рішення. Більше того, ця довідка з висновком керівника прокуратури в триденний строк після прийняття надсилається до підрозділу, що здійснює нагляд за додержанням законів у кримінальному провадженні прокуратури вищого рівня (п. 23.2 цього наказу). Тобто прокурор міста чи району, якщо він особисто не підтримував обвинувачення, або начальник відповідного підрозділу обласного прокуратури, не маючи самі права на апеляційне і касаційне оскарження, можуть блокувати використання цього права самим державним обвинувачем.

Проте, на нашу думку, відмовлятись від такого порядку не варто, оскільки він цілком відповідає принципу єдності і централізації прокуратури і підпорядкування нижчих за посадами прокурорів вищим. Тим більше, що Генеральний прокурор України, прокурори обласного рівня та їх заступники мають право змінювати, доповнювати апеляційні, каса-

ційні скарги або відмовлятись від скарг, внесених як ними самими, так і прокурорами нижчого рівня, тобто по суті відкликати скарги. Для того, щоб використати це право, вони одержують відповідну інформацію, про яку щойно згадувалося, на підставі якої приймають відповідні рішення. Проте не зовсім зрозуміло, чому зазначені довідки передаються до підрозділів, які «здійснюють нагляд за додержанням законів у кримінальному судочинстві». Адже прокуратура перестала здійснювати такий нагляд з набранням чинності Законом України «Про прокуратуру» з 1991 року. Очевидно, тут маються на увазі підрозділи, які організують діяльність щодо участі прокурорів в апеляційному і касаційному провадженні.

В зазначеному Законі і в КПК відсутня читка відповідь щодо права прокурора, який безпосередньо підтримував обвинувачення в суді, брати участь в апеляційному чи касаційному проваджені. В абз. 3 ч.4 ст. 36 КПК зазначено, що «У судовому провадженні.. можуть брати участь службові особи органів прокуратури вищого рівня» (виділено мною – В.Д.). Таке формулювання не дає конкретної відповіді на поставлене питання. Конкретніше воно вирішено у п. 30 зазначеного міжгалузевого наказу, в якому міститься, перелік підрозділів прокуратур вищого рівня, службові особи яких не просто можуть, а зобов'язані забезпечувати участь у відповідних судових провадженнях. Погоджуючись з такою практикою, вважаємо за потрібне дещо скорегувати норму частини 4 ст.36 Закону, виклавши її у такій редакції «Судове провадження з перегляду судових рішень в апеляційному чи касаційному порядку …. здійснюються за участю уповноважених на це прокурорів органів прокуратури вищого рівня».

І на закінчення вважаю за необхідне приєднатись до тих науковців і практиків, які не згодні з використанням терміну «скарга» стосовно звернень прокурорів про перегляд судових рішень. У правовій доктрині і в актах законодавства, крім процесуальних, давно вкорінився погляд на скаргу як на «форму звернення фізичної чи юридичної особи до відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування.. про поновлення порушених прав скаржників та захист їх законних інтересів»(Юридична енциклопедія. – 5. – К.: 2003. – С.500).

Звернення ж прокурора про перегляд судового рішення є його волевиявленням як представника влади для захисту не власних прав та інтересів, а прав інших осіб та інтересів держави. Використання у попередньому законодавстві терміну «подання прокурора» не надавало прокурору жодних процесуальних переваг у порівнянні з особами, які використовували терміни «апеляційна скарга», «касаційна скарга». Отже, зміна термінології певною мірою відриває авторитет прокуратури і може розглядатись як прояв войовничого правового нігілізму, від якого за сприятливих обставин слід позбутись.

Косюта М. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри організації судових та правоохоронних органів,
доктор юридичних наук, професор

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ПРОКУРАТУРУ»

З ініціативи Президента України В. Януковича триває робота над проектом нового Закону України «Про прокуратуру», в якій беруть участь і науковці НУ «ОЮА». У зв'язку з цим висловлю окремі зауваження і пропозиції, що стосуються розділу 1 чинного Закону «Загальні положення».

1. Застарілою випадає стаття 1 Закону, причому не лише її зміст, а й місце, яке вона займає у тексті Закону. Вона містить перелік об'єктів, на які поширюється прокурорський нагляд за додержанням і застосуванням законів, і вони значною мірою запозичені зі статті 1 Закону Союзу РСР «Про прокуратуру СРСР» від 30 листопада 1979 р. При цьому не враховано, що як на час прийняття Закону, так і зараз прокуратура здійснює не лише наглядові, але й інші функції.

Очевидно, існує потреба у тому, щоб взагалі вилучити цю статтю із Закону, «розпорошивши» її положення поміж його структурними елементами, які присвячені окремим конституційним функціям прокуратури.

2. На чільному місті у тексті Закону слід поставити визначення прокуратури. Такий підхід уже застосовано у законах про інші правоохоронні органи.

Відповідну норму можна сформулювати так:

«Стаття 1. Прокуратура України

Прокуратура України є системою державних органів, на які покладено захист правопорядку при здійсненні функцій, визначених Конституцією і законами України.

3. До статті 2 Закону потрібно внести деякі зміни, спрямовані на зміцнення правового статусу Генерального прокурора України і забезпечення належних гарантій його безперешкодної діяльності як керівника прокурорської системи. Частиною 2 цієї статті варто передбачити, що перелік підстав для звільнення його з посади, передбачених у цій частині, є вичерпним. Тому словосполучення «Генеральний прокурор України звільняється з посади також з інших підстав» доцільно вилучити.

4. Також не відповідає вимогам часу назва статті 4 Закону «Завдання прокурорського нагляду за додержанням законів». Оскільки ця стаття міститься у розділі «Загальні положення», то ці завдання мають стосуватися не лише нагляду за додержанням законів, але також інших функцій прокуратури, передбачених пунктами 2-4 статті 5 Закону, тобто зазначена норма має носити узагальнюючий характер. Крім того, враховуючи провідну роль правозахисної складової у діяльності сучасної прокуратури,

основною метою її діяльності слід визнати утвердження верховенства права. Відтак цю норму пропонується викласти у такій редакції:

«Завдання прокуратури

Діяльність прокуратури спрямована на утвердження в Україні, верховенства права, зміцнення законності і забезпечення правопорядку.

Завданнями прокуратури в захист від злочинних та інших неправомірних посягань:

1) гарантованих Конституцією України, законами України, міжнародними нормативно-правовими актами, які визнані частиною національного законодавства України, особистих, політичних, соціально-економічних та інших прав і свобод людини і громадянина, прав територіальних громад та інтересів окремих верств населення;

2) закріплених Конституцією України і законами України незалежності України, її територіальної цілісності і безпеки, суспільного та державного ладу, економічної і політичної систем;

3) економічних, політичних, екологічних та інших інтересів держави, правового статусу державних органів і органів місцевого самоврядування».

5. Відповідно до частини 4 статті 5 Закону «прокурори не можуть входити до складу комісій, комітетів та інших колегіальних органів, утворюваних радами та їх виконавчими органами». На наш погляд, логічно поширити цю заборону також на колегіальні структури, утворювані органами виконавчої влади.

6. На підставі статті 51-1 Закону під назвою «Інформування громадськості про стан законності та заходи щодо її зміцнення» прокурори «на відкритих пленарних засіданнях відповідних місцевих рад, на які запрошуються представники засобів масової інформації, не менше як двічі на рік інформують населення відповідної адміністративно-територіальної одиниці про етан законності, заходи щодо ii зміцнення та результати діяльності на відповідній території». Очевидно мається на увазі діяльність міських, районних в містах і районних прокурорів, що також варто передбачити у зазначеній нормі. Варто відзначити що вона була включена до Закону в липні 2010 року, хоча прокурори уже багато років використовують цю форму зв'язку з органами місцевого самоврядування. Проте важко зрозуміти, чому ця стаття включена до розділу Закону, який присвячено цілком іншим за суттю питанням організації і діяльності прокуратури. Її варто перенести у вигляді окремої частини до статті 9 «Участь у засіданнях органів державної влади і управління» або зберегти її як самостійну статтю під номером 9-1.

7. Відповідно до частини 3 статті 29 Закону на прокурора покладено вжиття заходів до узгодження дій правоохоронних органів у боротьбі із вчиненням кримінальних правопорушень. Між тим, у термінологічній літературі узгодження (погодження) розглядається як «зведення до відпо-

відності, установлення взаємозв'язку, контакту в діяльності людей», тобто як синонім терміну «координація», яка передбачена статтею 10-1 Закону і належним чином деталізована в ній. Тому частину 3 статті 29 доцільно виключити.

Селезньов В. А.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРО НАГЛЯД ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ І ЗАСТОСУВАННЯМ ЗАКОНІВ

Найважливішим і водночас найскладнішим питанням, пов'язаним з правовим статусом прокуратури України є оптимальне визначення її конституційних функцій. Переважна більшість вітчизняних науковців-юристів та практичних працівників органів прокуратури переконана в тому, що обмеження цих функцій, передусім за рахунок ліквідації нагляду за дотриманням і застосуванням законів (загального нагляду), є неприпустимим або принаймні передчасним. Проте напруження з цього питання постійно підтримується існуванням зовнішнього фактору чинника безперервними та нестримливими вимогами структур ПАРЕ прискорити позбавлення прокуратури цієї функції (Долежан В. В. Конституційні аспекти удосконалення прокурорської системи України – стратегічні пріоритети, – № 2 (7). – 2008 р. – С. 117-123).

Але у зв'язку з цим можна погодитись з думкою про тре, що вирішення питання про те, чи потрібна ця прокурорська функція держави та суспільству вцілому, залежить від стану правопорядку в Україні та її національних інтересів і відповідних традицій. При цьому зрозуміло, що стан законності та правопорядку з боку органів державної виконавчої гілки влади, органів місцевого самоврядування, суб'єктів господарювання ще далеко не відповідає вимогам конституції України та й загальноєвропейським стандартам. Це насамперед соціальні права громадян і мало захищених верств населення, це економічно-правова сфера діяльності (оподаткування,приватизація, земельні ресурси ,екологія …), та багато чого іншого

Після вступу України до Ради Європи питання виконання Україною своїх зобов'язань щодо реформування прокуратури стало темою обговорення у юридичних наукових колах та повсякчас відображається у документах цієї міжнародної організації, зокрема в Резолюціях Парламентської Асамблеї Ради Європи від 29.01.1999 р. № 1179, від 26.04.2001 р. № 1244, від 27.09.2001 № 1262 у рекомендаціях парламентської Асамблеї Ради Європи від27.01.99 № 1395 ,від 26.04.01 № 1513. У цих документах постійно нагадується про зобов'язання України на основі змін до Конституції чітко

визначено її місце в механізмі державної влади , роль у суспільстві , правовий статус, принципи та механізми взаємодії з іншими гілками влади ,відповідно до принципів та стандартів Ради Європи.

До речі, завдання нагляду за додержанням і застосуванням закону на сьогодення конкретизується в наказі Генерального прокурора України № 3 від 7.11.12 «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням закону » (із змінами, внесеними наказом Генерального прокурора України від 24.12.12 № 3 гн-1) відповідно до якого основним завданням прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів вважати захист від неправомірних посягань гарантованих Конституцією, Законами України прав і свобод людини та громадянина, державних та суспільних інтересів. Основним напрямком нагляду за додержанням і застосуванням законів вважати захист:

– соціально-економічних, політичних прав і свобод людини та громадянина, насамперед осіб які потребують державної підтримки та допомоги;

– фінансово-економічних інтересів держави, передусім у бюджетній та земельній сферах;

– конституційних засад підприємницької діяльності.

Таким чином, роль прокуратури України у системі наглядово-контрольних повноважень є певною мірою унікальною і не перетинається з діяльністю інших органів.

Деякі опоненти цього напрямку прокурорсько-наглядової діяльності стверджують, що цей вид нагляду суперечить принципу верховенства права, маючи на увазі що кожен вільний у вирішенні питання про поновлення його порушеного права у судових органах, що в це питання неповинен ніхто втручатися, як це робить прокуратура. Але ця лукава теза, насамперед спростовується тим, що значна кількість малозабезпечених людей фінансово неспроможні реалізувати свої прагнення про захист їх прав (оплата за адвокатську послугу, державне мито з приводу звернення до суду…). Крім того є розповсюдженими випадки навмисного небажання посадових осіб поновлювати порушені права підприємств, організацій всупереч інтересам держави та суспільства. У таких випадках прокурорський нагляд є достатньо ефективним і дієвим. Крім того він є більш оперативним, ніж процес розгляду справ у судах.

Таким чином, вважаю що це актуальне питання можна вирішити шляхом чіткого визначення меж прокурорського нагляду за додержання і застосуванням законів. При цьому дуже важливо залишити коло повноважень прокурорів, визначених у ст. 20 Закону України «Про прокуратуру». Бо ці повноваження реалізуються не тільки при виконанні функції про нагляд за додержанням і застосуванням законів, але й при виконанні функції по представництву інтересів громадянина або держави у суді у випадках передбачених законом, а також при розгляді звернень, заяв та скарг до прокуратури.

Бакаянова Н. М.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук, адвокат

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯКОСТІ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ З НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ

Адвокатура України приймає активну участь в реалізації обов'язку держави щодо забезпечення права на безоплатну правову допомогу. Безоплатна правова допомога надається адвокатами з урахуванням загальноприйнятих у суспільстві моральних принципів та правил адвокатської етики з метою сприяння реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення, забезпечення рівного доступу до права і правосуддя.

З 1 січня 2013 р. здійснюється надання безоплатної вторинної правової допомоги особам до яких застосовано адміністративне затримання; до яких застосовано адміністративний арешт; які затримані за підозрою у вчиненні злочину; до яких як запобіжний захід обрано тримання під вартою; у кримінальних провадженнях стосовно яких відповідно до положень КПК України захисник залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням або проведення окремої процесуальної дії. З 1 січня 2014 р. перелік категорій осіб, яким надаватиметься безоплатна вторинна правова допомога, буде розширено. З 1 січня 2017 р. такий вид безоплатної правової допомоги надаватиметься всім соціально незахищеним категоріям осіб, визначеним Законом України «Про безоплатну правову допомогу», зокрема у цивільних та адміністративних справах. Таким чином, впровадження законодавчо визначеного механізму надання правової допомоги актуалізує питання забезпечення якості надання безоплатної правової допомоги адвокатами.

Стандарти якості при наданні безоплатної правової допомоги адвокатами мають бути забезпечені:

1) залученням адвокатів до надання безоплатної вторинної правової допомоги через відбір за результатами конкурсу. Впровадження конкурсного підходу щодо адвокатів, які залучаються до надання безоплатної вторинної допомоги, не передбачає повторну оцінку знань адвокатів, оскільки їх достатній рівень вже був оцінений відповідною кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури при складанні кваліфікаційного іспиту та отриманні свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю. Сутність та призначення цього конкурсу полягає у з'ясуванні прагнення адвоката, його бажання та можливостей працювати в системі безоплатної правової допомоги та виконувати функцію адвокатури з високою суспільною свідомістю;

2) врахуванням під час призначення адвоката його спеціалізації, досвіду роботи, навантаження, складності справ, у яких адвокат бере участь;

3) визначенням контрактом (договором) обов'язку адвоката якісно, в обсязі та у строки надавати безоплатну вторинну правову допомогу та заходів відповідальності до адвокатів, які будуть неналежно виконувати свої зобов'язання за умовами договору та не дотримуватись порядку надання вторинної допомоги, у тому числі виключення з Реєстру адвокатів, які надають вторинну допомогу, а також прийняття рішення щодо заміни адвоката;

4) наявністю повноважень у органів адвокатського самоврядування щодо виконання адвокатами професійних обов'язків з надання безоплатної правової допомоги відповідно до вимог законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність та Правил адвокатської етики. Так, до повноважень Ради адвокатів регіону як органу адвокатського самоврядування віднесено й утворення комісії з оцінювання якості, повноти та своєчасності надання адвокатами безоплатної правової допомоги (п.10, ч.4 ст.46 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність). Проте, правовий статус комісії та її склад викликають на запитання. Затверджене Рішенням Ради адвокатів України від 17.12.12 р. № 35 Положення про комісію з оцінювання якості, повноти та своєчасності надання адвокатами безоплатної правової допомоги закріплює, що до складу комісії, який формується радою адвокатів регіону з числа адвокатів, стаж адвокатської діяльності яких становить не менше десяти років, адреса робочого місця яких знаходиться відповідно в Автономній Республіці Крим, області, місті Києві, місті Севастополі, і відомості про яких включено до Єдиного реєстру адвокатів України, входять голова, заступник голови, секретар та не менше двох інших членів Комісії. Голова, заступник голови, секретар, інші члени Комісії не можуть одночасно входити до складу кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, ревізійної комісії адвокатів регіону, ради адвокатів регіону, Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, Вищої ревізійної комісії адвокатури, Ради адвокатів України. Отже, рада адвокатів регіону замість здійснення повноваження, визначеного у п.10 ч.4 ст.46 Закону, самостійно, тобто шляхом утворення комісії з числа членів ради, фактично, утворює новий орган з числа адвокатів, що не обиралися до складу органів адвокатського самоврядування. Очевидно, що така ситуація вступає у протиріччя із принципами адвокатського самоврядування та його організаційними формами: функції адвокатського самоврядування можуть здійснюватися будь-якими іншими органами або особами, навіть адвокатами, окрім тих, що визначені в законі. Більш того, склад та правовий статус органів адвокатського самоврядування дозволяють виконувати покладені на них завдання належним чином. Аналіз законодавства та нормативних документів про адвокатуру дозволяють прийти до висновку, що комісія

з оцінювання якості, повноти та своєчасності надання адвокатами безоплатної правової допомоги має формуватися з числа адвокатів, які обрані до складу ради адвокатів регіону;

5) вирішення питання оплати праці адвокатів та погашення кредиторської заборгованості перед адвокатами за 2012 р. на загальну суму 695101,34 грн. згідно із Порядком використання коштів, передбачених у державному бюджеті для оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 04.03.2013 № 130.

Свида О. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів, кандидат юридичних наук

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ СУДДІВ НА УЧАСТЬ У ВИРІШЕННІ ПИТАНЬ СУДДІВСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА

Конституція проголосила Україну демократичною, правовою, соціальною державою (ст. 1). Зміст правової держави розкривається в ст. 3 Конституції: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини і їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Отже, побудова правової держави неможлива без гарантування прав кожного громадянина. В свою чергу, функціонування судової влади неможливе без забезпечення реалізації прав та гарантій діяльності носіїв судової влади, у зв'язку з чим ці питання набувають неабиякого теоретичного та практичного значення.

Не зупиняючись на питанні класифікації професійних прав суддів, вважаємо за доцільне все ж таки окремо виділити таку категорію, як право судді на участь у житті суддівського співтовариства, що можна розглядати як одну з гарантій незалежності судової влади.

Право суддів на участь у вирішенні питань, що стосуються суддівського співтовариства, як умова їх незалежної професійної діяльності, розкриваються в наступному:

Право судді користуватися захистом з боку корпоративних органів і їхніх посадових осіб. Корпоративні органи повинен допомогти реалізувати, а в разі потреби захистити належність судді. Суддя зовсім інакше відноситься до захисту тих, хто звернувся до судового захисту, коли відчуває за своєю спиною орган корпорації, здатний у разі потреби надати йому підтримку. Якщо суддя не має в цьому органі справжніх представників і прихильників, він повинен мати рідку мужність, щоб сміливо і наполегли-

во, об'єктивно та неупереджено розглядати справи та виносити від імені держави рішення. Зокрема, відповідно до статті 113 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суддівське самоврядування є однією з гарантій забезпечення самостійності судів і незалежності суддів. Діяльність органів суддівського самоврядування має сприяти створенню належних організаційних та інших умов для забезпечення нормальної діяльності судів і суддів, утверджувати незалежність суду, забезпечувати захист суддів від втручання в їх діяльність (частина 2). Окрім того, зміцнення незалежності судів, суддів, захист від втручання в їхню діяльність є одним з завдань суддівського самоврядування (п. 2 ч. 4. ст. 113 вказаного Закону).

Право судді на участь у формуванні та діяльності органів суддівського самоврядування та інших корпоративних органах. Відповідно до статті 54 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суддя має право брати участь у суддівському самоврядуванні для вирішення питань внутрішньої діяльності суду в порядку, встановленому законом. Судді можуть утворювати об'єднання та брати участь у них з метою захисту своїх прав та інтересів, підвищення професійного рівня. Суддівське самоврядування в Україні здійснюється через: 1) збори суддів місцевого суду, апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду, Верховного Суду України; 2) ради суддів відповідних судів; 3) конференції суддів відповідних судів; 4) Раду суддів України; 5) з'їзд суддів України.

Судді також мають право входити до складу Вищої кваліфікаційної комісії суддів України – 6 осіб (п. 1 ч. 1 ст. 92 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») та Вищої ради юстиції – з'їзд суддів України призначає трьох членів до її складу, а за посадою до неї входить Голова Верховного Суду України (частини 2 та 3 статті 5 Закону України «Про Вищу раду юстиції»).

Право судді брати участь в обговоренні питань організації і діяльності судової влади. Суддя має право ставити перед корпоративними органами питання, що стосуються їхньої діяльності, вносити пропозиції по поліпшенню їхньої роботи, брати участь у їхніх засіданнях і вимагати відповіді по суті поставлених питань. Зокрема, суддя, що є присутнім на засіданні корпоративного органу, вправі задавати питання і висловлювати думки по суті розглянутого питання. Такий порядок покликаний забезпечити дотримання внутріорганізаційної демократії. Широке обговорення усіх важливих для судової влади питань, вільні дискусії по них, повна свобода критики, колективне вироблення рішень повинні бути методом діяльності корпоративних органів. Але корпоративність виключає застій лише у випадках творчого роздуму, а не бездумної слухняності. Без свободи дискусій, розмаїтості думок, зведення корпоративності до однорозуміння створює небезпеку негативних тенденцій. Можливість вільного вираження вимог і інтересів під час діяльності органів суддівського самоврядування – необхідна ознака громадянського суспільства та неодмінна умова побудови правової держави. Окрім того, важливо пам'ятати конституційне

положення: «Суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності. Жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова. Цензура заборонена. Держава гарантує свободу політичної діяльності, не забороненої Конституцією і законами України» (ст. 15 Конституції України). Наприклад, досить шик оре коло суддів свого часу брали участь в обговоренні проекту Кодексу суддівської етики, який був затверджений самими ж суддями, а саме XI з'їздом суддів України 22 лютого 2013 року. В той же час, така демократія щодо вільного виловлювання думок має обмежений характер в т.зв. «позакорпоративній» діяльності судді, наприклад, в процесі судової діяльності, обмеження на публічне висловлювання щодо тієї чи іншої політичної сили.

Ковальчук І.С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук

ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН З НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

Правові системи багатьох країн світу передбачають низку механізмів надання безоплатної правової допомоги. Конституція України як найвищий законодавчий акт країни закріплює право кожного на отримання безоплатної правової допомоги у випадках передбачених законом. Сьогодні мова йде про необхідність функціонування цілісної ефективної системи безоплатної правової допомоги .

Ст. 6 Європейської конвенції про права людини гарантує кожному право на справедливий і публічний розгляд його справи судом упродовж розумного строку, як у разі кримінального обвинувачення, так і у випадку спору щодо прав і обов'язків цивільного характеру. Отже, держави мають забезпечувати належну правову допомогу всім, хто не може забезпечити її самотужки. Хартія основних прав у Європейському Союзі також передбачає, що «безоплатна правова допомога надається тим, кому бракує достатніх засобів, у мірі, в якій така допомога необхідна для забезпечення ефективного доступу до правосуддя».

Європейський Суд вказав на три чинники, які належить брати до уваги: серйозність правопорушення і тяжкість можливого покарання; складність справи; соціальний статус та особливі обставини обвинуваченого.

У деяких правових системах, наприклад у Великобританії, питання про призначення правової допомоги в кримінальних справах вирішують суди. У Південній Африці та Нідерландах, рішення приймається спеціальним урядовим органом, заснованим для управління процесом надання правової допомоги. У США існують дві системи: суди приймають рішен-

ня у кримінальних справах, а некомерційні юридичні організації приймають рішення у справах цивільних.

У більшості демократичних зарубіжних країн вважається необхідним надавати безоплатну правову допомогу особам, які не в змозі дозволити собі адвоката до суду чи під час суду. Ненадання подібної допомоги дорівнювало би позбавленню таких осіб доступу до правосуддя або завдавало би удару по їх інтересам у разі судового розгляду справ, іншими сторонами, в яких виступають заможні люди або державні органи. Це порушувало би принцип рівності перед законом, якого вимагає верховенство права.

Різні країни (включаючи країни ЄС) мають певні відмінності в засадах, функціонуванні та управлінні системами безоплатної правової допомоги.

За категоріями справ, у яких надається безоплатна правова допомога, можна виокремити групу країн, у яких безоплатна правова допомога надається лише у кримінальних справах, і групу країн, у яких законодавство визначає обов'язок надавати безоплатну правову допомогу і в інших категоріях справ. Так, обов'язок надавати безоплатну правову допомогу лише у кримінальних справах законодавець покладає на відповідних суб'єктів в Азербайджані, Вірменії, Узбекистані, Киргизії, Україні, Туркменістані. Серед країн, у яких правова допомога надається не лише у кримінальних, але й у цивільних та адміністративних справах, – Казахстан, Росія, Бєларусь, Молдова, Естонія, Таджикистан, Литва, Латвія, Грузія.

З погляду суб'єктів надання безоплатної правової допомоги країни можна поділити за таким критерієм: чи зобов'язані її надавати лише адвокати або ж до її надання допускаються інші особи. Лише адвокати надають безоплатну правову допомогу в Казахстані, Бєларусі, Естонії, Азербайджані, Вірменії й Узбекистані. В інших країнах до надання безоплатної правової допомоги допускаються інші суб'єкти. У Молдові ж окрім юристів і громадських об'єднань надання первинної правової допомоги здійснюють і параюристи – особи, які мають неповну юридичну освіту.

Повертаючись до категорій справ, у яких надається безоплатна правова допомога, слід детальніше зупинитися на досвіді країн, у яких така допомога надається не лише у кримінальних, але й в окремих цивільних та адміністративних справах (Казахстан, Росія, Бєларусь, Молдова, Естонія, Таджикистан, Литва, Латвія, Грузія).

У цих країнах створено окремий орган, що здійснює управління наданням безоплатної правової допомоги. У Молдові це Національна рада з гарантованої державою юридичної допомоги, у Литві – Координаційна рада з питань гарантованої державою правової допомоги, у Латвії – Управління безоплатної юридичної допомоги, у Грузії – Служба юридичної допомоги. Лише в Естонії не створено окремий орган управління наданням безоплатної правової допомоги, а розподілено обов'язки з управління на-

данням безоплатної правової допомоги між міністерствами юстиції, фінансів, Колегією адвокатів, керівництвом адвокатських контор. Причому з прийняттям Закону роль Колегії адвокатів в Естонії зросла, а суди, прокуратура та органи слідства є органами, що приймають рішення про необхідність надання безоплатної юридичної допомоги.

Законодавство всіх цих країн визначає, що фінансування безоплатної правової допомоги здійснюється з державного бюджету, проте крім коштів державного бюджету з цією метою можуть використовуватися дозволені законодавством інші кошти.

Не зайвим було б і обов'язкове ведення реєстру правової допомоги, яке згадується в Законі Латвійської Республіки «Про державну правову допомогу». Так, у цьому реєстрі мають фіксуватися всі заяви про надання та обсяг правової допомоги, інформація про відхилення заяв, відомості про осіб, яким надана допомога, та осіб, які її надали. Адже зазначена інформація необхідна для формування бюджету та політики у цій сфері.

У свою чергу, прийняття Закону України «Про безоплатну правову допомогу» є вагомим кроком до виконання Україною її міжнародних зобов'язань у сфері прав людини та запровадження європейських стандартів у сфері надання правової допомоги широкому колу осіб та забезпечення доступу до правосуддя.

Ніндипова В.І.

Національна академія прокуратури України,
начальник відділу досліджень проблем злочинності у сфері захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина,
державний радник юстиції 3 класу

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НАГЛЯДУ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ І ЗАСТОСУВАННЯМ ЗАКОНІВ У СФЕРІ ОПЛАТИ ПРАЦІ: ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ

Під «правовим регулюванням» у юридичній літературі розуміють владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, закріплення охорони і розвитку, що здійснюється державою за допомогою всіх юридичних засобів (Рабінович П. М. Основи загальної теорії держави і права, 1995, с. 151), впорядкування суспільних відносин за допомогою норм права та інших правових засобів (Черданцев А. Ф. Теория государства и права, 2001, с. 342) чи сукупність різноманітних форм, засобів юридичного впливу держави на поведінку учасників суспільних відносин, які здійснюються в інтересах усього суспільства, колективу чи особистості, шляхом проголошення їх прав та обов'язків, встановлених дозволів і заборон, затвердження певних правових актів з метою підпорядкувати поведінку окремих суб'єктів встановленому в суспільстві порядку (Горшенев

В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе, 1972, с. 19).

Виходячи зі змісту цього поняття можна дійти висновку, що його визначення є загальним для кожної галузі та конкретних правовідносин. Водночас стосовно відповідної сфери діяльності правове регулювання має як загальні, так і специфічні ознаки. Нагляд за додержанням і застосуванням законів у сфері оплати праці не є винятком із загального правила. Серед принципів правового регулювання цього нагляду передусім треба виділити його: триступеневість щодо рівня джерел регулювання, комплексність, під якою розуміється органічне поєднання в законодавчих актах правових норм, що визначають завдання, побудову, організацію діяльності та повноваження прокурорів, самостійність норм нагляду в системі права, що обґрунтовується єдністю предмета і особливістю метода правового регулювання у зазначеній сфері тощо.

Тож очевидно, що ефективність діяльності прокуратури у цій сфері правовідносин безпосередньо залежить від багатьох факторів, і передусім від повного, чіткого і конкретного правового регулювання. Важливо, щоб норми права, які регулюють права й обов'язки прокурорів, формулювалися достатньо повно, правильно відображали об'єктивні потреби розвитку суспільства. Прокурорський нагляд у цій сфері правовідносин потребує такої організації, завдяки якій нормативні принципи, що визначають порядок діяльності прокурорів, були узгоджені з правовими нормами, які регламентують їх права й обов'язки. На жаль, чинне законодавство у вказаній сфері правовідносин поки що не повною мірою відповідає зазначеним вимогам, внаслідок чого створює перешкоди в застосуванні правових норм і знижує рівень ефективності реалізації повноважень прокурорів.

Так, потребує удосконалення законодавство, що регулює порядок оплати праці та погашення заборгованості з неї підприємствами-банкрутами, оплати праці у натуральній формі; покладення обов'язку з погашення заборгованості за рахунок власника підприємства та вжиття правових заходів, які сприяли б виведенню заробітної плати із «тіні» тощо. Водночас особливої уваги потребує удосконалення нормативно-правової бази, що регулює порядок реалізації повноважень прокурора.

Наприклад, позитивні результати мають прокурорські перевірки з нагляду за додержанням і застосуванням законів у сфері оплати праці за участю спеціалістів. Участь спеціалістів у перевірках дає можливість отримати більш повну інформацію про характер правопорушень, обставини, що їм сприяли та про конкретних правопорушників. Використання матеріалів, зібраних спеціалістами, дає можливість прокурору ґрунтовніше розібратися зі станом дотримання законів і внести аргументовані пропозиції до усунення і попередження правопорушень та притягнення осіб, які їх скоїли, до відповідальності.

Рекомендації щодо залучення до перевірок спеціалістів, використання їх знань для вивчення окремих документів, матеріалів, актів чи

висновків містяться у деяких наказах і вказівках Генерального прокурора України. В ст. 20 Закону України «Про прокуратуру», яка присвячена повноваженням прокурора при здійсненні нагляду за додержанням і застосуванням законів, зокрема у п. 3, передбачено його право вимагати від керівників та колегіальних органів виділення спеціалістів для проведення перевірок, відомчих і позавідомчих експертиз. У Положенні про порядок проведення органами прокуратури перевірок при здійсненні нагляду за додержанням і застосуванням законів зазначено, лише порядок скерування для виконання вимоги про виділення спеціалістів органів державного нагляду (контролю), нагляд за якими покладається на прокуратури вищого рівня (п. 6.8.). Проте в жодному нормативно-правовому акті зазначений порядок детально не врегульовано. В практичній діяльності ці питання іноді вирішуються на відомчому рівні між відомством і органами прокуратури, однак таке правове регулювання не вирішує проблеми в цілому.

Вбачається за доцільне законодавчо врегулювати порядок залучення спеціалістів для участі у прокурорських перевірках, що склався на практиці, і передбачити норму, яка зобов'язувала б керівників установ, підприємств, організацій незалежно від форм власності виділяти спеціалістів на вимогу прокурора та встановлювала б ним розумний термін для їх участі в проведенні перевірок, відомчих і позавідомчих експертиз. Те ж саме стосується і порядку реалізації повноважень прокурора: вимагати від керівників та колегіальних органів проведення перевірок, ревізій діяльності підпорядкованих і підконтрольних підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності; мати доступ до відповідних інформаційних баз даних цих державних органів, які також належним чином не врегульовані. Та ж сама вимога прокурора як основний структурний елемент системи правових засобів нагляду спрямована на реалізацію завдань і здійснення прокурорських повноважень та потребує нормативно-правового врегулювання щодо її структури і змісту.

Більш повне і чітке врегулювання зазначених питань сприятиме ефективній реалізації прокурорських повноважень.

Тарасишина О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри організації судових та правоохоронних органів, кандидат юридичних наук

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ТА ВТІЛЕННЯ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Правозахисна природа адміністративного судочинства немислима без визначення та дотримання його принципів, первинних засад існування, які опосередковують закономірність такого існування і взаємний зв'язок

цього правового інституту з іншими правозахисними інститутами. Судочинство здійснюється відповідно до загальних та галузевих принципів, що обумовлені предметом розгляду і специфікою завдань суду. Необхідність з'ясування значення принципів в адміністративному судочинстві, особливостей галузевих принципів адміністративного судочинства та окреслення основних способів їх застосування зумовлюють актуальність розгляду сутності та проблем втілення принципів адміністративного судочинства. У зв'язку з чим обрана проблематика має не лише теоретичне значення, але й набуває практичної цінності.

Дана тема була предметом дослідження таких науковців: Г. П. Тимченка, А. О. Селіванова, І. Б. Коліушка, С. В. Потапенка, О. П. Рябченко, Р. О. Куйбіди, О. В. Кузьменко, В. Шишкіна тощо.

Важливою передумовою ефективного здійснення адміністративного судочинства насамперед є нормативне закріплення принципів адміністративного судочинства. Конституційні принципи судочинства відображені в Основному Законі. Відповідно до ст. 129 Конституції України судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону. Судочинство провадиться суддею одноособово, колегією суддів чи судом присяжних (Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р.// Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141). Так, основними засадами судочинства є: законність; рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; забезпечення доведеності вини; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; підтримання державного обвинувачення в суді прокурором; забезпечення обвинуваченому права на захист; гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом; обов'язковість рішень суду.

Згідно ч. 4 ст. 129 Конституції законом можуть бути визначені також інші засади судочинства в судах окремих судових юрисдикцій.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» регламентовано такі принципи як: самостійність суддів, право на повноважний суд, рівність перед законом і судом, правова допомога при реалізації права на справедливий суд, гласність і відкритість судового процесу, мова судочинства і діловодства в судах, обов'язковість судових рішень, право на оскарження судового рішення, одноособовий та колегіальний розгляд справ (ст. ст. 7– 15) (Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – N 41-42, N 43, N 44-45. – С.529).

Відповідно до ст. 7 КАС України принципами здійснення правосуддя в адміністративних судах є: верховенство права; законність; рівність усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом; змагальність сторін, диспозитивність та офіційне з'ясування всіх обставин у справі;

гласність і відкритість адміністративного процесу; забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішень адміністративного суду, крім випадків, установлених цим Кодексом; обов'язковість судових рішень (Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2747-15).

Таким чином, створення дієвого механізму судового захисту прав і свобод громадян як суб'єктів правовідносин, що виникають у сфері державного управління, має передбачати сукупність організаційних та процесуальних гарантій, що дозволить забезпечити громадянам реальну можливість оскаржити незаконні рішення, дії чи бездіяльність органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, а це може бути реалізовано в результаті чіткого нормативного закріплення та дотримання принципів судочинства. Положення кодифікованого законодавчого акта у сфері адміністративного судочинства слід реально співвідносити з необхідністю проведення інших законопроектних робіт і, відповідно, усунути можливість виникнення колізійних питань в ході розгляду справ адміністративними судами. Так, відповідно до ч. 4 ст. 127 Конституції України суддями спеціалізованих судів можуть бути особи, які мають фахову підготовку з питань юрисдикції цих судів. Ці судді відправляють правосуддя лише у складі колегій суддів. Згідно ч. 1 ст. 15 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» справи в судах розглядаються суддею одноособово, а у випадках, визначених процесуальним законом, – колегією суддів, а також за участю народних засідателів і присяжних. Однак, згідно ч. 1 ст. 23 КАС України усі адміністративні справи в суді першої інстанції, крім випадків, встановлених КАС України, розглядаються і вирішуються суддею одноособово.

Беручи до уваги положення п.1 ч.4 ст.17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», відповідно до якого єдність системи судів загальної юрисдикції забезпечується єдиними засадами організації та діяльності судів, доцільним буде узгодження норм чинного законодавства з метою максимального втілення принципів судочинства та ефективного здійснення правосуддя адміністративними судами.

Вартим уваги є також нормативне закріплення принципу оскарження судового рішення. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку, встановлених процесуальним законом, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення, а також на перегляд справи Верховним Судом України.

У КАС України принцип оскарження судового рішення викладено дещо вужче. Так, відповідно до ст.13 КАС України особам, які беруть участь у справі, а також особам, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси чи обов'язки, забезпе-

чується право на апеляційне та касаційне оскарження рішень адміністративного суду, крім випадків, встановлених цим Кодексом.

Так, дана норма викладена без урахування Верховного Суду України, однак, беручи до уваги те, що главою 3 КАС України регламентовано порядок перегляду рішень Верховним Судом України, він має місце в механізмі оскарження судових рішень. Очевидно, така ситуація виникла у зв'язку із внесенням змін до чинного законодавства, що врегульовує повноваження Верховного Суду України, усунення повторної касації тощо.

Деякі принципи рекомендовані міжнародними організаціями й можуть бути втілені в національне законодавство з метою більш ефективного здійснення адміністративного судочинства, зокрема, виокремлення принципу попереднього судового захисту прав скаржника під час розгляду адміністративних справ [Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи від № R (89)8 стосовно тимчасового судового захисту в адміністративних справах. Прийнята Кабінетом Міністрів України 13 вересня 1989 року на 428-й нараді заступників міністрів: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:apelyacia.org.ua/node/82230).

Таким чином, проблеми законодавчого закріплення принципів адміністративного судочинства потребують належного вирішення на законодавчому рівні, зокрема, стосовно усунення колізій норм чинного законодавства з метою посилення юридичних гарантій прав та свобод громадян, оскільки лише послідовна і взаємоузгоджена сукупність дій призведе до вдосконалення та забезпечення ефективного функціонування системи адміністративного судочинства.

Иртегов В. К.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», старший преподаватель кафедры организации судебных и правоохранительных органов

ВЫЕЗДНАЯ СЕССИЯ СУДА – ВАЖНОЕ СРЕДСТВО РАСШИРЕНИЯ ГЛАСНОСТИ СУДОПРОИЗВОДСТВА И ПОВЫШЕНИЕ ВОСПИТАТЕЛЬНОЙ РОЛИ СУДЕБНОГО ПРОЦЕССА

Суд – единственный орган государственной власти, осуществляющий правосудие. Ему отводится важная роль в претворении в жизнь идеи законности, охрана прав и законных интересов государственных, общественных организаций и граждан.

Осуществляя правосудие на принципах верховенства права, суд обеспечивает каждому право на справедливое судебное разбирательство, на уважение прав и свобод, гарантированных Конституцией и законами Украины, а также международными договорами, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины.

Выездная сессия суда является одним из важнейших средств осуществления принципа открытости судопроизводства. Она проводится в целях усиления воспитательного воздействия всех форм судебной деятельности, что достигается максимальным использованием возможностей гласности проводимых судебных процессов.

Гласность ее расширение в условных дальнейшей демократизации нашего общества – общий принцип государственной деятельности. Для суда – это еще и непреложное требование закона.

Судами накоплен не малый опыт проведения открытых судебных процессов в производственных и других коллективах. Большинство их отличает четкая организация, надлежащий уровень судебной культуры, что и предопределяет эффективность воспитательного воздействия. Уже само по себе разбирательство дела судом, всестороннее и объективное исследование всех его обстоятельств играет большую воспитательную, предупредительную роль. И наоборот, поверхностное проведение судебного следствия, поспешность в исследовании материалов дела, пренебрежительное отношение к отдельным его обстоятельствам и деталям не только не способствуют успешной борьбе с преступностью, но и ослабляют ее, приносят большой вред.

Поэтому очень важно, чтобы правосудие во всех случаях и при всех условиях осуществлялось в строгом соответствии с требованиями действующего законодательства, призванного обеспечить вынесение законного и обоснованного решения по каждому делу.

Проведение процесса на высоком профессиональном уровне требует тщательной подготовки совместных усилий судьи-председательствующего по делу, прокурора поддерживающего государственное обвинение, местных органов власти. Понятно, что непосредственная обязательность по организации публичного судебного процесса возлагается на судью– председательствующего по делу. Однако это не освобождает председателя суда от обязанности осуществлять свой контроль и оказывать помощь в организации процесса.

До начала судебного заседания судье необходимо лично убедиться в явке вызываемых к судье лиц, в готовности помещения, где будет проводиться процесс, в выделении комнаты для совещания судей, а также места для свидетелей и конвоя.

Судья, ведя процесс, обязан строго соблюдать нормы судебной этики, не проявлять поспешности и нетерпения, быть одинаково вежливым, ровным и внимательным в обращении со всеми участниками процесса и требовать того же от представителей государственного обвинения и защиты.

При ведении процесса не следует злоупотреблять малопонятными для присутствующих юридическими и судебно-медицинскими терминами, допускать условное сокращение.

Приговор (решение) провозглашается отчетливо и достаточно громко, чтобы присутствующим было хорошо слышно его содержание.

Весь ход процесса должен быть направлен на то, чтобы присутствующие на процессе убедились в справедливости принятого решения, морально осудили преступление извлекли для себя последний урок на будущее.

Юрко С. С.

Черкаський факультет Національного університету «Одеська національна юридична академія», викладач кафедри загально-правових дисциплін

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У ДІЯЛЬНОСТІ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ

За останні роки правовий статус Верховного Суду України зазнав кардинальних змін, що актуалізує дослідження в даній сфері. Стаття 125 Конституції України проголошує Верховний Суд найвищим судовим органом. Його «найвищість» повинна бути підкріплена як судовими так і несудовими повноваженнями. При чому останні, можливо, є навіть більш значимими, адже судові повноваження здійснюють суди всіх рівнів, а от спрямувати судову практику у певне конструктивне русло та забезпечувати її єдність є зазвичай прерогативою лише вищих судових органів. З одного боку, внаслідок реформаційних процесів була суттєво обмежена підсудність Верховного Суду України та повноваження щодо узагальнення судової практики, а з іншого – було надано право створювати своєрідні прецеденти, що є обов'язковими для всіх судів України.

Як відомо, судовий прецедент як джерело права в Україні існував в доволі обмежених формах. Лише рішення Європейського суду з прав людини однозначно мали характер прецедентів. Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» практика Європейського Суду, тобто його прецедентне право, офіційно визнана джерелом права України (ст. 17). Постанови Пленуму Верховного Суду України носили по суті рекомендаційний характер для того щоб встановити єдиний підхід до правозастосування, а суди не мали права керуватися постановами Пленуму для обґрунтування своїх судових рішень, проте у мотивувальній частині своїх вироків, ухвал чи постанов могли, за необхідності, зазначати про врахування ними офіційних роз'яснень Пленуму. Та й саме прецедентне право формується шляхом винесення конкретних рішень по конкретних справах, а не шляхом узагальнення практики окремих категорій справ.

За останні роки, ситуація в плані застосування судового прецеденту кардинально змінилася. Закон України «Про судоустрій і статус суддів»стаття 13 передбачає обов'язковість урахування (преюдиційність) судових рішень для інших судів, а Розділ XII «Прикінцеві положення»

вніс в процесуальне законодавство суттєві зміни. Постанови Пленуму Верховного Суду щодо неоднакового застосування норм матеріального права судами касаційної інстанції стали обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності те чи інше положення нормативно-правового акта, неоднаково застосоване в процесі розгляду справи у касаційному порядку, а також для всіх судів України. На суди було покладено обов'язок привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду. Подібна позиція законодавця свідчить про певні кроки в бік визнання судового прецеденту за рішеннями вищої судової інстанції України. Для країн романо-германської правової сім'ї це є не такою вже й рідкісною практикою на фоні поступового зближення правових систем. Зокрема, правом створювати прецеденти наділений Верховний Суд ФРН. На думку деяких авторів, лише надання права вищим судовим інстанціям створювати судові прецеденти є ефективним інструментом забезпечення однакового застосування норм законодавства судами, роз'яснення ж пленумів є рекомендаційними, а не обов'язковими і тому, на практиці, не завжди ефективними (Пошва Б. М. Судовий прецедент: проблеми запровадження вУкраїні:[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/).Відповідно до чинного законодавства Верховний Суд України позбавлено можливості узагальнювати судову практику й приймати відповідні постанови Пленуму Верховного Суду України. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» натомість надав в п.2 ст. 44-1 судовим палатам вищого судового органуправо «аналізувати судову статистику та вивчати судову практику». Узагальнення судової практики наразі є прерогативою вищих спеціалізованих судів. З огляду на це, видається недоцільним надавати такі повноваження ще й вищій судовій установі. Адже тоді незрозуміло, як будуть узгоджуватися між собою такі узагальнення. Судову практику, як вбачається, повинна узагальнювати установа, яка постійно стикається у своїй діяльності з такими справами і ними є вищі спеціалізовані суди. Крім того прецедент, як було визначено вище, є більш дієвим та ефективним інструментом забезпечення єдності судової практики ніж роз'яснення.

В практику роботи Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ, ввійшла можливість видання листів з переліками судових прецедентів Верховного Суду України. Також важливе практичне значення має оприлюднення постанов Верховного Суду на офіційних порталах вищих судових установ країни. Так, останнім часом були сформовані прецеденти, що стосуються права власності, житлового, земельного, трудового права (Лист ВСС від 16.01.2012. «Перелік судових прецедентів з цивільних справ»). Цими прецедентами були фактично сформовані обов'язкові для усіх судів України правові позиції зі спірних питань. Наступним кроком в розвитку та офіційного визнання судового прецеденту, може бути надання судам можливості *керуватися*

рішеннями Верховного суду при здійсненні правосуддя, адже лише тоді їх можна буде назвати з повним правом власне прецедентами. Постанова Пленума Вищого господарського суду України від 23.03.2012 № 6 «Про судове рішення» визначає в п. 8 лише, що «У разі необхідності в мотивувальній частині рішення суд може зазначити про *урахування* ним рішення Верховного Суду України, прийнятого за наслідками розгляду заяви про перегляд судових рішень господарських судів з підстав, передбачених статтею 111-16 ГПК».Тобто, на сьогодні це питання є ще недостатньо визначеним.

Зрозуміло, що у зв'язку зі звуженням підсудності вищого судового органу ці прецеденти не здатні суттєво впливати на судову практику в країні. Прецедент може бути створений лише з приводу неоднакового застосування норм матеріального права судами касаційної інстанції. Якщо справа не доходить до вищих спеціалізованих судів, то вона автоматично залишається поза увагою Верховного суду України. Залишатиметься вона поза увагою і в разі неоднакового застосування норм процесуального права. Тому наступними кроками щодо реанімації та удосконалення вищої судової установи і, відповідно, розширення впливу судових прецедентів може бути розширення підсудності Верховного Суду.

Нестерчук Л. П.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», ассистент кафедры организации судебных и правоохранительных органов

СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ «КОНСТИТУЦИОННАЯ ЮСТИЦИЯ» И «КОНСТИТУЦИОННАЯ ЮРИСДИКЦИЯ»

Юридическим фундаментом для построения правового государствав Украине являетсяКонституция как Основной Закон.В научной литературе неоднократно исследовалисьвопросыконституционной юрисдикции в Украине такими авторами, как Евграфовым П. Б., Козюброй М. И., Мартыненко П. Ф., Марцелякой О. В., Мироненко О. М., Муравьёвым Г. О., Погорелко В. Ф., Савенко М. Д., Селивановым А. О., Скоморохой В.Є., Тимченко І.А., Тихим В. П., Тодикой Ю. М., Шаповалом В. М., Шемшученко Ю. С., Юзьковым Л. П.

В юридической литературе, которая носит характер специальной, термину «юрисдикция» соответствует несколько значений. Следует отметить, что юрисдикционная деятельность не ограничивается лишь функцией осуществления правосудия, в соответствии с Конституцией Украины юрисдикция судов распространяется на все правоотношения, которые возникают в государстве (ч. 2 в. 124) и законодательством Украины закреплены определеные юрисдикционные полномочия и по другим субъектам. Понятие «юрисдикция» следует отмежевывать от понятий «подведомственность» и «подчиненность». Если юрисдикция является видом

государственной деятельности, то подведомственность – круг вопросов, которые отнесены к компетенции соответствующего органа.

М. В. Витрук характеризует конституционную юрисдикцию как составную часть конституционной юстиции (конституционного правосудия). М. В. Тесленко конституционную юрисдикцию в Украине рассматривает как осуществление государственной власти специально уполномоченным Конституцией Украины органом – Конституционным Судом Украины: решение вопросов о соответствии Конституции Украины (конституционность) законов и других правовых актов, выявление, констатация и устранение их несоответствия Конституции Украины. О. М. Мироненко отмечает, что конституционная юрисдикция в Украине – это, в первую очередь, компетенция Конституционного суда, и только потом – круг полномочий того или другого государственного органа в сфере правовой оценки конкретного юридического факта с точки зрения его соответствия конституции государства.

Например, в США и в странах, где суды общей юрисдикции имеют право осуществлять функцию конституционного контроля, рассмотрение дел происходит с обычной судебной процедурой. А конституционные советы, как несудебные органы, в своей деятельности могут применять особенную, иногда упрощенную процедуру. В странах, где функцию конституционного контроля осуществляют конституционные суды, эти органы наделены специальной конституционной юрисдикцией, которая реализуется путем осуществления самостоятельного судопроизводства – конституционного судопроизводства.

В соответствии с ч. 1 ст. 147 Конституции Украины Конституционный Суд Украины является единственным органом конституционной юрисдикции в Украине. И согласно ст.ст. 124, 144 Конституции Украины все другие вопросы о конституционности правовых актов, которые не относятся к юрисдикции Конституционного Суда Украины, решаются судами общей юрисдикции. Кроме того, этот вид деятельности суды общей юрисдикции осуществляют, как правило, в процессе рассмотрения дел, предметом которых являются административные, гражданские, хозяйственные правоотношения юрисдикция – подведомственность суду. Однако суды общей юрисдикции не могут, применяя Конституцию как акт прямого действия, признавать неконституционными законы или другие правовые акты.

Осуществляемое Конституционным Судом Украины конституционное судопроизводство является самостоятельным видом судопроизводства, которое отличается от других видов судопроизводства следующими признаками: 1) предметом рассмотрения; 2) кругом участников; 3) правовой природой его решений; 4) особенностями осуществлений по отдельным категориям дел.

Следовательно, Конституционный Суд Украины можно называть и органом конституционной юрисдикции, и органом конституционной

юстиции, который осуществляет судебный конституционный контроль в Украине с помощью специально установленной законодательством Украины судебной процедуры – конституционного судопроизводства. При характеристике Конституционного Суда Украины как органа конституционной юстиции целесообразно рассматривать его как один из судебных органов, на которые возложено осуществление конституционного правосудия в соответствии с Конституцией Украины и других законодательных актов Украины.

Все же по вопросам деятельности единственного органа конституционной юрисдикции в Украине остается нечеткость и неопределенность. В частности, это касается понятия «конституционная юстиция» и отмежевывання его от смежных терминов. Существующие одиночное определение понятия «конституционная юстиция» свидетельствует о неоднозначности его понимания, а также о замене его другими терминами.

Согласно словарю, подготовленному П. Шляхтуном, конституционная юстиция – это особенного рода судебные органы – конституционные суды или квазисудебные органы и их деятельность из осуществления конституционного контроля. Следовательно, при определении конституционной юстиции часто употребляют такие термины как конституционная юрисдикция, конституционное правосудие и конституционный контроль. Проанализировав существующие взгляды на определение понятия «конституционной юстиции» можно дать ему такое определение: 1) в институционном аспекте – это орган (или совокупность органов), наделенный специальной конституционной компетенцией (юрисдикцией); 2) в функционально-процессуальном аспектов этот орган осуществляет, в частности, функцию специализированного конституционного контроля через конституционное судопроизводство;3) в содержательном аспектов это деятельность такого органа из обеспечения прав и основополагающих свобод человека и верховенства Конституции в сочетании с гармоничным взаимодействием с мировым содружеством.

Курганський О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ АДВОКАТСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

На сьогоднішній день в законодавстві України стосовно адвокатури існують певні недоліки, що безумовно позначається на роботі всієї адвокатської системи. Головним завданням, що стоїть перед українською владою, є інтенсивне впровадження Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» на практиці, який має ліквідувати всі прогалини та розбіжності в законодавстві.

Визначення адвокатського самоврядування як гарантованого державою права адвокатів самостійно вирішувати питання організації та діяльності адвокатури в порядку, встановленому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» можна вважати як законодавче закріплення одного з найважливіших факторів забезпечення принципу незалежності адвокатської професії. А передача функції формування складу адвокатського співтовариства до повноважень органів, що складаються виключно із адвокатів, пряма заборона на входження до таких органів осіб, що не має свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю практичне відокремлення адвокатури від органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, на відміну від того, що раніше існував, порядку формування КДК адвокатури.

Адвокатура за своєю природою є особливим, який не піддається чіткої класифікації суспільний інститут, що поєднує в собі різноманітні риси професійної, суспільної, корпоративної та іншої організації. Її функціонування потребує особливого нормативного регулювання, що зважає на специфіку професійної правозахисної діяльності.

У процесі аналізу функціонування органів адвокатського самоврядування України вдалося виявити ряд достатньо вагомих змін в їх організації та діяльності, що потребують подальшого розвитку на практиці. Основною особливістю діючого закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в галузі визначення системи органів адвокатського самоврядування є відокремлення всіх органів адвокатури від органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, встановлення можливості самостійно, без участі їх представників формувати склад адвокатського співтовариства. Особливої уваги заслуговує двоступеневий поділ органів адвокатського самоврядування на національний рівень та регіональний. Важливо зазначити, що значною новацією в системі органів адвокатського самоврядування є створення Національної асоціації адвокатів України в системі органів адвокатури в Україні, функціонування якої має неабияке значення для адвокатури. Метою діяльності НААУ, як центрального органу адвокатського самоврядування є об'єднання зусиль адвокатів з метою побудови сильної правової держави, підвищення авторитету адвокатури в нашому суспільстві та в світі, зростання якості юридичної допомоги, надаваної громадянам, установам, організаціям (у тому числі іноземним фізичним і юридичним особам), підтримки індивідуальної адвокатської практики, пошана та захист історичних традицій, налагодження та поглиблення міжнародних зв'язків зі світовим співтовариством та органами адвокатури іноземних держав тощо. Одночасно встановлюється що НААУ об'єднує всі органи адвокатського самоврядування в єдину та цілісну систему. Цікавим є той факт, що при отриманні свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю кожен адвокат автоматично приймає на себе права та обов'язки члена НААУ. З приводу «автоматичності» продо-

вжують точитися суперечки відносно співвідношення такого положення з незалежністю та самостійності адвокатської професії.

Однак є положення нормативної бази, що регламентує діяльність адвокатського самоврядування, які викликають деякі запитання щодо доцільності їх введення. Цікавим є той факт, що КДК в нинішній реінкарнації наділені не повним обсягом повноважень щодо формування адвокатського співтовариства, а лише приймає кваліфікаційний іспит, а рішення щодо видачі свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю приймає рада адвокатів регіону, що не є характерним повноваженням для представницьких органів. Також викликає питання той факт, що нинішній варіант Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачив для з'їзду адвокатів України можливість, а точніше обов'язок, утворити НААУ, можливість же реорганізації такої органу не передбачена, а ліквідація взагалі передбачена лише на підставі закону, що, на наш погляд, значно скорочує вибір адвокатського співтовариства в обранні форм адвокатського самоврядування. Окремо слід вказати на деяке розширене трактування змісту Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в статутних документах НААУ та актах, що були видані вищими органами адвокатського самоврядування. Згідно з ч.2 ст. 58 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокати, право на заняття адвокатською діяльністю яких зупинено, звільняються від сплати щорічних внесків адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування на період зупинення такого права. Але п. 2.7 Положення про внески на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування, яке було затверджене рішенням Ради адвокатів України № 72 від 16 лютого 2013 р. вказує на те, що адвокати, право на заняття адвокатською діяльністю яких було зупинено, після поновлення такого права сплачують щорічний внесок за рік, в якому таке право поновлено у повному обсязі. Спостерігається явне порушення вимог Закону в діях Ради адвокатів України при виданні подібного акту. Викликає також подив відсутність кореляції розмірів щорічного внеску в залежності від дати видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльності, так п.2.6 вищевказаного положення акцентує, що особи, які склали присягу адвоката України та отримали свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, сплачують щорічний внесок у повному розмірі, незалежно від того, в якому місяці поточного року таке свідоцтво отримано. Додає кінцевих штрихів п. 2.11, де вказано, що у разі зупинення чи припинення права на заняття адвокатською діяльністю сплачені адвокатом щорічні внески за рік, в якому відбулось таке зупинення чи припинення, не повертаються, а залишаються у розпорядженні Національної асоціації адвокатів України та відповідної ради адвокатів регіону. Такий порядок фінансових відносин між адвокатами та органами адвокатського самоврядування, здається не досить демократичним та здійснюваним на паритетних умовах.

Храпенко О. О.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів,
кандидат юридичних наук

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ АДВОКАТУРИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

Багаторічні спроби реформування адвокатури в Україні нарешті знайшли свою реалізацію у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон). Але і досі ведеться мова про подальше реформування адвокатури відповідно до міжнародних стандартів та виконання взятих на себе Україною міжнародних зобов'язань. Як і раніше, головною метою діяльності адвокатури є забезпечення надання адвокатами високоякісної професійної правової допомоги.

Основними новелами Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» є:

1. Створення системи органів адвокатського самоврядування та Національної асоціації адвокатів України.

Створення органів адвокатського самоврядування є одним з позитивних нововведень, пропонованих Законом та безумовно дає можливість адвокатам самостійно вирішувати проблеми організації та діяльності адвокатури. В свою чергу, створення Національної асоціації адвокатів України викликає багато суперечок та критики. НААУ є недержавною некомерційною професійною організацією, яка об'єднує всіх адвокатів України та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування. Таким чином, членство у НААУ для адвокатів України є обов'язковим. Прихильники цієї новели серед аргументів відзначають, що створення такої асоціації обговорювалось протягом багатьох років та буде служити гарантією незалежної діяльності адвокатури в Україні. Супротивники, посилаючись на Конституцію України, яка наголошує, що ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян, пропонують зацікавити адвокатів самостійно прагнути стати членами НААУ, впроваджуючи відповідні заохочення.

2. Створення Єдиного реєстру адвокатів України.

Ще одною новелою є створення реєстру, який призначений для збору, зберігання, обліку та надання достовірної інформації про адвокатів України, адвокатів іноземних держав, які отримали право на адвокатську діяльність в Україні, у обраних адвокатами організаційних формах адвокатської діяльності. Обов'язок ведення Реєстру покладено на Раду адвокатів України. Все це, безсумнівно, забезпечить здатність адвокатури самостійно вирішувати питання своєї діяльності та є одним із аспектів реалізації принципу гласності у діяльності адвокатури.

3. Стажування для осіб, які бажають стати адвокатами.

Поява шестимісячної стажування для осіб, які бажають стати адвокатами і вже здали кваліфікаційний іспит э важливим кроком для підвищення професійного рівня майбутніх адвокатів. Такий етап допуску до професії буде тільки корисний для охочих стати адвокатами, до того ж, це непоганий «контроль якості». Стажування проходитиме у чинного адвоката зі стажем роботи не менше 5 років.

4. Введення відповідальності за ненадання відповіді на адвокатський запит.

Адвокатським запитом є письмове звернення адвоката до органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, підприємств, установ і організацій, громадських об'єднань про надання інформації, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнту. Тобто це «потужна зброя» в руках адвоката. Крім того, встановлено відповідальність за ненадання такої відповіді, за неповне або несвоєчасне його надання.

5. Визначення порядку накладення дисциплінарних стягнень на адвокатів.

Закон детально регламентує питання дисциплінарної відповідальності адвокатів. Велику увагу приділено деталізації процедури притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності, що є безсумнівним плюсом документа. Встановлюється перелік дисциплінарних проступків, за які адвокат може бути притягнутий до відповідальності (порушення вимог про несумісність адвокатської діяльності; порушення присяги; порушення правил адвокатської етики; розголошення адвокатської таємниці; невиконання або неналежне виконання своїх службових обов'язків та ін.) Види дисциплінарних стягнень, загалом, залишилися колишніми: попередження, зупинення права заняття адвокатською діяльністю (від 1 місяця до 1 року); позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю. Деякі експерти вважають, що збереження в якості дисциплінарного стягнення тимчасового зупинення права на заняття адвокатською діяльністю не є обґрунтованим, оскільки це, по суті, анахронізм. До того ж, у практичній діяльності завжди виникає питання про передачу справ адвоката, покараного таким способом. Критикують і положення про те, що ініціювати дисциплінарне провадження щодо адвоката може будь-яка особа, якій відомо про його неправомірну поведінку виходить, що будь-яка особа, якій адвокат чимось неугодний, може звернутися із заявою у відповідну кваліфікаційно-дисциплінарну комісію, що нівелює принцип незалежності адвокатури. Очевидно, доцільніше було б встановити вичерпний перелік осіб, які мають право на такі заяви (наприклад, клієнт, керівництво органів адвокатського самоврядування, суд і т. д.).

6. Порядок допуску адвокатів-іноземців до адвокатської діяльності в Україні.

Також новим для вітчизняного законодавства є допуск до адвокатської діяльності в Україні адвокатів-іноземців. Адвокат іноземної держа-

ви отримує право на адвокатську діяльність в Україні з моменту включення відомостей про нього до Єдиного реєстру адвокатів України. Адвокат іноземної держави може здійснювати адвокатську діяльність в Україні з урахуванням особливостей, визначених цим Законом. Для цього слід звернутись до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за місцем проживання чи перебування в Україні із заявою про включення до Єдиного реєстру адвокатів України. До заяви додаються документи, що підтверджують право такого адвоката на заняття адвокатською діяльністю у відповідній іноземній державі. Перелік таких документів затверджується Радою адвокатів України.

Безумовно, повинен пройти час, щоб висвітлити на практиці всі плюси та мінуси нового Закону, але вже зараз можна відмітити позитивні риси, як для адвокатів так і для їх клієнтів.

Кривенко О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

Досліджуючи шляхи розвитку трудових прав, пов'язаних з проходженням служби в органах прокуратури, необхідно визначити праву природу відносин, що виникають у зв'язку зі вступом громадян на службу до органів прокуратури і на основі норм яких галузей права здійснюються правове регулювання трудової діяльності працівників прокуратури України.

В рамках здійснення реформування правової бази слід враховувати міжнародні стандарти і підходи до сфери дії норм трудового права і розповсюдження їх на всіх працівників, включаючи працівників прокуратури. Не має єдиного підходу до визначення правої природи відносин, що складаються між державним органом і громадянином України у зв'язку з реалізацією ним права на здійснення трудової діяльності в системі органів прокуратури, що обумовлює непорозуміння з приводу можливості застосування норм трудового права для правового регулювання діяльності працівників прокуратури. У зв'язку з цим великого значення набуває вирішення проблеми визначення галузевої приналежності норм, що регулюють трудову діяльність працівників прокуратури і питання приналежності працівників прокуратури до кола суб'єктів трудового права.

Серед науковців немає єдиної точки зору на питання галузевої приналежності правовідносин державної служби і працівників прокуратури, зокрема.

Значний вплив на регулювання правовідносин працівників прокуратури здійснюють норми адміністративного права, бо виходячи з поло-

жень чинного законодавства, працівники прокуратури входять до числа суб'єктів адміністративного права, а державна служба є одним з інститутів цієї галузі права. Поряд з тим, певні питання організації служби не входять до предмету адміністративного права, а саме, питання виникнення, зміни та припинення трудових правовідносин, соціально-правових гарантій захисту трудової діяльності працівників прокуратури та інші питання, що виникають у зв'язку з реалізацією громадянами України права на трудову діяльність в системі органів прокуратури України. Зазначимо, що вступаючи на службу до органів прокуратури, громадянин реалізує свою здатність до праці і набуває правового статус працівника прокуратури, а отже правовідносини, учасником яких він виступає, є трудовими і є сферою дії норм трудового законодавства.

Вперше це питання було досліджено ще в середині минулого століття, при чому науковці мають різні думки щодо визначення предметом якої галузі права є названі правовідносини.

Дехто з науковців вважає, що відносини державної служби регулюються нормами як адміністративного, так і трудового права з певними особливостями. «Поступаючи на державну службу трудящі вступають у правовідносини, котрі регулюються нормами трудового права, бо діяльність державних службовців проходить в умовах певного трудового розпорядку; розпорядження адміністрації є для них обов'язковими; порушення трудової дисципліни призводять до дисциплінарної відповідальності; праця відплачувана й сплачується за її кількістю і якістю; робочий час регулюється законом; державному службовцю забезпечене право на відпочинок, тощо».

Слід зазначити, що серед науковців представників галузі трудового права таке трактування цього питання є найбільш розповсюдженим. Наприклад, Р.З. Лівшиц вважає, що «адміністративне право регулює частину організаційних (управлінських) відносин і ці ж відносини в сфері праці складають предмет трудового права».

В ст.1 Кодексу законів про працю України встановлено, що його норми поширюються на регулювання трудових відносин всіх працівників. В Законі України «Про прокуратуру» статус прокурорів і слідчих визначається як «працівник», наприклад в ст.6 п.6 зазначено: «працівники прокуратури не можуть належати до будь-яких політичних партій чи рухів», або в ст.7 п.2 «вплив у будь-якій формі на працівника прокуратури..» та ін. З цього виходить, що трудова діяльність працівників прокуратури України регулюється нормами чинного законодавства про працю. Слід відзначити, що Закон України «Про державну службу» визначив державну службу в Україні як професійну діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті по практичному виконанню завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів.

Принципово важливим є визначення державної служби як професійної діяльності на певній посаді, що дає можливість визначити її як трудову діяльність і визнати працю державних службовців як найману. Крім того, в ст.3 Кодексу законів про працю України зазначається, що «законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності і галузевої належності».

Отже, ми бачимо, що законодавець відносить державних службовців, і працівників прокуратури, зокрема, до числа суб'єктів трудового законодавства і визначає, що правовідносини державної служби підпадають під дію норм трудового законодавства з урахуванням особливостей, що визначаються спеціальними нормами, враховуючи специфіку даних правовідносин.

Калашник О. А.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів

МІСЦЕ І РОЛЬ МІСЦЕВИХ ЗАГАЛЬНИХ СУДІВ У СУДОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

З проголошенням незалежності Україна взяла курс на побудову держави, у якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності. Зазначена обставина зумовила необхідність створення дієвого механізму захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина. Особливе місце у вказаному механізмі займають суди, так як вони розв'язують конфлікти у притаманний виключно для них спосіб – шляхом здійснення правосуддя, ефективність і справедливість якого багато в чому залежить від правильності побудови та організації діяльності судової системи у державі.

Відповідно до ч. 3 ст. 124 Конституції України судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції.

Сучасна система судів загальної юрисдикції складається з таких ланок: місцеві суди (міські, районні, районні у містах, міськрайонні суди, господарські суди Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя; окружні адміністративні суди), апеляційні суди, вищі спеціалізовані суди, Верховний Суд України (Судоустрій України: підручник/ С.В. Ківалов, Ю.Є. Полянський, М. В. Косюта, В. В. Долежан; за ред. С.В. Ківалова. 2011, с. 40).

На підставі ч. 1 ст. 18 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення.

Зі змісту вказаної норми, а також побудови системи судів загальної юрисдикції за принципом спеціалізації випливає, що на сьогодні в Україні усі суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді певних категорій справ. Тобто, поряд з господарськими та адміністративними спеціалізованими судами з'явилася ще одна система спеціалізованих судів, що розглядають цивільні, кримінальні справи, а також справи про адміністративні правопорушення. Низову ланку вказаної системи становлять місцеві загальні суди.

Необхідно звернути увагу на те, що терміни «суди загальної юрисдикції» та «загальні суди» є співзвучними, що дає підстави для їх неправильного сприйняття і ототожнення, а тому вважаємо, що законодавцем не досить вдало обрано назву судів першого рівня нової вертикалі спеціалізованих судів.

Місцевими загальними судами є міські, районні, районні у містах та міськрайонні суди, що відповідно до ч. 2 ст. 22 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» розглядають цивільні, кримінальні, адміністративні справи, а також справи про адміністративні правопорушення у випадках та порядку, передбачених процесуальним законом, а саме:

– справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин (ч. 1 ст. 15 Цивільного процесуального Кодексу України);

– адміністративні справи, у яких однією зі сторін є орган чи посадова особа місцевого самоврядування, посадова чи службова особа органу місцевого самоврядування, крім тих, які підсудні окружним адміністративним судам, усі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності; усі адміністративні справи щодо спорів фізичних осіб з суб'єктами владних повноважень з приводу обчислення, призначення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат та пільг дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг; адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби щодо виконання ними рішень судів у справах, підсудним місцевим загальним судам як адміністративним судам; адміністративні справи щодо примусового повернення в країну походження або третю країну та примусового видворення іноземців та осіб без громадянства за межі території України (ч. 1 ст. 18 Кодексу адміністративного судочинства України);

– справи про адміністративні правопорушення відповідно до ст. 221 Кодексу України про адміністративні правопорушення;

– відповідно до Кримінального процесуального кодексу України місцеві загальні суди як суди першої інстанції розглядають усі без винятку кримінальні провадження.

Зі змісту викладеного випливає, що на місцеві загальні суди припадає основне судове навантаження, оскільки вони розглядають як суди першої інстанції усі без винятку кримінальні та цивільні справи, а також підвідомчі їм справи про адміністративні правопорушення та віднесені процесуальним законом до їх підсудності адміністративні справи. Також характерною особливістю місцевих загальних судів є їхнє розташування у кожному районі, місті (яке не має районного поділу) або районі міста, а тому вони є найбільш наближеними до населення.

Вказане якісно відрізняє місцеві загальні суди від місцевих господарських судів і місцевих адміністративних судів, що створені і функціонують лише в обласних центрах, столиці Автономної Республіки Крим, містах Києві та Севастополі і не наділені такою широкою юрисдикцією, та визначає їхнє місце у судовій системі України.

Крім того слід підкреслити, що саме у місцевому загальному суді пересічні громадяни вперше знайомляться з правосуддям, а тому від того наскільки справедливо, неупереджено та своєчасно місцевим загальним судом буде розглянуто і вирішено справу залежить формування і підтримання авторитету судової гілки влади у суспільстві. Крім того здійснення судочинства судами вищих інстанцій неможливе без попереднього вирішення справи місцевим загальним судом, а тому саме розгляд справи у ньому складає основу здійснення правосуддя, його основну частину.

Підсумовуючи викладене, варто ще раз звернути увагу на те, що незважаючи на певний відступ від принципу спеціалізації та покладення розгляду різних категорій справ, місцеві загальні суди є спеціалізованими судами. На нашу думку, така позиція законодавця є виправданою та повністю узгоджується з ч. 1 ст. 125 Конституції України. До того ж у подальшому у разі збереження існуючого підходу до розуміння принципу спеціалізації не виключена можливість реформування місцевих загальних судів.

Билиця І.О.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів

ДОТРИМАННЯ ПРОКУРОРАМИ ЕТИЧНИХ ПРАВИЛ ПОВЕДІНКИ ЯК ПЕРЕДУМОВА ПІДВИЩЕННЯ РІВНЯ ДОВІРИ ГРОМАДЯН ДО ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ

Слід відзначити, що нажаль сьогодення характеризується досить низьким рівнем довіри пересічних громадян до прокуратури. За даними досліджень Центру Разумкова, серед населення України частка тих, хто повністю підтримує роботу прокуратури, знизилася з 9,4 %, що зафіксова-

них у квітні 2010 року, до 7,4 % зафіксованих у березні 2013 року, а частка населення країни, що взагалі не підтримує діяльність прокуратури у 2013 році підвищилася до 54,2 %, що є одним з найбільших показників з 2005 року. На зниження рівня довіри громадян значною мірою справляють вплив такі об'єктивні чинники, як насамперед, наявність фактів корумпованості працівників прокуратури, недостатнє висвітлення позитивних результатів їх діяльності в засобах масової інформації, при цьому негативний ефект особливо підсилюється тим, що саме факти негідної поведінки прокурорів з більшим завзяттям висвітлюються мас-медіа, а ніж їхні здобутки у боротьбі зі злочинність. Ще одним з факторів є легковажне ставлення працівників цього правоохоронного органу до положень нещодавно прийнятого Кодексу професійної етики та поведінки працівників прокуратури.

Отже проблема формування належного рівня довіри у пересічних громадян до працівників прокуратури та до органу в цілому, безумовно, вимагає вирішення цілого комплексу питань.

На наш погляд слід зупинитися на проблемі визначення дії Кодексу професійної етики та поведінки працівників прокуратури за колом осіб. Стаття 2 цього Кодексу визначає точний перелік осіб на яких поширюється дія його положень, а саме це всі працівники органів прокуратури, науково-навчальних закладів та інших установ прокуратури, які мають класні чини, стажистів на посадах прокурорів прокуратури або слідчих. Здається доцільним включити до цього переліку ще одну категорію осіб, а саме працівників прокуратури, що вийшли на пенсію. Це було би правильним виходячи з того, що навіть перебуваючи на пенсії, ці особи мають певні привілеї, як колишні працівники прокуратури, мають право носити форму, перебувають у відповідному класному чині, тому відповідно й залишаються так би мовити її «обличчям у відставці». Зрозуміло, що всі правила передбачені цим Кодексом, вони не зможуть виконувати, але дотримуватися певних принципів професійної етики та поведінки працівників прокуратури вони зможуть навіть у повсякденному спілкуванні з людьми. Це в свою чергу, зможе підвищити авторитет прокуратури серед пересічних громадян.

Вже йшлося про те, що найважливішу роль у формуванні уявлень про діяльність прокуратури в населення та її престижу відіграють засоби масової інформації. Вони здатні подібно до прожектора «висвітлювати» проблеми, труднощі та недоліки в діяльності прокуратури і виносити їх на суд громадськості, показувати досягнуті результати, але вони можуть подібно до «кривого зеркала» давати спотворене віддзеркалення нелегкої праці прокурорських працівників, акцентуючи увагу на недоліках та ігноруючи досягнення в боротьбі зі злочинністю (Настольная книга прокурора. Колектив авторов. М., 2002. – 840 с.).

Будуючи взаємовідносини із засобами масової інформації органи прокуратури в першу чергу мають спиратися на положення передбачені в Законі України «Про прокуратуру», наказами Генерального прокурора України, а також на етичні принципи спілкування, що закріплені в Кодексі професійної етики та поведінки працівників прокуратури. В статті 24 цього Кодексу щодо взаємовідносин прокурора із представниками засобів масової інформації, записане слідуюче: «працівник прокуратури повинен з повагою ставитися до діяльності представників засобів масової інформації щодо висвітлення роботи органів прокуратури, а також сприяти їм в отриманні достовірної інформації в установленому законом порядку. Утримуватися від офіційних висловлювань, міркувань та оцінок з питань, розгляд яких не належить до його компетенції. Дотримуватися етики публічних виступів і вимог щодо надання службової та конфіденційної інформації. Офіційні (письмові та усні) виступи працівника прокуратури у засобах масової інформації мають бути достовірними та виваженими, зважаючи на те, що вони можуть розцінюватись як офіційна позиція прокуратури, а дискусії вестися у коректній формі, не підриваючи авторитету органів прокуратури».

Доречно з цього приводу зазначає професор Долежан В. В., що встановлення довірливих, партнерських стосунків із журналістами йде на користь обом сторонам, будь-які прояви зневаги або ворожого ставлення до органів масової інформації на зразок «не хочу з вами розмовляти, бо ви однак перекрутите» часто викликають негативну реакцію у відповідь, а це у свою чергу, збільшує кількість негативних відгуків про діяльність органів прокуратури в засобах масової інформації. Проте коли представники мас-медіа дозволяють собі явно наклепницькі твердження стосовно прокурорів, останні не мають права відмовчуватися і, проявляючи принциповість, мусять домагатися спростування неправдивих відомостей і навіть звертатися із цією метою до суду.

Запровадження та безумовне дотримання представниками прокуратури високих стандартів етичної поведінки, які закріплені в Кодексі професійної етики та поведінки працівників прокуратури, повинно стати важливою передумовою для підвищення рівня довіри з боку пересічних громадян до них.

Грічун Г. С.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів

ПРАВОВИЙ СТАТУС СЛІДЧОГО СУДДІ В УКРАЇНІ

На сучасному етапі судово-правової реформи в Україні, яка здійснюється у напрямку реалізації прийнятого на себе державного обов'язку захисту прав і законних інтересів людини і громадянина, особлива роль

належить судовій владі. Тенденції розвитку вітчизняного законодавства свідчать про посилення гарантій прав осіб, які приймають участь в кримінальному процесі, та поступове розширення повноважень суду на досудовому провадженні по кримінальній справі.

Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 року з численними змінами та доповненнями функцію контролю за дотриманням прав сторін кримінального провадження під час досудового слідства здебільшого покладав на органи прокуратури. Саме прокурори мали за законом більшу частину повноважень здійснювати нагляд за законністю ведення досудового слідства в цілому та вчинення окремих слідчих дій.

Зі здобуттям Україною незалежності актуальною для свого впровадження у законодавство стала тенденція застосування судового контролю за веденням досудового слідства, і надання виключно суду питань, які стосуються обмеження прав і свобод особи під час досудового слідства. Наслідками цього стали зміни до Кримінально-процесуального кодексу 1960 року щодо надання можливості особі оскаржити у судовому порядку постанову про порушення кримінальної справи; щодо надання дозволу на проведення обшуку у житлі особи виключно судом, а також щодо вирішення виключно судом питання про застосування до особи запобіжного заходу у виді взяття під варту.

Втім, головну роль у контролі за дотриманням законності в ході досудового слідства продовжувала відігравати прокуратура як орган, який був останньою інстанцією, куди певна особа могла звернутися зі скаргою на дії слідчого стосовно більшості аспектів ведення досудового слідства, а судовий контроль з цих питань міг здійснюватися лише з часу надходження кримінальної справи на розгляд до суду.

Однією з новацій після прийняття нового КПК є суттєве розширення функції суду щодо контролю за дотриманням прав і свобод сторін кримінального провадження під час досудового розслідування, а також запровадження з цією метою інституту слідчого судді, як особи, яка спеціально уповноважується на здійснення такого контролю.

Основним призначенням слідчого судді є здійснення судового захисту прав і законних інтересів осіб, які приймають участь в кримінальному процесі, та забезпечення законності провадження по справі на досудових стадіях. Це зумовлює специфічний характер виконуваної ним кримінально-процесуальної функції, яка визначена як забезпечення законності та обґрунтованості обмеження конституційних прав і свобод людини на досудовому провадженні по кримінальній справі.

Відповідно до п. 18 ст. 3 КПК України слідчий суддя – суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та у випадку, передбаченому статтею 247, – голова чи за його визначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республі-

ки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя. Слідчий суддя (слідчі судді) у суді першої інстанції обирається зборами суддів зі складу суддів цього суду.

Відмінність між цими слідчими суддями полягає у тому, як вони призначаються. Слідчий суддя місцевого суду обирається зборами суддів даного суду, а щодо слідчих суддів апеляційних судів, – законодавець за посадою визначив, що ним є голова апеляційного суду. Інші судді даного суду також можуть виконувати ці функції, але вже за наказом голови даного суду.

Інше, що відрізняє ці дві категорії – це те, що слідчі судді місцевих судів розглядають всі клопотання: як щодо проведення гласних, так і щодо негласних слідчих дій, а слідчі судді апеляційних судів мають обмежену компетенцію щодо розгляду клопотань, що передбачає дачу дозволу на проведення тільки негласних слідчих (розшукових) дій, і то не усіх.

Повноваження слідчого судді визначаються виконуваною ним функцією. Умовно ці повноваження доречно класифікувати на наступні групи:

– щодо вирішення питання про застосування заходів кримінально-процесуального примусу;

– щодо розгляду скарг на дії (бездіяльність) та рішення особи, яка проводить дізнання, слідчого та прокурора;

– щодо вирішення питання про проведення слідчих дій, які обмежують конституційні права і свободи людини;

– інші повноваження (зокрема, спрямовані на забезпечення процесуальних прав учасників кримінального провадження, а також на вирішення питання про визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами).

Виходячи із призначення слідчого судді, всі слідчі та інші дії, які обмежують конституційні права людини, повинні проводитися виключно за його рішенням. Тому й в тих невідкладних випадках, коли слідчий має право провести процесуальні дії без відповідного рішення слідчого судді, останній має бути негайно повідомлений про них і з урахуванням конкретних обставин прийняти рішення про визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами.

Будучи гарантом забезпечення прав і свобод людини на досудовому провадженні по кримінальній справі, слідчий суддя повинен мати такі важелі, які б надавали йому реальну можливість здійснювати контроль за законністю провадження, у зв'язку з чим в роботі пропонується віднести до компетенції слідчого судді й наступні повноваження, пов'язані із забезпеченням прав учасників кримінального процесу: вирішення питання про допуск захисника до участі у справі у разі відмови слідчого, відвід захисника та прийняття відмови захисника від виконання обов'язків; здійснення контролю при ознайомленні учасників з матеріалами кримінальної справи; прийняття рішення про забезпечення безпеки осіб, які приймають участь у провадженні по кримінальній справі тощо.

Приемская Н. Н.
Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
ассистент кафедры организации судебных и правоохранительных органов

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ УЧАСТИЯ АДВОКАТА ПРИ РАССМОТРЕНИИ ДЕЛ ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

На сегодняшний день количество граждан Украины, которые воспользовались правом обращаться с жалобой о нарушении Украиной прав и свобод, гарантированных Конвенцией, в Европейский суд по правам человека, вычисляется уже не десятками и не сотнями, а тысячами и продолжает стремительно расти. Соответственно растет и количество решений относительно Украины, принятых Европейским судом по правам человека.

Проблема, на которую в основном указывает практика ЕСПЧ – неприемлемость жалоб и большие сроки рассмотрения типичных дел в Суде. К сожалению, большинство жалоб, подаваемых от граждан Украины, признаются неприемлемыми по различным причинам – это и ненадлежащий субъект, и нарушение правил подачи жалобы, связанная с определенной процедурой работы Суда, с которой многие граждане просто не знакомы. Так, к примеру, только при составлении жалобы в ЕСПЧ, необходимо соблюсти десять «критериев приемлемости», таких как: обстоятельство времени, обстоятельство места, обстоятельство по существу, обстоятельство лица, исчерпание внутренних средств правовой защиты; шестимесячный срок обращения; обоснованность жалобы и т. д. Поэтому уже на этом, условно говоря, начальном этапе, особо актуальным становиться вопрос о предоставлении квалифицированной юридической помощи.

В соответствии с требованиями ЕСПЧ представительство заявителя может осуществляться либо профессиональным адвокатом, допущенным к адвокатской практике в любом из государств-участников Конвенции и постоянно проживающими на территории одного из государств, либо иным лицом (близкими родственниками, например, или другими лицами, утвержденными председателем Палаты). Следует отметить, что совершенно не обязательно, чтобы этот адвокат был адвокатом того государства, в котором проживает заявитель. Это может быть адвокат из любого государства – участника Конвенции.

Итак, в первую очередь, непременным условием для ведения дела является владение адвокатом иностранным языком, а именно, одним из официальных языков деятельности ЕСПЧ – английским или французским. На наш взгляд лицу, при выборе представителя своих интересов в ЕСПЧ, следует достаточно серьезно подойти к данному вопросу, т. к. если на первом этапе процесса адвокату придется пользоваться письменным иностранным языком при заполнении различных форм, деклараций, других документов, а также при обмене состязательными письмами с ЕСПЧ (что становиться

возможным и при владении иностранным языком на начальном этапе с использованием определенных технических средств), то на заключительном этапе адвокату предстоит участие в открытых слушаниях. Выступление с докладом и ответы на вопросы судей предполагают понимание иностранной речи на слух и владение устной речью, где даже незначительные неточности перевода просто недопустимы. Таким образом, отсутствие знания иностранного языка априори может лишить адвоката возможности участвовать в качестве адвоката-представителя в ЕСПЧ.

Кроме того, существует ряд особенностей, связанных с наличием у адвоката специальных знаний и навыков при подготовке материалов дела и разработке позиции по делу. Результатом работы адвоката при этом должно быть понимание не только фактов нарушений национального законодательства в определенной области, но и предварительная оценка фактов нарушения прав с точки зрения европейских стандартов в сфере защиты прав человека. Другими словами, адвокат, прежде чем приступить к изучению вышеуказанных документов, должен иметь представление о Конвенции, о ЕСПЧ и об организации его деятельности. Более того, адвокату необходимо изучить и провести сравнительный анализ европейских стандартов по правам человека и украинского законодательства. Обязательным должно быть изучение практики ЕСПЧ по аналогичным делам, т. е. прецедентов ЕСПЧ. Только изучив и поняв подходы ЕСПЧ и европейские стандарты по правам человека применительно к подготовке обращения доверителя в ЕСПЧ, можно надеяться, во-первых, на то, что жалоба будет немедленно после ее поступления в ЕСПЧ зарегистрирована и начнется коммуникация по делу и, во-вторых, на то, то ЕСПЧ примет решение в пользу доверителя. Под «европейскими стандартами по защите прав человека» понимаются признанные Европейским сообществом и закрепленные в его документах юридические нормы, включающие все жизненно необходимые права человека, а также механизмы их гарантий, защиты и обеспечения на практике.

Учитывая вышесказанное, видится необходимым усовершенствовать правовое регулирование деятельности адвокатов по представительству интересов в ЕСПЧ на законодательном уровне. Считаем целесообразным дополнить Закон Украины «Про адвокатуру и адвокатскую деятельность» отдельной главой, в которой бы раскрывались права, обязанности, полномочия и функции адвоката при ведении дел в ЕСПЧ, специфические требования к адвокату, осуществляющему представительство в этом международном судебном органе, а также вопрос об оплате работы адвоката в данной сфере. Следует отметить, что по сравнению с Законом Украины «Про адвокатуру», который утратил силу, в новом Законе уже закреплен такой вид адвокатской деятельности, как представительство интересов физических и юридических лиц в международных судебных органах.

Считаем также необходимым на законодательном уровне в Украине предусмотреть создание консультационного центра, в котором бы работали только адвокаты, специализирующиеся на делах именно в сфере предоставления правовой помощи в связи с обращением гражданами в ЕСПЧ. Причем такие адвокаты должны владеть специальными знаниями по международному и европейскому праву, быть детально ознакомлены с практикой ЕСПЧ. Граждане Украины могли бы обратиться в такой консультационный центр и с помощью специалиста правильно составить жалобу на предмет приемлемости для того, чтобы своевременно защитить свои права, гарантированные Конвенцией.

Согласно с положениями статьи 34 Закона Украины «Про адвокатуру и адвокатскую деятельность» вопрос о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности в данной сфере деятельности обретает новый смысл, поскольку его надлежащая реализация должна содействовать исключению случаев оказания неквалифицированной юридической помощи при осуществлении представительстве интересов лиц в Европейском Суде по правам человека. Кроме того, считаем, что оказание правовой помощи на низком профессиональном уровне при рассмотрении дел в ЕСПЧ негативно бы сказалось также и на международном престиже Украины. Это связано с тем, что по адвокатам, принимающим участие в рассмотрении дел, в Европе во многом составляется мнение об уровне предоставления правовой помощи в государстве.

Кулинич К. С.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри організації судових та правоохоронних органів

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ НАБУТТЯ СТАТУСУ ПРИСЯЖНОГО ПОВІРЕНОГО ЗА СУДОВИМ СТАТУТОМ 1864 РОКУ ТА СТАТУСУ АДВОКАТА ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Порівняння норм Статуту 1864 року в частині набуття статусу присяжного повіреного та норм чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) від 05.07.2012 року дозволяє стверджувати, що ці нормативні акти становлять послідовність, але сучасне законодавство про адвокатуру не є результатом точного копіювання норм Судового статуту (Судебные уставы 20 ноября 1864 года с изложением рассуждений на коих они основаны, изданные Государственной канцелярией// изд. 2-е дополненное: С. – Петербург, 1867. – 454 с.). Ціла низка принципово важливих норм, які містяться в Статуті, не знаходить свого відображення в сучасному Законі (Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 року// Урядовий кур'єр від 05.09.2012, -№ 159).

Порівнюючи правове регулювання питання набуття статусу присяжного повіреного та статусу адвоката можна встановити, що Закон також ви-

магає від претендента мати вищу юридичну освіту, стаж роботи, а також проходження стажування, але трудовий стаж в галузі права зменшений з п'яти відповідно до Статуту, до двох років згідно діючого Закону.

В Законі також міститься заборона на суміщення діяльності адвоката (ст. 7) з роботою на посадах осіб, зазначених у пункті 1 частини першої статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», військовою або альтернативною (невійськовою) службою, нотаріальною діяльністю та судово-експертною діяльністю. Але в Законі відсутні обмеження щодо віку, належності до громадянства, майнового стану. На наш погляд, необхідно доповнити норму Закону положенням, що особа, яка виявила бажання набути статусу адвоката повинна бути громадянином України.

Вимога бездоганної поведінки адвоката, якій так багато уваги приділялося під час дії Статутів, не тільки не втратила своєї актуальності, але й набула досі не відомої значущості. В першому звіті Санкт-Петербурзької ради присяжних повірених було зазначено: «Совет, как представитель сословия прямо заинтересован в том, чтобы в сословие не проникло и чтобы в нем не оставалось ни одного лица, недостойного принадлежности к нему» (Арсеньев К. К. Заметки о русской адвокатуре. Обзор деятельности С. – Петербургского совета присяжных поверенных за 1866-74 гг. – СПб.: Тип. В. Демякова, 1875. – С. 11-12). На наш погляд, перед радами адвокатів регіону поставлене те саме завдання.

В науковій літературі багаторазово була озвучена думка, що в адвокатуру необхідно приймати, базуючись не на формальних знаннях, а на особистих якостях претендента. (Осадчая О. И. Моральные и нравственные аспекты адвокатской деятельности// Адвокатская практика. – 2008. – № 4. – С. 15-19; Подольный Н. А. Законодательные основы нравственной деятельности адвокатов// Адвокатская практика. – 2005. – № 2. – С.10-12 и др.). Тому що та особа, яка не поважає закон та права людини, які відповідно до ст. 3 Конституції України є найвищою соціальною цінністю, не має відповідного складу розуму, не зможе належним чином реалізувати себе в адвокатській професії.

Діючий Закон містить норми, аналогічні правилам Статуту, такі як заборона прийняття в присяжні повірені осіб, виключених зі служби судом, або з духовного стану через недоліки (ст. 355 Статуту). До цих норм належать (ч. 2 ст. 6 Закону) не можливість бути адвокатом особою, що позбавлена права на заняття адвокатською діяльністю, – протягом двох років з дня прийняття рішення про припинення права на заняття адвокатською діяльністю; та звільнена з посади судді, прокурора, слідчого, нотаріуса, з державної служби або служби в органах місцевого самоврядування за порушення присяги, вчинення корупційного правопорушення, – протягом трьох років з дня такого звільнення. Таким чином простежується певна послідовність правових норм.

Вважаємо, що було б доцільно доповнити ч. 2 ст. 6 Закону пунктом 5: «порушення правил адвокатської етики», схожа норма існувала в Статуті 1864 року.

Також варто відмітити, що норми Судових статутів, на відміну від Закону, не містили вимоги щодо необхідності складання кандидатами в присяжні повірені кваліфікаційного іспиту. Але цей факт можна пояснити тим, що в тогочасному суспільстві Російської імперії явно не вистачало осіб, які б відповідали всім вимогам щодо набуття статусу присяжного повіреного, а саме: п'ятирічному стажу роботи в судових установах, при чому на таких посадах, «при исполнении которых могли быть приобретены практические сведения в производстве судебных дел» (ст. 354 Статуту).

Спочатку на підставі Тимчасових положень про введення в дію Судових статутів, що були затверджені імператором 19 жовтня 1865 року, до складу присяжних повірених, понад осіб, що відповідали б вимогам ст. 354 Статуту, могли також прийматися:

– особи, що закінчили курс юридичних наук у ВНЗ, якщо вони прослужили чотири роки в судовому відомстві, або ж займалися не менше п'яти років веденням справ в судових установах в якості повірених;

– особи, що закінчили курс в ВНЗ, хоча й не юридичного профілю, але які прослужили в судовому відомстві не менше п'яти років та протягом цього часу займали не менше року посаду секретаря Сенату, чи посаду не нижче VII класу, на яких могли набути практичних відомостей щодо розгляду й вирішення судових справ.

В подальшому Тимчасові правила втратили чинність, та в присяжні повірені могли бути прийняті лише особи, які відповідали всім вимогам ст. 354 Статуту.

Таким чином, можна констатувати, що незважаючи на те, що з часу прийняття та введення в дію Судових статутів пройшло більш, як півтора століття, деякі їх положення залишаються актуальними й для діючого законодавства суверенної України та можуть бути застосовані для його удосконалення та реформування. Хочемо нагадати, що саме Статути, прийняті 20 листопада 1864 року, запровадили вперше в нашій історії сучасну європейську модель адвокатури.

Нечипоренко Н. Я.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри організації судових та правоохоронних органів

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ДІЛОВОДСТВА В СУДОВИХ ТА ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНАХ УКРАЇНИ

В суверенній Українській державі, яка згідно з Основним Законом є соціальною і правовою, великого значення набуває створення умов для утвердження правових засад діяльності всіх сфер суспільства. Головним

завданням правової держави є створення чіткої системи функціонування органів, які забезпечили б реалізацію законодавства. Однією з таких сфер є налагоджена, скоординована діяльність судових та правоохоронних органів. У діяльності цих органів одне з чільних місць посідає створення і функціонування системи документів як робочого інструменту працівника. Документування і службове листування є основною складовою частиною професійної діяльності будь-якого працівника апарату правоохоронного органу. Саме в підготовці і роботі з діловими паперами передусім виявляється його компетентність і професіоналізм. І зрештою, як слушно зазначив А. В. Корж в начальному посібнику «Юридичне документування», правильно складений і належним чином оформлений документ – є свідченням високої культури співробітника-виконавця.

Відповідно до ДСТУ 2732-94 документування – це регламентований процес запису інформації на папері чи іншому носієві, що забезпечує юридичну силу, здійснюється за певними правилами, встановленими правовими актами. Галузью ведення службових і ділових документів являється діловодство – діяльність, що охоплює документування та організацію роботи з документами. Остання, в свою чергу, полягає в організації документообігу (русі документів всередині установи), використанні інформаційно-пошукових систем, контролі виконання документів, складанні номенклатури справ, групуванні документів у справи, відборі і підготовці документів і справ на зберігання в архів та знищення.

Від правильної організації діловодства багато в чому залежить ефективність і спрямованість діяльності судових і правоохоронних органів при виконанні завдань, поставлених перед ними. Саме тому, на сучасному етапі реформування судових та правоохоронних органів, особлива увага приділяється впровадженню раціональних способів організації діловодства, широкому застосуванню комп'ютерних систем оброблення інформації та відповідному оновленню нормативно-методичної бази цієї галузі.

1974 року в масштабах колишнього СРСР була створена Єдина державна система діловодства (ЄДСД), яка встановлювала однакову організацію діловодства в усіх органах та установах згідно з європейськими та світовими стандартами. Нині в Україні вона не діє, але фактично її положення використовуються при створенні відповідних нормативних документів.

За останні роки в судових та правоохоронних органах України розроблено і прийнято ряд основоположних документів, що відтворюють найпринциповіші правила й нормативи ЄДСД і ДЕСТів та, одночасно, визначають порядок організації діловодства в цих органах відповідно до вимог сучасного інформатизованого суспільства.

Так, 26 листопада 2010 року рішенням Ради суддів України № 30 затверджено «Положення про автоматизовану систему документообігу суду». Наказами відповідних органів прийняті в новій редакції: в 2010 році – «Інструкція з діловодства в органах прокуратури України»; в

2011 році – «Типова інструкція з діловодства у центральних органах виконавчої влади», «Інструкція з діловодства у Вищому господарському суді України», «Інструкція з діловодства у Державній судовій адміністрації України»; в 2012 році – «Інструкція з діловодства в системі Міністерства внутрішніх справ України». 17 серпня 2012 року, згідно з наказом Генеральної прокуратури України № 69, створено Єдиний реєстр досудових розслідувань та затверджено положення про ЄРДР. В першому півріччі 2013 року внесені суттєві зміни в Інструкцію з діловодства в місцевому загальному суді та в Інструкцію з діловодства в апеляційному загальному суді. Розроблений проект нової редакції Інструкції з діловодства в адміністративних судах України.

Але головним здобуттям у сфері сьогочасного діловодства в судових та правоохоронних органах стало запровадження автоматизованих систем діловодства. Автоматизація діловодних процесів сприяла скороченню ручних операцій, створенню уніфікованих систем документацій, впорядкуванню інформаційних потоків, збільшенню оперативності в отриманні якісної інформації, зменшенню фінансових витрат тощо.

Функціонування комп'ютерного програмного комплексу «Єдина система статистики та аналізу роботи органів прокуратури України», автоматизованих інформаційно-пошукових систем (АІПС) «Канцелярія» і «Армор» в системі МВС України, автоматизованих систем документообігу суду «Діловодство спеціалізованого суду» – в спеціалізованих судах, і «Діловодство-3» – в загальних судах, забезпечують: реєстрацію вхідної і вихідної кореспонденції та етапів її руху; облік документів та контроль їх виконання; централізоване зберігання текстів службових та процесуальних документів; роботу електронного довідника та надання інформації фізичним та юридичним особам; створення карток наглядового провадження; об'єктивний та неупереджений розподіл справ та матеріалів кримінального провадження; підготовку статистичних даних; обмін інформації з електронного інформаційного ресурсу Генеральної прокуратури України – Єдиного реєстру досудових розслідувань, з інформаційними системами ОВС – АІПС «Канцелярія» і «Армор»; передачу справ до електронного архіву.

Отже, розвиток людської свідомості та новітніх інформаційних технологій неухильно впливає на трансформацію форм документаційного забезпечення: від начеркального способу закріплення інформації до формування наказового та колезького діловодства, від традиційних паперових документів до технотронних способів діловодства.

Один із засновників документаційної науки Поль Отле писав: «Документація не організується довільно. Організувати документацію – значить забезпечити її всім тим, що необхідно для правильного її функціонування: документами, технічним обладненням, точними інструкціями, персоналом…».

Слободяник Н. С.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри організації судових та правоохоронних органів

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІВ ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Реалізація засад верховенства права в умовах побудови правової, демократичної, незалежної держави потребує насамперед справедливого, прозорого та відкритого функціонування держави та її органів, діяльність яких регламентована Конституцією, законами, іншими нормативно-правовими актами, а основний напрям такої діяльності полягає в забезпеченні прав і свобод людини і громадянина. Одним із важливих напрямків державної діяльності суверенної та незалежної України є судова діяльність, яка спрямована на забезпечення принципу верховенства права в суспільстві. Надзвичайно вагомими та актуальними в цьому аспекті є підстави та порядок притягнення суддів до відповідальності, а також проблеми правового регулювання цього питання. Дана тема була предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних вчених, серед яких: Алексеев В. Б., Барабаш А. Т., Бойцова Л. В., Виноградова Л.Є., Картузова І.О., Ківалов С. В., Подкопаєв С. В., Пильд Ю. А. тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 84 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» дисциплінарне провадження – це процедура розгляду органом, визначеним законом, звернення, в якому містяться відомості про порушення суддею вимог щодо його статусу, посадових обов'язків чи присяги судді (Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010р. № 2453-VI [Електронний ресурс]: Режим доступу:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17).

На думку Подкопаєва С. В., дисциплінарне провадження, як комплекс взаємозалежних і взаємообумовлених процесуальних дій, вимагає високої міри правової і процедурно-процесуальної регламентації (Подкопаєв С. В. Про підставу дисциплінарної відповідальності судів// Юридичний журнал. – 2005. – № 8. – С. 118-119).

У разі, коли судді не виконують своїх обов'язків ефективно та неупереджено або коли мають місце дисциплінарні порушення, повинні бути вжиті всі необхідні заходи, за умови, що вони не впливають на незалежність правосуддя (Рекомендація № (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів», схваленої Комітетом Міністрів Ради Європи 13 жовтня 1994р. [Електронний ресурс]:Режим доступу:http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_a52).

Відповідно до конституційних принципів та правової традиції кожної із держав, можуть бути вжиті такі заходи: усунення судді від провадження у справі; зменшення розміру винагороди протягом певного періоду часу; тимчасове призупинення суддівських повноважень тощо. У рекомендації № (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів», схваленій

Комітетом Міністрів Ради Європи 13 жовтня 1994 р., викладені основні принципи, що стосуються незалежності суддів, серед яких принцип стосовно невиконання обов'язків і дисциплінарних порушень.

Європейська хартія про Закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 р. також містить вимоги, щодо підстав та порядку притягнення суддів до відповідальності. Так, вирішення питань, пов'язаних із застосуванням санкцій до суддів, повинен здійснювати орган, незалежний від виконавчої й законодавчої гілок влади. Конкретні заходи покарання, які може бути застосовано до суддів, повинні бути перераховані в законі, а призначатися вони повинні на підставі принципу спів розмірності (Європейська хартія про закон «Про статус суддів» Рада Європи; Хартія, Міжнародний документ від 10.07.1998 [Електронний ресурс]:Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_236).

Відповідно до ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено підстави, за наявності яких суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження. Органами, покликаними здійснювати дисциплінарне провадження щодо суддів відповідно до ст. 85 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» є: Вища кваліфікаційна комісія суддів України – щодо суддів місцевих та апеляційних судів; Вища рада юстиції – щодо суддів вищих спеціалізованих судів та суддів Верховного Суду України. Статтею 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ч.2 ст. 37 Закону України «Про Вищу раду юстиції» передбачено, що при вирішенні питання про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності до нього може бути застосовано тільки один вид дисциплінарного стягнення – догана.

Беручи до уваги міжнародні стандарти та принципи, що відображені в національному законодавстві, необхідно вдосконалити механізм притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності з метою недопущення дискредитації судової влади, чітко визначити підстави для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, перелік яких не може бути розширений чи неоднозначно тлумачений. Доцільним також є доповнення Закону України «Про Вищу раду юстиції» врегулюванням порядку прийняття актів із питань повторного розгляду та порядком прийняття актів з питань дисциплінарної відповідальності. Аналіз досвіду зарубіжних країн зумовлює питання про доцільність віднесення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Державної судової адміністрації України до структури Вищої ради юстиції, що дасть можливість зосередити повноваження цих органів в одному конституційному органі з метою ефективного функціонування органів, покликаних здійснювати формування суддівського корпусу.

Зважаючи на те, що саме від судді великою мірою залежить авторитет судової влади, виникає суспільна необхідність забезпечення гарантій недоторканості та незалежності суддів, і водночас, у разі порушення законодавства, притягнення їх до дисциплінарної відповідальності.

РОЗДІЛ 19
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Підрозділ 19.1
Наукове обґрунтування підстав диференціації кримінальних правопорушень на кримінальні проступки та злочини

Туляков В. А.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», проректор, заведующий кафедры уголовного права, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины

ПРАВОСУДИЕ ПЕРЕХОДНОГО ПЕРИОДА И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Уголовное право по своей природе, государственно властным особенностям правоприменения и использования санкционированных судом принудительных карательных мер воплощает в себе наиболее суровый вид государственного принуждения. В прошлом веке были популярными идеи о том, что преступность должна была отмереть, криминальность личности нейтрализована мерами социальной защиты. Уголовное право же раствориться в мерах социального контроля и поощрения.

Однако идеи социологизации наказания и уголовно-правовых мер реализовывались в практике геноцида гитлеровских и сталинских лагерей, право государства наказывать, как гарантия общественной безопасности, подменялось злоупотреблениями властью и откровенными пытками. Даже теперь, когда все позади, через 50 лет упорной борьбы за права человека и гражданина мы стали перед новой дилеммой: как бы теряя государство и, соответственно, уголовное право, растворяющиеся в процессах транзиции и ограничения суверенитета наднациональными политико-юридическими формами.

Не отстает в объяснительных попытках любого социального заказа и общественная мысль: от апологий абсолютизации права государства диктатуры пролетариата наказывать до прославления тотальной дерегулированности общественного контроля, замены тюрем реформаториями; от запрета приватизации уголовного процесса и сужения вертикальных властных полномочий к абсолютизации значимости институтов медиации и восстановительного правосудия. Научная мысль в погоне за политическим заказом перестала играть роль фактора, стимулирующего развитие права.

Казуистичность в противовес систематизации, увлеченность ситуативными идеями и частными теориями в противовес созданию объясни-

тельных моделей, крайняя заангажированность, работа на результат, на «моду», эмпиризм и догматичность как основные элементы методологии исследования заранее приводили к разбалансированности идеи и ожидаемого социального результата. Нет нужды вспоминать, как обосновываемое борьбой за права человека в противовес тоталитаризму прошлого манипулирование принципом верховенства права и лозунгом «разрешено все, что не запрещено» привело в постсоветских государствах к тотальному злоупотреблению правами, к массовой аномии, разбалансированности систем государственной власти и управления и формированию компенсационных механизмов со стороны организованной преступности и коррупционных практик, когда исполнение решений было выгоднее осуществлять через внегосударственные компенсационные механизмы (институт «смотрящих», «авторитетов», чем с помощью системы государственных услуг).

Принцип неотвратимости ответственности («Вор должен сидеть в тюрьме») компенсируется полезностью криминальной деятельности, формированием двух типов уголовно – правовых норм – позитивного (для всех) и ценности (для себя). При чем второй тип уголовно-правового правопонимания основан на идее полезности, допустимости криминальности среди семьи, группы «своих», «близких», – визуализируемых по семейным и корпоративным контактам.

Отсюда – выхолащивание криминально-правовой идеологии, массовая коррупция, отсутствие единства правоприменения, нарушения режима законности и аномия. Отсюда кризис уголовно-правового регулирования на уровне государства. Подливают масла в огонь и реалии эпохи.

Сегодня мы сталкиваемся с ситуацией, при которой одновременно, параллельно существуют несколько пластов уголовно-правового регулирования. О некоторых из них в литературе были высказаны достаточно любопытные позиции, некоторые находятся в процессе теоретического осмысления и разработки. Некоторые лишь предмет для будущей научной дискуссии. Итак, мы выделяем:

- на уровне социальной группы (микроуголовное право, – совокупность норм, первично определяющих преступность и наказуемость деяний с точки зрения этнической – ромы, казаки либо институциональной структуры, рода – патриархальные семи, культуры микросоциальной группы, общности);
- на уровне общества (уголовное право как ценность, право и неправо);
- на уровне государства («классическая» теория о преступлениях и наказаниях, подкрепленная принудительной силой государства);
- на уровне международных образований институционального характера – корпораций, картелей, международных ассоциаций, организаций вплоть до транснациональных организованных преступных групп (уголовно-правовые аспекты lex mercatori, lex sportive, lex medicinae, lex

criminali и т. п.), служащее инструментом обеспечения эффективности функционирования института;

• на уровне межгосударственных образований (наднациональное уголовное право Европейского союза являющееся, по мнению специалистов, компенсационным инструментом для нейтрализации пробелов в системе национальной защиты прав и свобод человека и гражданина от уголовных правонарушений);

• на уровне международном (международное уголовное право преступлений международного характера и право международных преступлений).

Мирошниченко Н. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры уголовного права, кандидат юридических наук, профессор

ВИНА В СЛОЖНЫХ СОСТАВАХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

В теории уголовного права сложными признаются составы законодательная конструкция которых усложнена какими – либо обстоятельствами, к ним относят составы с двумя или более объектами, с двумя действиями, с несколькими последствиями, с двумя формами вины. Многообъектные преступления совершаются умышленно, при этом субъект осознает, что посягает сразу не несколько объектов, предвидит и желает поставить под угрозу причинения вреда ряд объектов уголовно-правовой охраны. Например, при совершении разбойного нападения субъект посягает на отношения собственности и на здоровье потерпевшего. В этом случае отношения собственности являются основным объектом, а здоровье потерпевшего – дополнительно-обязательным непосредственным объектом. Установление мотива и цели дает возможность определить направленность умысла виновного и правильно квалифицировать преступление. Совершая хулиганство, субъект посягает всегда на общественный порядок, а также может посягнуть и на другие (дополнительные) объекты такие как общественная безопасность, здоровье потерпевшего, отношения собственности. Субъект сознает, предвидит и желает совершить посягательства на указанные объекты. В этих составах (разбой – усеченный состав, а хулиганство – формальный состав) умышленная форма вины устанавливается по отношению к самому общественно опасному деянию. Вместе с тем, разбой может быть сопряжен с причинением тяжкого телесного повреждения, повлекшего смерть потерпевшего, в этом случае содеянное квалифицируется по ч.4 ст.187 УК и дополнительной квалификации не требует. При совершении хулиганства, сопряженного с причинением тяжкого телесного повреждения, деяния квалифицируются по совокупности преступлений. Если в диспозиции статьи указано несколько альтернативных действий, например незаконное изготовление, хранение,

перевозка, пересылка с целью сбыта либо сбыт наркотических средств, то к каждому из указанных действий возможна умышленная форма вины. Поскольку этот состав по конструкции формальный и в нем указана специальная цель сбыта, то здесь возможен лишь прямой умысел. В преступлениях с несколькими последствиями возможно присутствие сразу двух форм вины одновременно. Понятие преступлений с двумя формами вины нашло законодательное закрепление в ст.27 УК РФ, в уголовном кодексе Украины нет подобной нормы. Сочетание двух форм вины в одном составе преступления в теории уголовного права именуется «двойной», смешанной» или «сложной» виной.

Две формы вины могут сочетаться в одном составе лишь в том случае, когда этот состав является сложным и по конструкции – материальным составом. В ряде статей Особенной части УК Украины встречается сочетание двух форм вины (умысла и неосторожности), при этом возможны несколько вариантов. В первом варианте основной состав совершается умышленно (это конструктивный признак состава), а в квалифицированном составе появляется неосторожная форма вины к последствиям преступления. Примером может быть умышленное тяжкое телесное повреждение в результате которого наступила смерть потерпевшего (ч.2 ст.121 УК). Умышленное тяжкое телесное повреждение образует основной состав этого преступления, а наступление смерти по неосторожности является одним из квалифицирующих признаков этого состава преступления. Здесь оба состава являются материальными, но существует возможность наступления последствий в виде тяжкого телесного повреждения (ч.1 ст.121 УК) и более отдаленных последствий в виде смерти потерпевшего (квалифицирующий признак ч.2 ст.121 УК). Во втором варианте основной состав преступления может быть формальным, в котором наказуемо само общественно опасное деяние, совершаемое умышленно, а квалифицированный состав – материальным, где к последствиям возможна неосторожная форма вины. Например , нарушение правил воздушных полетов может быть умышленным (ч.1ст.281 УК), а к последствиям, предусмотренным в ч.2 и ч.3 этой статьи, возможна лишь неосторожная форма вины. Третий вариант характеризуется той особенностью, при которой само общественно опасное деяние может не быть уголовно-наказуемым и становится таковым лишь при наступлении общественно опасных последствий . Например, нарушение правил безопасности дорожного движения или эксплуатации транспорта лицами, управляющими транспортными средствами (ст.286 УК). В этом случае общественно опасное деяние совершается умышленно, а к общественно опасным последствиям у субъекта неосторожная форма вины. Здесь диспозиция статьи бланкетная, – само по себе нарушение правил безопасности движения и эксплуатации транспорта является административным правонарушением. Уголовно-наказуемым оно становиться лишь при наступлении указанных в законе общественно опасных последствий. Таким обра-

зом, субъективные особенности подобных преступлений производны от специфической конструкции объективной стороны этих составов преступлений. Итак , в сложных составах преступлений возможна сложная вина, которая предполагает такое психическое отношение субъекта к содеянному, при котором к общественно опасному деянию у виновного умышленная форма вины, а к общественно опасным последствиям – неосторожная форма вины. А. И. Рарог называет такие преступления с двумя формами вины. При этом, к общественно опасному деянию может быть прямой умысел, а к последствиям – преступная небрежность либо преступная самонадеянность. Если же в сложном составе несколько общественно опасных последствий, то к первичным последствиям может быть не только прямой, но и косвенный умысел, а к более отдаленным последствиям – неосторожная вина в виде преступной самоуверенности или преступной небрежности. Подводя итог изложенному, предлагаю дополнить УК Украины статьей о двойной (сложной) вине в такой редакции: Сложная (двойная) вина это такое психическое отношение к содеянному, при котором субъект умышленно совершает общественно опасное деяние и по неосторожности относится к наступлению общественно опасных последствий.

Албул С. В.

Одеський державний університет внутрішніх справ, заступник начальника кафедри оперативно-розшукової діяльності, кандидат юридичних наук, доцент, полковник міліції

Хімченко С. А.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ВИКОНАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАВДАННЯ З ПОПЕРЕДЖЕННЯ ЧИ РОЗКРИТТЯ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ ЧИ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ: НОВИЙ КРОК У ПРАВОВОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ

Серед багатьох напрямів протидії органів внутрішніх справ організованій злочинній діяльності найбільш дієвим та перспективним, на наш погляд, є виконання спеціального завдання негласними штатними та позаштатними працівниками з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. За своєю сутністю така діяльність може бути визначена як розвідувальна.

У теперішній час означений напрям протидії злочинності є достатнім чином регламентований нормативно-правовими актами різних рівнів та різних галузей. Відповідно до ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», оперативні підрозділи мають право «виконувати спеціальне завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи

чи злочинної організації» (п. 8). Для цього їм надано право «мати…негласних штатних та позаштатних працівників» (п. 13) та «використовувати конфіденційне співробітництво» (п. 14). У свою чергу, в Розділі IV «Заходи щодо забезпечення боротьби з організованою злочинністю» Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» на законодавчому рівні передбачена можливість легендованого введення негласних співробітників в організовані злочинні угруповання.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації відносить до категорії негласних слідчих (розшукових) дій, тобто до різновиду слідчих (розшукових) дій. Відповідно до ст. 272 КПК України, під час досудового розслідування тяжких або особливо тяжких злочинів можуть бути отримані відомості, речі і документи, які мають значення для досудового розслідування, особою, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації, або є учасником вказаної групи чи злочинної організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування. У свою чергу, спільний наказ Генеральної прокуратури України, МВС України, СБ України, Міністерства фінансів України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» передбачає, що виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації полягає в організації слідчим і оперативним підрозділом введення уповноваженої ними особи, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання, в організовану групу чи злочинну організацію під легендою прикриття для отримання речей і документів, відомостей про її структуру, способи і методи злочинної діяльності, які мають значення для розслідування злочину або злочинів, які вчиняються цими групами. Слід зазначити, що чинний Кримінальний процесуальний кодекс України та, відповідно й міжвідомчий наказ, вперше передбачають встановлення термінів виконання такого завдання – «виконання спеціального завдання не може перевищувати шість місяців, а в разі необхідності строк його виконання продовжується слідчим за погодженням з керівником органу досудового розслідування або прокурором на строк, який не перевищує строку досудового розслідування». За нашим переконанням, такі обмеження строку виконання спеціального завдання є недоцільним. На практиці – це комплексна спеціальна оперативно-розшукова операція, яку безпосередньо здійснюють штатні негласні працівники. Тільки на організацію та підготовку такої потребується час, який може значно перевищувати шестимісячний термін, адже до її здійснення залучається значний потенціал великої кількості спеціалістів – від психологів до гримерів та бутафорів. Потребує ретельного підготування введення негласного працівника до

складу організованої групи чи злочинної організації та виведення його після виконання завдання. Слід пам'ятати, що від ретельної підготовки залежить не тільки результативність протидії злочинам, а, насамперед, здоров'я та життя самого оперативного працівника.

Вітчизняний законодавець йде шляхом законодавчого заохочення та визнання соціально позитивною поведінкою виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Про це свідчить той факт, що у чинному КК України виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації передбачено як окрема обставина, що виключає злочинність діяння. Відповідно до ст. 43 КК України не є злочином вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх злочинної діяльності. Особа, яка виконує спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, підлягає кримінальній відповідальності лише за вчинення у складі організованої групи чи злочинної організації особливо тяжкого злочину, вчиненого умисно і поєднаного з насильством над потерпілим, або тяжкого злочину, вчиненого умисно і пов'язаного з спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків. Крім того, в разі вчинення особою, яка виконувала спеціальне завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, таких злочинів, вона не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у виді позбавлення волі не може бути призначено їй на строк, більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин. Примітно, що аналогічні положення містять й відповідні відомчі нормативні акти, що регламентують організаційно-тактичні аспекти виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Аналіз наведених положень чинного законодавства свідчить, що існуючий стан правової регламентації виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, хоча і здається, на перший погляд, достатньо повним, але при ретельному ознайомленні виявляється таким, що потребує вдосконалення з урахуванням міжгалузевих зв'язків, кореляції понять та визначень, особливостей організації і тактики правоохоронної діяльності. Це, на наш погляд, буде сприяти забезпеченню вирішення завдань, які стоять перед правоохоронними органами щодо протидії організованій злочинності, своєчасного попередження, виявлення і розслідування кримінальних правопорушен.

Полянський Є.Ю.
Національний університет «Одеська юридична академія», докторант кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПАСИВНУ ПОВЕДІНКУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ США

Американське законодавство досить лояльно ставиться до пасивної поведінки особи, і фактично відповідальність за бездіяльність може наступати лише якщо вона є способом вчинення певного злочину, та утримання від дій з боку злочинця було цілеспрямованим, тобто мало на меті настання злочинного результату. Наприклад, позбавлення життя особи, яку було викрадено та позбавлено харчування, якщо винний бажав чи свідомо припускав перспективи настання смерті жертви. Але в цьому випадку бездіяльність відіграє роль другого плану, адже перш за все злочин був вчинений активними діями, тобто особу було викрадено та позбавлено можливості отримувати харчування. На наш погляд, така бездіяльність є лише різновидом активних дій з позбавлення життя іншої людини, тому кримінальна караність таких дій не викликатиме жодних сумнівів ні з позицій теорії ні практики. Крім того, американська кримінально-правова доктрина цілковито визнає кримінально караною бездіяльність, яка пов'язана з невиконанням батіківських обов'язків, та інших обов'язків, які були передбачені законом чи судовими рішеннями. Крім того, особа нестиме відповідальність і за ненадання допомоги постраждалим в результаті її протиправних дій (у таких випадках залишення в небезпеці смерть потерпілого може обумовити обвинувачення у ненавмистому, або навіть в умисному вбивстві). Але надто дискусійною залишається проблема ненадання допомоги особі, яка знаходилася в небезпечному для життя стані.

На данний час кримінальне законодавство лише чотирьох штатів передбачає відповідальність за ненадання допомоги особі, яка знаходиться в небезпечному для життя стані. Це штати Мінесота, Род Айленд, Вермонт та Вісконсін. Відповідно до законодавства інших адміністративно-територіальних одиниць США такі дії не створюють складу злочину. Таким чином, доктрина «доброго самаритянина» не знаходить широкої підтримки серед представників законодавчої влади та науки. Пояснити такий стан речей можна з огляду на значний індивідуалізм, який є притаманний людським взаєминам у західних розвинутих суспільствах. Так М. Мур стверджує, що принципове значення actus reus полягає не лише в тому, щоб запобігти застосуванню покарань лише за думки, але й щоб виправдати відмову законодавця від передбачення покарань за припущення бездіяльності. Аргументі Мура зводяться до наступнього: по-перше, він визначає бездіяльність як утримання від вчинення руху (в цілому – як утримання від вчинення акту). Інші концепції бездіяльності, на його думку, не витримують критики (так йдеться про формулу бездіяльності, яка розлягає утри-

мання від дії як різновид дії). По-друге він стверджує, що бездіяльність не спричинє нічого, тобто не може змінити ситуацію на гірше, ніж мало бути в певній обстановці, адже просто не змінює речі на краще. По-третє, автор вважає, що вимога певної поведінки звужує права особи, фактично примушуючи її вчиняти певним чином. Також на його думку складно розрізнити на практиці випадки, коли бездіяльність особи слід вважати злочинною, а в якому разі – ні. На наш погляд, наведена позиція є слабкою як з юридичних позицій, так і з точки зору суспільної моралі.

Так Мур намагається усунути причиний зв'язок, а точніше його передумови. Й справді, відсутність дій як таковых не змінює нічого у ланцюзі причиності, тобто розвиток подій відбувається по певному сценарію, до якого ніяким чином не причетна особа, яка утрамалася від дій. Хоча Мур визнає, що існують злочини, які вчинюються саме утриманням від вчинення дій, наприклад, ухилення від сплати податків. Тобто так чи інакше, але йому доводиться визнавати *активний* характер бездіяльності в кримінально-правовому сенсі. Ухилення від сплати податків є криміналізованим діянням, тобто передбачено законом як злочин. Отже, будь-який вид утримання від дій, визнаний законом злочинним, покладає на особу обов'язко діяти під загрозою застосування кримінального покарання. У світлі викладеного, концепція бездіяльності М. Мура не витримує критики. Якщо ж звертатися до суто моральних аспектів ненадання допомоги особі, яка знаходиться в небезпечному стані, то слід знову непогодитися з твердженням Мура про відсутність потенційної небезпеки пасивної поведінки. В разі настання тяжких наслідків в результаті ненадання допомоги є очевидною шкода, яка хоч і не була безпосередньо обумовлена байдужісттю іншої особи, проте знаходиться з нею в щільному зв'язку. Ми можемо розглядати фактори, які стоворили ризики для життя та здоров'я як передумови *первісного причинного зв'язку* із настанням наслідків. При цьому не має різниці, чи були ці фактори пов'язані зі злочинними або ж протиправними діями, або ж виникли в результаті збігу певних обставин. Бездіяльність же особи, яка мала змогу надати допомогу, але свідомо не надала її, є передумовою *похідного причиного зв'язку* з настанням тяжких наслідків. Можна навіть стверджувати, що така бездіяльність перериває причиний зв'язок і вже самостійно обумовлює настання наслідків. Втім, такий підхід неприпустимий, адже усуватиме першоджерело небезпечної ситуації із ланцюга причинності. Але так чи інакше, і первісний і похідний причиний зв'язки *в рівному ступені* обумовлюють настання результату.
Втім М. Мур не єдиний обгрунтовує такий підхід в науці: аналогічних позицій дотримуються Дж. Флетчер, У Ла-Фейв, Х. Харт та інші дослідники. Крім того, саме ций підхід до вирішення питання про відповідальність за ненадання допомоги є домінуючим, що цілком підтверджується незначною кількістю юрисдикцій, де ненадання допомоги в разі наявності загрози для життя є криміналізованим.

Історично американське право не вбачало в бездіяльності вчинення певного акту, чи дії, і в цьому воно в повному ступені успадкувало традиції англійського загального права. Декілька раніше йшлося про механічний та поведінковий підходи до розуміння кримінально-протиправного акту. Залишення в небезпеці виходить за межи, окреслені механічним підходом, проте цілком знаходяться в колі поведінкового. Деякий примітивизм в теорії призвів до ігнорування потенційно суспільно небезпечної, але пасивної поведінки з боку закону. В свою чергу, приклади із життя (не із судової практики, так як її з відпомих причин просто немає) свідчать про те, що навіть медичні працівники уникають кримінального покарання за ненадання невідкладної допомоги. Але новітні тенденції в законодавстві наводять на думку, що через певний проміжок часу ситуація може докорінно змінитися: як мінімум чотири штати криміналізували ненадання допомоги особам, життю яких загрожує небезпека. Скоріше за все, ця тенденція буде зберігатися і надалі. Питання же відповідальності за бездіяльність є надзвичайно слабким місцем американської кримінально-правової доктрини, тому потреба відповідної корекції є цілком очевидною.

Балобанова Д. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

МІСЦЕ ЗВИЧАЮ У ЗАСТОСУВАННІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

Право є лише область можливої або належної поведінки учасників суспільних відносин. Ця можлива або належна поведінка перетворюється в дійсність внаслідок складного динамічного процесу, якій в загальній формі прийнято називати реалізацією права (Теория государства и права: Учебник / Под ред. А. В. Малько и А. Ю. Соломатина. 2007, с. 254). Тільки тоді, коли право втілюється в певних суспільних відносинах, поведінці осіб, яким адресовані певні норми, тобто коли вони реалізуються, право виконує своє соціальне призначення, а, отже, в наявності реалізація права.

Під реалізацією права розуміють усі шляхи набуття ним властивостей позитивного утворення, переведення його з лише потенційно можливих у даному соціумі юридичних форм, з рівня природного права на рівень реального чинника суспільного життя. Зокрема, для країн, що входять до романо-германської правової сім'ї, до яких належить і Україна, згаданий процес пов'язаний передусім з фіксацією правових норм у нормативно-правових актах та договорах з визнанням державою правової природи деяких звичаїв (Загальна теорія держави і права: Підручник / За ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. 2010, с. 406).

Звичайне право являє собою одне з найдавніших явищ в історії людства взагалі та кримінального права, зокрема, оскільки передувало пись-

менному праву. Причому проблеми виникнення, формування та розвитку звичаєвого права носять багатоплановий характер.

Якщо на початку свого існування кримінальне право мало переважно усний характер, за деякими винятками, і відображалось у правових звичаях, а також у Біблії та інших канонічних джерелах, зміст яких передавався найчастіше «з вуст у вуста», то пізніше, завдяки появі писемності і відділенню права від релігії, почалась його систематизація: з'явились кутюми та інші збірники кримінально-правових приписів, закони, пізніше – кодекси (Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. Монографія. 2006, с. 46-47).

На теперішній час звичаї (звичайні норми) визнаються джерелами права не в усіх державах, і лише в обмеженому колі правових відносин. Однак виявляється тенденція до закріплення державою поділу сфер впливу (регулювання), нормування суспільних відносин з боку вказаних джерел права.

У розвинених правових системах правовий звичай виступає в якості додаткового джерела права, коли норма правового звичаю заповнює прогалину, що утворився в результаті неврегульованості того чи іншого умови в договорі або прогалини законодавства. Правові звичаї є особливий різновид загальносуспільних звичаїв (до яких прийнято відносити звичаї ділового обороту та інші звичаї і заведений порядок), що діють у суспільстві. Їх зміст утворюють конкретні правила, що пропонують строго певну лінію поведінки в тих чи інших ситуаціях. Стійкість, повторюваність соціальних відносин і зв'язків викликають виникнення в індивідуальній, груповій і масовій суспільній свідомості певних стереотипів поведінки. Це дає підставу вважати, що генезис звичаєвого права починається із звичайної норми, яка на певному етапі розвитку суспільства виступає індикатором найважливіших, життєво необхідних соціальних ситуацій, діє відносно всіх, хто підпадає під її зміст і, що надалі, вона переходить в розряд норм позитивного права.

Однією з найбільш ранніх форм перетворення звичаїв в джерела права виступає збирання і фіксування цих норм в писаних правових джерелах. До них відносяться найдавніші пам'ятники права в Індії, Греції, Франції, Німеччини, Стародавньої Русі і т.д. Всі ці держави трансформували звичайне право в закони. Цей процес продовжується і зараз. Процес вироблення імперативного правила, що має офіційне значення, «йшов, таким чином, за схемою – від повторюваної, стійкої практики .. через правовий звичай до законодавчої норми» (Колесников Е. В. Обычай как источник советского государственного права // Правоведение. – 1989. – № 4. – С.21).

Аналіз розвитку правозастосування в нашій країні свідчить, що звичаєве право, не зважаючи на те, що не завжди його визнавали в якості джерела права, відігравало значну роль у вітчизняному кримінальному про-

вадженні. Навіть на теперішній час не можна стверджувати, що в практиці реалізації кримінального права ми повністю позбулися використання звичаїв в якості своєрідних джерел.

Однією з основних форм санкціонування звичаю виступає судове рішення. У випадку, коли суди систематично застосовують ту чи іншу норму звичаєвого права, така норма перетворюється на санкціонований звичай. За певних історичних умовах сама юридична практика може призвести до утворення своєрідних судових звичаїв. Саме до такого роду «судових звичаїв» можна віднести постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (до їх прийняття – відповідні постанови Пленуму Верховного Суду України). Крім того, касаційна інстанція в межах кримінального провадження, до якої належить Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ч.3 ст.33 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК)), має створювати однакову практику застосування норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, порушення якої є підставою для перегляду судового рішення Верховним судом України (п.1 ч.1 ст.445 КПК).

До такого ж роду звичаїв належать й правила кваліфікації суспільно небезпечних діянь. Професор Навроцький В. О. вказує на те, що «правила кваліфікації на сьогодні не закріплені у законі, існують здебільшого у вигляді звичаїв, що побутують серед практичних працівників, й теоретичних положень» (Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: 2006, с. 4).

Особливими характеристиками такого «звичаєвого права» є те, що, для надання йому зовнішньої обов'язкової сили воно зберігається певними традиціями, які складаються серед кола правозастосовувачів, є досить консервативним, оскільки зміна його загрожує руйнуванням самого права. В той же час, як право, яке не виражене в твердій (письменній) формі, воно здатне бути різноманітним разом із життям, змінюватися під впливом певних зовнішніх обставин. Але має пройти певний час, необхідний для усвідомлення доцільності зміни традиційних підходів.

Поліщук О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального права

ПРИВАТНОПРАВОВА ТЕНДЕНЦІЯ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Приватноправовий характер вирішення кримінально-правових конфліктів в Україні набирає обертів з моменту прийняття КК України 2001 року. Причому в багатьох європейських країнах ця тенденція стала визначальною з 60-х років минулого століття, зокрема розвиваючись в ас-

пекті розширення застосування кримінально-значущих примирних процедур та приватного кримінального переслідування (наприклад, Франція, Германія, Швейцарія).

Цілком логічним постає питання, чому кримінальне право, яке історично «виросло» в публічну галузь права, реінкарнує первинні приватні елементи та розширює сферу їх застосування? Чи не був Гегель Г. пророком, вказуючи, що всі великі всесвітньо-історичні події та особи повторюються двічі: вперше як трагедія, а вдруге – як фарс (Серов В. Энциклопедический словар крылатых слов и выражений // http://www.bibliotekar.ru/encSlov/9/126.htm).

Необхідно згадати історичний перехід від принципу таліону як приватного способу вирішення кримінальних конфліктів до публічного, забезпеченого державою. Законами Хамураппі, фактично першою історичною юридичною пам'яткою, передбачалося спричинення потерпілим або його родичем шкоди злочинцю аналогічної завданої. Впродовж Середньовіччя, змістом талону охоплювалося два можливих взаємовиключних варіанти: як спричинення аналогічної щкоди, так і можливе погодження між сторонами компенсації за завдану шкоду. Вже в Руській правді таліон замінювався на компенсацію та штраф. В наступні епохи дія принципу талону як в Європі, так і в Україні та Росії поступово обмежувалося до майже повної елімінації.

Втім, в одній пострадянських республік – республіці Киргизстан, досі зберігся частковий прообраз таліону у вигляді виду покарання – потрійного айипу (стаття 45 КК Киргизстану) (Кримінальний кодекс Республіки Киргизстан // http://online.adviser.kg/Document/?link_id=1000871465). Потрійний айип являє собою стягнення, що накладається судом в трикратному розмірі спричиненої шкоди в грошовому еквіваленті, дві третини з яких стягуються на користь потерпілого як компенсації його матеріальної та моральної шкоди, а одна третина – на користь держави.

Іншими словами, дія принципу таліона як приватного способу вирішення кримінально-правових конфліктів, фактично зійшла на нуль, створивши підґрунтя для реалізації принципу справедливості через таку мету покарання як відплата/кара.

Отже, чому сьогодні такі приватні (диспозитивні) міжгалузеві інститути кримінального та кримінального процесуального права, як приватне кримінальне переслідування та примирення, експансивно розвиваються у вказаних галузях публічного права? На нашу думку, відповідь криється не тільки в бажанні догодити «найвищій соціальній цінності» надаючи певну кримінально-значущу свободу волевиявлення, а й у банальній неспроможності держави в особі правоохоронних органів ефективно виконувати функцію боротьби зі злочинністю.

Так, в кожній державі є певний показник норми злочинності, характерний для суспільства, та який корелює з різними чинниками. Напри-

клад, найвищий показник норми злочинності у світі в 2005 році мав Ватикан. Пояснювалося це тим, що на 492 особи громадян Ватикану в судах були проведені 472 кримінальні процеси. Втім, ці процеси стосувалися паломників, а не громадян Ватикану (http://ru.wikinews.org).

Норма злочинності – як певний її рівень в суспільстві/державі, як це не парадоксально звучить, є нормальним явищем. В світі не знайдеться ані сучасного, ані історичного типу суспільства, яке б не стикалося з проблемою злочинності. Якби по мірі того, як суспільство переходить від нижчих форм до вищих, рівень злочинності, тобто співвідношення між кількістю щорічно вчинюваних злочинів та кількістю населення, мав тенденцію до зниження, можна було б вважати, що злочинність, залишаючись нормальним явищем, поступово втрачає такий характер. Втім, в нас немає підстав вважати, що таке зниження дійсно має місце. Багато фактів свідчать про наявність протилежної тенденції. З початку XIX століття статистика дозволяє нам слідкувати за розвитком злочинності. Вона усюди зросла. У Франції злочинність збільшилася приблизно на 300 %. Немає ніякого іншого феномену, який би мав настільки беззаперечні ознаки нормального явища, оскільки злочинність тісно пов'язана з умовами життя будь-якого колективу (Дюркгейм Э. Норма и патология // Социология преступности (Современные буржуазные теории). – М.: Издательство «Прогресс», 1966. – с. 39-40). Резюмуючи, слід погодитися, що злочинність як явище є нормальною, втім може приймати і ненормальні, тобто патологічні форми, коли рівень злочинності є надзвичайно високим, тобто значно вищим рівня, характерного для певного суспільства.

Отже, Дюркгейм Е. пов'язує злочинність з нормою як явище в цілому, та з певним її рівнем, характерним для визначеного суспільства. Як же норма злочинності пов'язана з розширенням сфери застосування приватних засад в кримінальному праві? Норма злочинності в залежності від її рівня зумовлює відповідний рівень порогу криміналізації – низький або високий.

При рівні злочинності нижче норми, тобто у випадку ефективної реалізації завдань кримінального законодавства, поріг криміналізації стає нижчим, що відповідно тягне за собою посилення кримінальної репресії за незначні кримінальні правопорушення (кримінальні проступки, злочини невеликої тяжкості та в цілому і середньої тяжкості). Правоохоронні органи націлені на боротьбу з найменш суспільно-небезпечними посяганнями, поряд з можливими тяжкими та особливо тяжкими злочинами.

При рівні злочинності вище норми, держава стає неспроможною стримати вал злочинності, зокрема тяжкої та особливо тяжкої. Кримінальні проступки, злочини невеликої та середньої тяжкості умовно відходять на другий план серед завдань правоохоронних органів. І саме тут, на допомогу законодавцю приходять приватні (диспозитивні) засади в

кримінальному праві: розширення обсягу приватного кримінального переслідування та примирення.

З огляду на тенденції розвитку кримінального і кримінального процесуального законодавства за останні десять років, можна зі впевненістю говорити про наявність приватноправової тенденції розвитку українського законодавства кримінального циклу.

Коломиец Ю. Ю.

Национальный университет «Одесская юридическая академия»
доцент кафедры уголовного права, кандидат юридических наук, доцент

ОБЩЕСТВЕННО ЛИ ОПАСНО ПРЕСТУПНОЕ ДЕЯНИЕ?

В уголовно-правовой доктрине часто ведутся оживленные дискуссии относительно законодательной конструкции понятия преступления. Одни ученые считают, что оно должно быть формальным, другие – материальным, третьи – формально-материальным.

Украинский законодатель, следуя уже сложившейся практике, наиболее приемлемым посчитал формально-материальное определение преступления, согласно которому преступление – это предусмотренное уголовным законом общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом преступления.

Указывая на общественную опасность деяния, законодатель не учел то, что в современных условиях первостепенное значение имеют личные интересы, а не общественные.

Новое поколение независимой Украины вряд ли сможет понять, как, совершая преступление, в отношении конкретного потерпевшего, виновный наносит вред всему обществу.

Некоторые постсоветские государства уже отказались от общественной опасности как признака преступления. Так, согласно ст. 14 УК Республики Молдова преступлением является наносящее вред деяние (действие или бездействие), предусмотренное уголовным законом, совершенное виновно и уголовно наказуемое. При этом не уточняется, чему именно причиняется вред и какова степень вреда преступления.

На наш взгляд такое определение преступления не раскрывает его сущности и содержания, не позволяет отграничить преступление от иных правонарушений, так как почти все правонарушения причиняют вред кому-, чему-нибудь.

Пропагандируя частные начала во всех сферах жизнедеятельности человека, в том числе и в уголовном праве, ученые забыли, в чем заключается подлинное значение указания на то, что преступление является общественно опасным. Между тем, еще Ч. Беккария писал: «истинным мерилом преступлений является вред, который они причиняют обществу»

(Беккариа Чезаре. О преступлениях и наказаниях / Чезаре Беккариа. – М., 1939. – С. 226).

На начальном этапе становления уголовного права преследование за совершенное преступление осуществлялось потерпевшим с помощью силы всего рода и лишь после того, как род был раздроблен на отдельные семьи право уголовного преследования постепенно было передано в руки публичной власти, которая охраняла общество в целом.

Таким образом, в уголовном праве частный интерес всегда был осознанной необходимостью вначале всего рода, а затем и всего общества.

Однако общественная опасность преступного деяния проявляется не в том, что частные интересы превращаются в публичные, так как граждане не в состоянии самостоятельно защитить свои права, а в том, что если посягательство направлено на блага и ценности, которые важны для каждого человека, в обществе возникает чувство социального страха.

Более того, если виновный нарушил общепризнанные правила поведения в отношении одного человека, существует большая вероятность того, что он нарушит их еще раз в отношении другого.

Блага и ценности, на которые посягают преступления, настолько велики, что граждане готовы были на ограничение своих прав и интересов в обмен на защиту со стороны государства.

К сожалению, на современном этапе развития государства и общества человек чувствует себя незащищено. В связи с этим, в уголовно-правовой науке стали появляться высказывания о том, что переданная уголовно-правовая компетенция может быть обществом у публичной власти отозвана или, говоря иначе, сокращена, ограничена, преобразована (Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ / А. Э. Жалинский. – М.: Проспект, 2009. – С. 47).

Возникает вопрос: В отношении, каких деяний уголовно-правовая компетенция может быть отозвана у публичной власти?

На наш взгляд государство в лице правоприменителя не имеет право считать общественно опасными деяния, направленные против порядка управления, если оно не состоянии защитить своих граждан.

Против данного утверждения можно возразить, сославшись на то, что в Уголовном кодексе Украины 2001 года не предусмотрена ответственность за преступления против порядка управления. На самом деле отсутствие отдельного раздела в УК Украины, содержащего перечень преступлений против порядка управление, не означает, что государство не охраняет, установленный ею порядок.

Анализ действующего уголовного законодательства Украины к преступлениям против порядка управления позволяет отнести: преступления против основ национальной безопасности, преступления в сфере хозяйственной деятельности, преступления в сфере охраны государственной тайны, неприкосновенности государственных границ, обеспечения при-

зыва и мобилизации, преступления против авторитета органов государственной власти, органов местного самоуправления и объединений граждан, преступления в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг, преступления против правосудия, преступления против установленного порядка несения воинской службы (воинские преступления).

Думается, что именно названный перечень преступлений нуждается доработке с учетом степени общественной опасности, совершенного деяния. Возможно, некоторые из них можно было бы отнести или к административным правонарушениям, или к уголовным проступкам.

Михайленко Д. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ЕЛЕМЕНТІВ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ДЕЛІКТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Кримінальний закон не вказує на мінімальний розмір хабара, наявності якого достатньо для кваліфікації діяння як одержання чи давання хабара, тому отримання-давання як хабара предмета будь-якої цінності вже утворює склади, передбачені ст.368 КК і ст.369 КК. В юридичній літературі неодноразово пропонувалося встановити більш м'яку кримінальну відповідальність за дрібне хабарництво, при цьому доцільність введення цієї норми пояснюється сприянням більш глибокій диференціації відповідальності за хабарництво. У зв'язку із цим, окремою серйозною проблемою взаємодії кримінального та адміністративного законодавства в сфері протидії корупції є розмежування дії ст. 172-2 КУпАП та суміжних статей КК України, якими є ст. 368 КК та ст. 368-2 КК.

Так, згідно з ст. 172-2 КУпАП корупційним адміністративним правопорушенням є порушення обмежень щодо використання службового становища з одержанням за це неправомірної вигоди. Аналіз ст. 6 Закону України «Про засади запобігання і протидію корупції» (далі – Закон) показує, що об'єктивна сторона зазначеного адміністративного правопорушення може повністю співпадати з об'єктивною стороною одержання хабара. Відмінність лише у тому, що за ст. 172-2 КУпАП відповідальність наступає при вчинені дій по службі з одержанням неправомірної вигоди до 100 НМДГ, а за ст. 368 КК – при одержанні неправомірної вигоди (хабара) у будь-якому розмірі незалежно від подальшого вчинення будь-яких службових дій.

За такої ситуації можна дійти висновку, що у випадку одержання незаконної винагороди у розмірі до 100 НМДГ (57 350 грн. у 2013 році) за використання своїх службових повноважень, така діяльність становитиме адміністративне правопорушення (ст. 172-2 КУпАП), а якщо розмір неза-

конної винагороди буде вищим, то тільки у цьому випадку відповідальність може наставати за ст. 368 КК. Чи означає це те, що з 01.07.2011 року встановлено мінімальний розмір хабара для визнання дій особи злочином?! Звичайно ж такі міркування не можуть бути правильними та не відповідають законодавству хоча б тому, що одержання незаконної винагороди у будь-якому розмірі згідно із ст. 368 КК вже містить склад одержання хабара і в силу припису ч. 2 ст. 9 КУпАП не може розцінюватися як адміністративне правопорушення.

Між тим, суди інколи вбачають, що ст. 368 КК та ст. 172-2 КУпАП конкурують і віддають перевагу при її вирішенні останній. Так, в ухвалі апеляційного суду Кіровоградської області по справі № 10-378/11 від 11.10.2011 року зазначено, що зазначені статті за своїми диспозиціями передбачають відповідальність різного виду за аналогічні діяння, а фактична відмінність наведених норм полягає у визначеному законодавцем розмірі незаконної винагороди. Як видається, таке міркування ґрунтується на невірному визначенні співвідношення таких злочинів як хабарництво (ст.ст. 368, 369 КК), комерційний підкуп (ст.368-3 КК), підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК) з однієї сторони, та незаконного збагачення (ст. 368-2 КК), з іншої, а також на невірному визначенні призначення ст.ст. 172-2, 172-3 КУпАП та їх співвідношення із означеними вище статтями КК і зумовлюється невдалим формулюванням складів названих адміністративних правопорушень.

Визнаним є те, що шкода охоронюваному об'єкту наноситься незалежно від розміру хабара. Відповідальність за хабарництво наступає за сам факт давання-одержання хабара незалежно від розміру винагороди, яка передається. Хабарництво в окремих ситуаціях може мати серйозний характер, навіть якщо при цьому йдеться про невелику вартість предмета хабара. Невеликий розмір переданого хабара безпосередньо не знижує рівня суспільної небезпеки хабарництва, а лише може свідчити, що куплена поведінка службовця не є особливо значимою. Невеликий розмір переданого хабара доцільно враховувати як обставину, що пом'якшує покарання, а в окремих ситуаціях вирішувати питання про застосування ч. 2 ст. 11 КК про малозначність діяння, а не вводити адміністративну відповідальності за дрібне хабарництво. При цьому необхідно пам'ятати, що при визнанні посягань, передбачених ст.ст. 368 та 369 КК, малозначними, необхідно брати до уваги не стільки розмір хабара, стільки рівень значимості діяльності службової особи, за яку дається останній, а також враховувати обґрунтовану тезу Б. В. Волженкіна, що незалежно від розміру хабара діяння повинно розцінюватися як одержання хабара у випадках: 1) якщо мало місце вимагання цієї винагороди; 2) якщо винагорода передавалася за незаконні дії (бездіяльність); 3) якщо винагорода мала характер підкупу.

Разом із тим, очевидно, що за 100 НМДГ чи навіть меншу суму службовця можна зорієнтувати на вчинення досить значимої поведінки, що зу-

мовить суспільну небезпечність такого діяння. Крім того, встановлення мінімального розміру кримінально карного хабарництва буде сприяти безкарності хабарництва у «кримінальних» розмірах, оскільки практично неможливо буде довести наявність у діях особи ознак продовжуваного давання чи одержання хабара, які здійснюються тотожними діями у «некримінальних» розмірах.

У зв'язку із викладеним, КК не повинен і не передбачає виключення кримінальної відповідальності за хабарництво у невеликих розмірах. Системне тлумачення ст. 368-2 КК та ст.172-2 КУпАП, зокрема розміру предметів цих правопорушень (у ст. 368-2 КК мінімально караний розмір неправомірної вигоди більший ніж 100 НМДГ, а у ст. 172-2 КУпАП її максимальний розмір не перевищує 100 НМДГ) дозволяє прийти до висновку, що ст. 172-2 КУпАП встановлює адміністративну відповідальність за незаконне збагачення до 100 НЖДГ, а ст. 368-2 КК закріплює вже кримінальну відповідальність за таке ж незаконне збагачення проте у розмірі вище 100 НМДГ. При цьому ст.ст. 172-2 та 172-3 КУпАП, як і ст. 368-2 КК, можуть бути застосовані лише у випадках, коли дії особи не містять ознак хабарництва. Відсутність же кримінальної відповідальності за аналогічні як і у ст.172-3 КУпАП діяння проте при розмірі неправомірної вигоди більшому ніж 100 НМДГ є прогалиною, яку необхідно невідкладно усувати шляхом корекції КК України.

На сьогодні в Україні діє єдиний механізм правового впливу на корупцію, який об'єктивується через відповідні елементи, а саме через положення Конституції України, Закону, КК України та КУпАП. При цьому, кожен елемент виконує окрему, незамінну функцію. А оскільки наведені нормативні акти є елементами одного механізму, то вони повинні бути побудовані за однією концептуальною моделлю, містити споріднені формулювання та чіткі розмежувальні ознаки, за якими з достовірністю можна буде обирати різні, визначені цими актами інструменти впливу на корупцію. Разом із тим, антикорупційні положення зазначених актів є складними за змістом та характеризуються суперечливим співвідношенням, що потребує невідкладного виправлення.

Мирошниченко Н. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального права

НЕПОВНОЛІТНІЙ ЯК СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ

До найбільш актуальних та дискусійних питань останнього часу у доктрині кримінального права є проблема запровадження інституту кримінальних проступків у діючому законодавстві України. У науковій літературі з даного приводу висловлюються різноманітні наукові думки, одні науковці виступають проти запровадження такого інституту, інші (напри-

клад, В. І. Борисов, Д. О. Балобанова, М. М. Дмитрук, І. П. Голосніченко, О. О. Кашкарова, В. М. Куц, Н. А. Мирошниченко, В. О. Навроцький, О. В. Остроглядч , В. О. Туляков, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк) вважають це необхідним заходом у на сьогодні. Проте, на нашу думку, запровадження інститут кримінальних проступків «справа часу». На це вказує той факт, що у діючому Кримінально-процесуальному кодексі України (далі – КПК України) встановлюється особливості досудового розслідування кримінальних проступків (глава 25 КПК України). Крім того у Верховній Раді України зареєстровані два проекти щодо запровадження зазначеного інституту (далі-проекти), а саме: групою народних депутатів України у складі В. М. Стретовича, С. П. Головатого, Д. М. Притики, Е. В. Шишкіної, які підготували проект Закону України « Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків», реєстр № 10126 від 26 лютого 2012 року. Також проект Закону України В. Д. Швеца « Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» реєстр № 10146 від 03.03.2012 року.

Окремими питаннями кримінального проступку займаються такі науковці, як: В. І. Борисов, Д. О. Балобанова, Н. Л. Березовська, М. М. Дмитрук, І. П. Голосніченко, О. О. Кашкарова, Ю. Ю. Коломієц, В. М. Куц, Н. А. Мирошниченко, В. О. Навроцький, О. В. Остроглядч , В. О. Туляков, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк та інші.

Оскільки дане питання на законодавчому рівні не визначено у теорії кримінального права існують різні спірні питання. У даній статті ми розглянемо деякі спірні питання щодо доцільності чи недоцільності визнання неповнолітніх осіб суб'єктами кримінальних проступків. Необхідно визначитись з якого віку буде наставати кримінальна відповідальність за кримінальні проступки.

Відповідно до змісту проектів кримінальна відповідальність за проступки повинна наставати з 16 років. Вирішення даного питання напряму залежить від того, які саме діяння будуть віднесені до категорії проступків. У науковій літературі висловлюється різні думку. Так, М. М. Дмитрук вважає, що до проступків необхідно віднести деякі адміністративні правопорушення, а також злочини невеликої тяжкості, що не володіють високим ступенем суспільної небезпеки, а також злочини невеликої та окремі середньої тяжкості, які посягають на суспільні відносини у сфері регуляції систем управління (Дмитрук М. М. Категорія проступку у кримінально-правовій доктрині: автореф. дис. с.3-4). Схожу думку висловлює також М. І. Хавронюк (Хавронюк М. І. Концепцією визначення: адміністративні проступки, кримінальні проступки, злочини. Настав час розмежування. с.182-183).

В. І. Борисов пропонує значну частину злочинів невеликої тяжкості віднести до кримінального проступку (Борисов В. І. Проблеми запро-

вадження у законодавство України інституту кримінального проступку с. 180).

Аналіз наукових думок з даного питання дає змогу зробити висновок, що більшість науковців вважають необхідним до кримінальних проступків віднести окремі злочини, які відповідно до діючого Кального кодексу України (далі КК – України) є невеликої тяжкості, а також певні види адміністративних правопорушень, які мають судову юрисдикцію. Так відповідно до діючого КпАП відповідальність за адміністративні делікти настає з 16 років, а також відповідно до діючого КК України за злочини невеликої тяжкості настає кримінальна відповідальність також з 16 років, оскільки у переліку, якій передбачений у ч. 2 ст. 22 КК не зазначається жодного злочину невеликої тяжкості. З огляду на зазначене, на нашу думку, неповнолітні особи за вчинення кримінального проступку повинні підлягати до кримінальній відповідальності з 16 років.

Зазначений вік відповідає нормам міжнародного законодавства, а саме п. 4.1. Мінімальних стандартних правил ООН, які стосуються застосування правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила) «у правових системах, в яких визнається поняття віку кримінальної відповідальності для неповнолітніх, нижня межа такого віку не повинна встановлюватися на занадто низькому віковому рівні, враховуючи аспекти емоційної, духовної та інтелектуальної зрілості». За даними медицини, педагогіки саме к 16 рокам у неповнолітніх осіб формуються вольові властивості, вміння повністю контролювати свою поведінку, здатність усвідомлювати свої вчини у повному обсязі. Тобто у даному віці особа (яка має нормальний фізичний та психічний розвиток) може повністю усвідомлювати сутність і суспільну небезпеку протиправних своїх дій. Застосовувати занадто суворі заходи до осіб, які не досягли 16-річного віку за кримінальні проступки недоцільно, оскільки це призведе до зайвої криміналізації суспільства, а також може викликати агресію з боку підлітків. До таких осіб для виправлення необхідно застосовувати заходи більш виховного характеру.

Збільшення віку за кримінальні проступки ніж 16 років також є не доцільним, оскільки встановлення віку на високому рівні дозволить неповнолітнім, схильним до девіантної поведінки, залишатись безкарними. Значну кількість неповнолітніх втримує від вчинення протиправних діянь саме страх перед відповідальністю.

З огляду на зазначене пропонуємо при розробці та прийняті нормативного акту, який буде передбачати інститут кримінальних проступків, врахувати зазначене і закріпити наступні положення:

Суб'єкт кримінальних проступків

«Суб'єктом кримінальних проступків є фізична, осудна (обмежена осудна) особа, яка вчинила кримінальний проступок у віці з 16 років» .

Вечерова Є.М.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ НАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

За влучним висловом О.І. Бойка, в сучасному світі міжнародне та внутрішнє право – постійні конкуренти з управління (Бойко А. И. Системная среда уголовного права : автореф. дис. на соиск. учен. степени докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / А. И. Бойко. – М., 2008. – с. 18).

Більше того, в науковому середовищі досить поширеною є точка зору про те, що одним із «мірил» ефективності національного кримінального законодавства виступає ступінь його відповідності приписам міжнародного права та міжнародно-правових стандартів в кримінально-правовій сфері.

Ми вже раніше писали про те, що з метою об'єктивного використання даного критерію необхідно зробити певні застереження.

Так, не можна скидати з рахунків той факт, що глобалізація (навіть під гаслом міжнародного права), крім позитиву таїть у собі й ряд негативних моментів.

Право є інструментом, що створюється кожним суспільством для вирішення конфліктів, які виникають в ньому. Орієнтація на міжнародно-правові стандарти є можливою лише в межах їх узгодженості з національними цінностями, нормами, інститутами та процедурами (Оборотов Ю. М. Традиції та оновлення у правовій сфері : питання теорії (від пізнання до розуміння права) : Монографія / Ю.М. Оборотов. – Одеса : Юридична література, 2002. – с. 46).

Слід мати на увазі й те, що міжнародне право сьогодні далеке від ідеального та характеризується фрагментарністю.

Пояснення такої ситуації слід шукати в тому, що концептуальну основу чинного міжнародного права де факто складають філософські переконання західного суспільства і західної культури (Карташкин В. А., Лукашева Е. А. Международно-правовые стандарты прав человека: универсализм, регионализм, реалии / В.А. Карташкин, Е.А. Лукашева // Государство и право. – 2010. – № 7. – С. 37-45].

Доречно послатися на одного з провідних фахівців у галузі міжнародного права, професора В.В. Гаврилова, який вірно зауважує, що міжнародне та внутрішньодержавне право – різнопорядкові правові конструкції, які мають відмінну природу, сферу дії, джерела та призначення, тому вони об'єктивно не можуть бути або ставати частиною одне одного. Разом із тим вони тісно переплітаються між собою і має місце їх взаємна потреба одне в одному (Гаврилов В. В. Международная и национальные правовые

системы: понятие и основные направления взаимодействия : автореф. дис. на соиск. учен. степени докт. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Международное право, европейское право» / В.В. Гаврилов. – Казань, 2006. – с. 8-9, 25).

Вищенаведене твердження резонне й щодо співвідношення національного кримінального та міжнародного публічного права. Крім того, воно цілком узгоджується із двома основними постулатами теорії аутопойезису, яка допомагає краще зрозуміти право постмодерну: по-перше, соціальні системи завжди є відкритими; по– друге, має місце взаємозалежність даних систем між собою, яка полягає в умінні однієї системи адаптуватися до предструктурованої реальності іншої системи.

Як відомо, один із загальних законів управління вимагає не регулювати ті ділянки життя, які цього гостро не потребують, тобто саморегулюються. Дане правило можна застосувати і до проблематики узгодженності міжнародних та внутрішньодержавних норм. Якщо національне кримінальне право справляється із соціальним навантаженням і не має надмірних витрат на цьому шляху, реформувати його тільки на тій підставі, що ця ділянка правової системи ще не оновлена, означає порушувати базові засади управління. Втручання міжнародного права в національне кримінальне право повинно бути ощадливим, обмеженим, розважливим і діловитим.

Якщо ж висловлюватися більш предметно, то базові принципи криміналізації діянь на національному рівні (наприклад, їх масовість) не повинні підмінятися «квазіпринципами» типу необхідність виконання взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань, що часто ми можемо спостерігати на практиці. Недотримання цього постулату призводить до безпідставної криміналізації і, врешті-решт, до колізій та криміногенності самого кримінального закону.

Проілюструємо наше твердження на конкретному прикладі.

Так, тероризм як соціально-психологічне явище і терористичний акт, як його одиничний прояв, є поширеними здебільшого у державах Близького Сходу, Північної Америки та Росії. Для України дане явище загалом не є характерним. Разом із тим в КК України існує ст. 258 КК («Терористичний акт»). Крім того, в 2006 р., у зв'язку із ратифікацією Україною Конвенції РЄ про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р. КК України був доповнений ст.ст. 258 1 – 258 5 КК, які багато в чому носять «штучний» характер, створюють «надмірну» криміналізацію та ряд колізій (Ємельянов В. П., Новікова Л. В., Семикін М. В. Терористичні злочини: кримінально-правова характеристика та питання вдосконалення антитерористичного законодавства: Монографія / За заг. ред. докт. юрид. наук, проф. В.П. Ємельянова. – Харків: вид-во «Кроссроуд», 2007. – 216 с).

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити наступні висновки.

Для сучасного міжнародного права є характерними фрагментарність, європоцентризм та орієнтація виключно на цінності європейської

культури, що ставить під сумнів його абсолютний примат над національним кримінальним правом.

Національне кримінальне право та міжнародне публічне право – різнопорядкові правові конструкції. Разом із тим вони тісно переплітаються між собою і має місце їх взаємна потреба одне в одному.

Втручання міжнародного права в національне кримінальне право повинно носити субсидіарний характер та не входити в суперечність із базовими принципами криміналізації діянь, в протилежному випадку буде мати місце безпідставна криміналізація, колізії та криміногенність самого кримінального закону.

Горох О. П.

Національний університет «Києво-Могилянська академія»,
доцент кафедри галузевих правових наук, кандидат юридичних наук, доцент

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ОСІБ, ЗАСУДЖЕНИХ ЗА ДІЯННЯ, КАРАНІСТЬ ЯКОГО УСУНУТА ШЛЯХОМ ВИКЛЮЧЕННЯ З КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ СТАТТІ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ

1. Звільнення від покарання осіб, засуджених за діяння, караність якого усунута, передбачене ч. 2 ст. 74 Кримінального кодексу України (далі – КК). Застосування положень цієї норми ґрунтується на положеннях ст. 5 КК про зворотну дію кримінального закону у часі. Так, згідно з ч. 1 ст. 5 КК закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість. Звільнення від покарання осіб, засуджених за діяння, караність якого усунута, здійснюється судом (ч. 1 ст. 74 КК).

2. Караність діяння може бути усунена законодавцем у різний спосіб, зокрема, шляхом: 1) виключення з положень «нового» Кримінального кодексу діянь, відповідальність за які була передбачена «старим» Кодексом; 2) виключення з чинного Кримінального кодексу певної статті (частини статті) Особливої частини Кодексу; 3) внесення до диспозиції статті (частини статті) Особливої частини Кримінального кодексу певних змін; 4) внесення змін до норм Загальної частини КК; 5) внесення змін до інших нормативно-правових актів, зокрема, Кодексу України про адміністративні правопорушення.

3. Одним із способів усунення законодавцем караності діяння є виключення з чинного Кримінального кодексу певної статті (частини статті) Особливої частини Кодексу. Так, на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо перетинання державного кордону України» № 1723-IV від 18 травня 2004 р. з Кримінального

кодексу виключено статтю 331; на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо запобігання тероризму» № 170-V від 21 вересня 2006 р. – частини 4, 5 ст. 258; на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» № 270-VI від 15 квітня 2008 р. – ст. 188, ч. 1 ст. 413; на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» № 4025-VI від 15 листопада 2011 р. – статті 202, 203, 207, 208, 214, 215, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 230, 234, 235. Відповідно особи, засуджені за ці діяння, підлягають, як правило, негайному звільненню від призначеного судом покарання.

Водночас, застосовуючи закон про кримінальну відповідальність у цій частині судам треба мати на увазі застереження, що містяться у прикінцевих положеннях відповідних Законів. Так, згідно з п. 6 Прикінцевих положень Закону № 270-VI від 15 квітня 2008 р. суди мали переглянути кримінальні справи стосовно осіб, які вчинили злочин, передбачений ст. 188 КК, для вирішення питання щодо зміни кваліфікації дій цих осіб на інші відповідні частини статей КК.

Проведене нами узагальнення судової практики щодо перегляду кримінальних справ стосовно осіб, які вчинили злочин, передбачений ст. 188 КК, свідчить про те, що окремі суди неоднаково застосовували закон про кримінальну відповідальність у цій частині. Так, постановою Згурівського районного суду Київської області від 3 вересня 2008 р. О., засудженого вироком цього районного суду від 23 червня 2005 року за ч. 1 ст. 188 КК до 3 років позбавлення волі із застосуванням статей 75 КК, на підставі ч. 2 ст. 74 КК було звільнено від покарання у зв'язку з декриміналізацією цього діяння Законом № 270-VI від 15 квітня 2008 р. При цьому питання щодо зміни кваліфікації дій О. на іншу відповідну частину статті Кримінального кодексу України всупереч п. 6 Прикінцевих положень цього Закону судом не вирішувалося. Таке застосування закону про кримінальну відповідальність, на нашу думку, суперечить його змісту.

Вважаємо правильною практику тих судів, які переглядаючи кримінальні справи стосовно осіб, котрі вчинили злочин, передбачений ст. 188 КК, перекваліфіковували дій цих осіб на відповідні частини ст. 185 КК. Прикладом такого правильного вирішення аналізованого питання є постанова Солонянського районного суду Дніпропетровської області від 13 червня 2008 р. стосовно Л., який вироком Жовтневого районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 6 квітня 2005 р. був засуджений за ч. 2 ст. 188, ч. 2 ст. 15 – ч. 2 ст. 188 КК із застосуванням ст. 70 КК до 5 років 6 місяці позбавлення волі. Солонянський районний суд Дніпропетровської області, переглядаючи кримінальну справу щодо Л. дійшов обґрунтованого висновку про те, що оскільки засуджений Л., вчи-

нив повторну крадіжку чужого майна та замах на повторну крадіжку чужого майна, його дії підлягають перекваліфікації з ч. 2 ст. 188 КК на ч. 2 ст. 185 КК України та з ч. 2 ст. 15 – ч. 2 ст. 188 на ч. 2 ст. ч. 2 ст. 15 – ст. 185 КК відповідно.

4. Звільнення від покарання за аналізованою підставою треба відрізняти від звільнення від покарання осіб, засуджених за діяння, караність якого усунута шляхом внесення до диспозиції статті (частини статті) Особливої частини Кримінального кодексу певних змін. Наприклад, Законом № 4025–VI від 15 листопада 2011 р. була виключена кримінальна відповідальність за «товарну» контрабанду (ст. 201 КК). У зв'язку з цим особи, засуджені за контрабанду товарів підлягають негайному звільненню від призначеного судом покарання. Так, вироком Сумського районного суду Сумської області від 18 червня 2010 р. Н. був засуджений за ч. 2 ст. 201 КК до 5-ти років позбавлення волі, із застосуванням ст. 75 КК звільнений від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на 3 роки. Краснопільский районний суд Сумської області своєю постановою від 3 лютого 2012 р. на підставі ч. 2 ст. 74, ч. 2 ст. 5 КК звільнив Н. від покарання, призначеного Сумським районним судом Сумської області у зв'язку з декриміналізацією законодавцем контрабанди товарів, вчиненої у великих розмірах.

Особи, які відбувають покарання, призначене за сукупністю злочинів або сукупністю вироків, у разі звільнення від покарання за окремі злочини на підставі ч. 2 ст. 74 КК, продовжують відбувати покарання, призначене судом за інші злочини, що входять у сукупність, якщо це покарання ними ще не відбуте.

Давиденко М. Л.
Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна,
доцент кафедри правосуддя, кандидат юридичних наук, доцент

Сірик О. М.
Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТЛУМАЧЕННЯ СТАТТІ 152 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Державно-правова дійсність українського суспільства наразі слідує за сучасними європейськими стандартами гарантій захисту прав людини та основоположних свобод. У зв'язку з цим підходом розвивається та вдосконалюється українське законодавство враховуючи всі ті вимоги та рекомендації, що адресуються міжнародно-правовою спільнотою.

Концепція української кримінально-правової доктрини сьогодні звертає увагу та враховує всі важливі рекомендації щодо вдосконалення та «поліпшення» законодавства у сфері дії кримінального права. В цьо-

му аспекті важливо зазначити, що окрема категорія правових інститутів у кримінальному праві потребує інноваційних та якісно нових науково-практичних підходів з урахуванням положень міжнародно-правових стандартів. Не виключенням є теоретико-правові засади інституту злочинів проти статевої свободи.

Окремої уваги потребує якісно новий підхід до тлумачення негативних наслідків злочинних посягань, що регулюються ст. 152 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи є посяганнями на особисту автономію, фізичне та психічне благополуччя.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» зазначено, що не становить особливо тяжких наслідків вагітність потерпілої, а також втрата нею незайманості (дефлорація) внаслідок згвалтування. Найбільш уразливою тут є моральна (психічна) складова здоров'я, оскільки особа перебуває у глибоких душевних хвилюваннях, пригніченому емоційному настрої, переживає почуття сорому, безпорадності. З огляду на досить вразливу та несприятливу обставину, слід враховувати, що потерпіла особа зазнає небажаних, неочікуваних наслідків. На нашу дуку, тяжкі наслідки полягатимуть не тільки в душевних хвилюваннях та пригніченому емоційному стані, стресі, але й виражатимуться в таких обставинах, як небажана (незапланована) вагітність або втрата незайманості (дефлорація). Оскількі такі наслідки є небажаними, в результаті такого посягання було порушено плани на майбутнє, на самовизначеність та самореалізацію особи в освітньому чи професійному напрямку; слід враховувати також, що негативні наслідки такого злочинного посягання уразило релігійні переконання та індивідуальну морально-етичну ідологію та самовизначеність що у майбутньому може зумовити виникнення психічних розладів, фобій, довготривалого процесу адаптації до тих звичних умов життя в суспільстві, які існували до посягання.

Враховуючи поширене використання та посилання на норми міжнародно-правових договорів, та практику європейського суду з прав людини виникає обґрунтована необхідність детально проаналізувати, можливо переглянути межі відповідальності винної сторони, що посягала, чи здійснила посягання на статеву свободу і недоторканість потерпілої особи; здійснити новий, більш широкий науковий підхід до тлумачення поняття «негативні наслідки» злочину, що регулюється статтею 152 КК України. Розробити науково-практичні рекомендації щодо більш суворих мір відповідальності за скоєння такого роду злочинів, зокрема визначення більш суворого порядку та суми відшкодування моральної шкоди потерпілій стороні. Тут важливо зазначити, що необхідно окремо приділити увагу не тільки винній стороні, та його засудження, але й потерпілій стороні, як особи, чиї природні права, недоторканість та честь були порушені.

Пойзнер О. Б.
Начальник відділу прокуратури Одеської області,
старший радник юстиції, кандидат юридичних наук,
Почесний працівник прокуратури України

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНІВ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ З ВИКОРИСТАННЯМ БАНКІВСЬКИХ ПОСЛУГ ТА ТЕХНОЛОГІЙ

У сучасних умовах належна організація і функціонування банківської системи у державі є, насамперед, запорукою її економічного розвитку. Банківська сфера складає стратегічний сегмент ринкової економіки та грає провідну роль у забезпеченні стабільних економічних відносин. Зокрема в умовах ринкової економіки забезпечується потреба фізичних та юридичних осіб отримувати якісні банківські послуги, починаючи від належного здійснення платежів, надання кредитів, послуг по операціях з цінними паперами, і, закінчуючи, своєчасним поверненням вкладів, тощо. Рівень довіри клієнтів до конкретних банківських установ і до стану контролю за діяльністю кредитно-фінансової системи взагалі є чинником, який забезпечує ефективність економічної політики держави.

Тому нагальним завданням державних органів влади в організації діяльності у банківській та кредитно-фінансовій сферах, є забезпечення гарантій збереження та повернення вкладів фізичних та юридичних осіб, а також розвиток і стабільна діяльність банківських установ. Забезпечення таких гарантій має багато складових і однією з них виступає своєчасне розкриття та розслідування злочинів, що вчинюються з використанням механізмів банківських послуг та технологій.

Через протиправну діяльність у фінансово-кредитній і банківській сферах економіка України втратила і продовжує втрачати значну суму коштів, які, до того ж, виводяться за межі держави. Валютні цінності, котрі незаконно переведені за межі України, обчислюються мільярдами доларів.

Об'єктами злочинних посягань стають не тільки кредити та кошти юридичних і фізичних осіб, а й кошти, що виділяються для соціальної підтримки малозабезпечених верств населення.

Тому злочини, що скоюються з використанням банківських послуг та технологій можливо віднести до одних з найнебезпечніших у сфері фінансово-економічної та господарської діяльності, оскільки їх наслідком є не тільки завдання шкоди інтересам окремих суб'єктів підприємницької діяльності, а й дестабілізація економічного розвитку держави у цілому та зневіра громадян у спроможності інститутів державної влади захистити їх конституційні права.

Все зазначене свідчить про необхідність посилення вимог щодо працівників правоохоронних органів в частині удосконалення й поглиблення їх професійних знань стосовно банківського законодавства, особливостей способів вчинення злочинів з використанням банківських послуг та тех-

нологій, методик виявлення та розслідування таких злочинів, а також постійного вивчення причин та умов, що сприяють їх скоєнню.

Слід звернути увагу на найбільш розповсюджені й небезпечні прояви протиправного використання банківських послуг та технологій.

Злочини у сфері банківської діяльності можна визначити як корисливі посягання на фінансові ресурси банків або інших кредитно-фінансових установ, вклади фізичних осіб або кошти інших суб'єктів підприємницької діяльності, вчинені з використанням певних кредитно-банківських операцій уповноваженими на їх здійснення суб'єктами підприємницької діяльності або іншими особами.

Дана сфера визначається межами кредитно-фінансових операцій, передбаченими банківським законодавством та рівнем послуг, які надаються кожною з конкретних банківських установ.

Предметом посягання як правило, виступають вклади та рахунки фізичних та юридичних осіб, кредитні ресурси та фонди, майно, що знаходиться в заставі та майно власно самих банків.

Суб'єктами таких злочинів можуть бути службові особи підприємств, організацій, банківських установ, а також цілком сторонні особи.

Приводи та підстави для початку кримінальних проваджень за фактами вчинення злочинів у кредитно-фінансовій сфері з використанням банківських послуг та технологій умовно можна розділити на 2 групи. До першої групи відносяться матеріали перевірок контролюючих органів,банківського нагляду, державного комітету фінансового моніторингу або правоохоронних органів (у тому числі дані, отримані у результаті розслідування інших злочинів), якими встановлено наслідки у вигляді спричиненої реальної шкоди охоронюваним державою правам та інтересам конкретних юридичних або фізичних осіб, а також економічним інтересам держави у цілому. До другої групи слід віднести заяви окремих громадян, звернення юридичних осіб-суб'єктів господарювання, а також самих банківських установ.

Злочини з використанням банківських послуг та технологій можна умовно розділити на **три основні групи**:

– пов'язані з посяганням на майно та грошові кошти банку, кошти його клієнтів, або кошти суб'єктів підприємницької діяльності які вчинюються не працівниками банківських установ, а іншими (сторонніми) особами;

– вчинені організованими групами, до складу яких входять як сторонні особи, так і працівники банку;

– вчинені службовими особами банку, у тому числі їх керівниками.

До першої групи, у переважній більшості, відносяться шахрайство з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК України), службове підроблення (ст. 366 КК України), розкрадання (ст. 190–192), які вчиняються службовими особами організацій, підприємств, установ-кредиторів.

Окрім того, суб'єктами наведеної групи злочинів є особи, які здійснюють незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків,обладнанням для їх виготовлення (ст.200 КК України). Це можуть бути як службовці банківських установ, так і цілком сторонні особи.

У якості окремої категорії слід визначити осіб, які виготовляють, зберігають, придбають, перевозять, пересилають чи ввозять в Україну та збувають підроблені гроші, державні цінні папери, білети державної лотереї (ст. 199 КК України), чим спричиняють шкоду як економічним інтересам держави у цілому, так і окремим банкам, до яких звертаються злочинці для реалізації свого кінцевого результату (легалізації коштів).

До другої групи відносяться злочини, які вчиняються за участю працівників банку. Останні усвідомлюють, що, наприклад, з метою отримання кредиту до банку представляються завідомо неправдиві відомості про фінансовий стан позичальника і наданий кредит не буде повернуто, тобто таким чином самі стають співучасниками корисливих злочинів проти власності (ст. 190 КК України). Або ж працівники банку усвідомлюють, що зазначені дії можуть призвести до банкрутства (як фіктивного так і реального, в залежності від спрямованості умислу), але все одно сприяють укладенню кредитної угоди на отримання коштів.

При вирішенні питань про доцільність надання кредитів комерційними банками не завжди вивчається кредитоздатність позичальника. Оцінка ризику кредиту та платоспроможність клієнта визначається на рівні передбачень, часто помилкових. Як результат таких дій (бездіяльності) службових осіб – приведення банку до неплатоспроможності перед своїми клієнтами.

Для останньої, **третьої групи злочинів** притаманне те, що службові та матеріально-відповідальні особи банку, використовуючи службове підроблення, зловживаючи своїм службовим становищем заволодівають грошовими коштами та майном банку, або злочинним шляхом отримують у власність майно чи матеріальні цінності, які мають перейти до банку за заставними зобов'язаннями, тощо.

Вчинення конкретного злочину в кожному випадку визначається специфікою тієї чи іншої банківської операції, з використанням якої здійснюються злочинні дії. Перелік основних банківських операцій зазначено у ст.47 закону України «Про банки і банківську діяльність». Деякі з цих операцій складають основу для класифікації кредитно-банківських злочинів, зокрема у залежності від використанням при їх вчиненні наступних механізмів:

1) готівкових та безготівкових розрахункових операцій: операцій по відкриттю рахунків, розрахунків платіжними дорученнями, розрахунків з використанням вимог-доручень, розрахунків з використанням акреди-

тивів, міжбанківських розрахунків, операцій по веденню рахунків з використанням меморіальних ордерів;

2) валютних операцій: операцій по обміну валюти, ввезенні та вивезенні валютних цінностей, роздрібній торгівлі та наданні послуг за іноземну валюту, проведенні валютних операцій за зовнішньоторговими угодами;

3) кредитних операцій: активних та пасивних;

4) функціонування ринку цінних паперів;

5) злочини, що вчиняються з використанням електронно-обчислювальних машин та комп'ютерних мереж, а також розкрадання грошових коштів з використанням пластикових платіжних карток.

Ці злочини спричиняють шкоду як фізичним особам-вкладникам, так і суб'єктам фінансово-господарської діяльності, яка полягає у протиправному безоплатному вилученню з банківських рахунків коштів цих юридичних осіб, приводять до неплатоспроможності банків, а також підривають економічні устої держави у цілому.

Аніщук В. В.

Черкаський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», старший викладач кафедри спеціально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІШАНОЇ ФОРМИ ВИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Відповідно до статей 23, 24, 25 КК України кожен конкретний злочин може бути вчинений або умисно, або з необережності. Однак деякі норми Особливої частини КК викладені таким чином, що їх застосування потребує встановлення вини особи, яка вчинила злочин, окремо до самого діяння і окремо щодо суспільно небезпечних наслідків такого діяння.

Злочин, склад якого передбачає наявність двох різних форм вини щодо діяння і наслідків, прийнято називати злочином із змішаною формою вини. Слід зазначити, що у злочинах з так званою змішаною (подвійною, складною) виною ніякої нової форми вини немає. Є лише різне відношення до діянь і до наслідків таких діянь, що по-різному фіксується у законі.

Однак ставлення вчених-криміналістів до змішаної форми вини і тлумачення суб'єктивної сторони злочину у таких випадках в науці кримінального права є неоднозначним. Деякі вчені визнають існування змішаної форми вини, інші заперечують це. Наприклад, В. А. Нерсесян, чию думку підтримую я, визнає наявність змішаної форми вини (Нерсесян В. А. Криминологические и уголовно-правовые идеи борьбы с преступностью, 1996, с.68). Він вважає, що обґрунтуванням її існування є наступ-

не: законодавець сконструював окремі склади злочинів таким чином, що вони фактично являють собою об'єднання двох самостійних злочинів з різними формами вини. Так проявляється можливість провести межу між ставленням до злочинної дії (бездіяльності), наслідку і до окремих наслідків, що настали, а це полегшує кваліфікацію вже якісно іншого злочину. На думку А. Рарога, дві форми вини можуть паралельно існувати лише у кваліфікованих складах злочинів: умисел як конструктивний елемент основного складу умисного злочину і необережність стосовно кваліфікуючих наслідків (Рарог А. И. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть, 2001, с.172).

Аналіз вітчизняного кримінального законодавства дозволяє виділити дві групи злочинів із змішаною формою вини. Першу складають злочини, які пов'язані з порушенням спеціальних правил і настанням від цього шкідливих наслідків. Це зокрема злочини, які передбаченні ч.2 ст.121, ч.2 ст.272, ч.2 ст.273, ч.2 і ч.3 ст.276, ч.2 і ч.3 ст.281, ст.287 КК України. У злочинах, пов'язаних із порушенням тих чи інших спеціальних правил, подвійна форма вини може виявлятися в умислі щодо самого факту порушення таких правил і в необережності щодо шкідливих наслідків.

Другу групу утворюють умисні злочини, об'єктивна сторона яких характеризується двома різними наслідками, один з яких є обов'язковою ознакою основного складу злочину, другий – кваліфікуючою. При цьому психічне ставлення особи до першого наслідку характеризується умислом, а до другого – необережністю. До другої групи також відносяться злочини, передбачені статтею, в якій основний склад є умисним злочином з формальним складом, а кваліфікований – з матеріальним складом (Кондратьев Я. Ю. Уголовное право Украины: Общая часть, 2002, с.153). При цьому обставиною, що обтяжує покарання, рахуються суспільно небезпечні наслідки, до яких винна особа відноситься з необережністю (наприклад, незаконне проведення аборту, якщо воно спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої – ч.2 ст.134 КК України).

Встановлення змішаної форми вини – це необхідна умова розмежування сумісних злочинів, правильної кваліфікації вчиненого злочину та індивідуалізації покарання.

Наприклад, Пленум Верховного Суду України у постанові № 2 від 07.02.2003р. «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я особи» роз'яснив, що «Для відмежування умисного вбивства від умисного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК), суди повинні ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування змісту і спрямованості умислу винного. Питання про умисел необхідно вирішувати виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, зокрема враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причини припинення злочинних дій, поведінку винного

і потерпілого, що передувала події, їх стосунки. Визначальним при цьому є суб'єктивне ставлення винного до наслідків своїх дій: (при умисному вбивстві настання смерті охоплюється умислом винного, а в разі заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, ставлення винного до її настання характеризується необережністю.»

Досить важко визначити, які злочини із змішаною формою вини належать до умисних, а які до необережних.

Злочини з подвійною формою вини в цілому вважаються умисними, якщо відповідно до викладеного в законі складу злочину вина особи щодо вчиненого нею діяння та його «прямих» наслідків може бути лише у формі умислу, а щодо «похідних» наслідків – у формі як умислу, так і необережності або лише у формі необережності.

Злочини з подвійною формою вини в цілому вважаються необережними, якщо відповідно до викладеного в законі складу злочину вина особи щодо вчиненого нею діяння може бути як у формі умислу, так і у формі необережності, а щодо «прямих» наслідків такого діяння – лише у формі необережності (Матишевський В. С. Кримінальне право України: Загальна частина, 2001, с.145-146).

Отож, з викладеного вище можна зробити висновок, що аналіз деяких статей Особливої частини КК України свідчить про те, що є склади злочинів з складною суб'єктивною стороною – у ній поєднуються різні форми вини. Дві форми вини можуть існувати «паралельно» здебільшого в кваліфікованих складах злочинів, і у переважній більшості випадків у злочині із змішаною формою вини необережним може бути ставлення до наслідків. Значення змішаної форми вини полягає у тому, що вона дає можливість конкретизувати ступінь суспільної небезпечності злочину, визначити правильну кваліфікацію, відмежувати близькі за об'єктивними ознаками склади злочинів.

Малыца Ю. М.

Криворожский факультет Национального университета «Одесская юридическая академия», старший преподаватель кафедры уголовно-правовых дисциплин

ОБЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ КАК ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Уголовный закон ставит перед собой задачи «правового обеспечения прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя Украины от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений» (ст. 1 УК Украины), преследуя, как по своему содержанию, так и по зна-

чению основную цель – отстаивание социальных интересов граждан объединенных в государство.

Как социальное явление преступление представляет собой сложную совокупность, единство различных элементов. Рассматриваемое в ракурсе *«понятия»,* преступление содержит в себе общепризнанные признаки: совершенное субъектом *(физическим, достигшим определенного возраста, вменяемым лицом),* общественно опасное *(материальная характеристика),* виновное *(умысел или неосторожность),* деяние *(действие или бездействие),* наказуемое, противоправное *(охраняемые уголовным законом общественные отношения).*

Одним из важных институтов уголовного права является институт объекта преступления *(охраняемых уголовным законом общественных отношений).* Уяснение самого понятия и места нахождения объекта преступления в его юридическом составе определяет тот объем преступных действий, которые подлежат наказанию в соответствии с требованиями конкретных норм Особенной части уголовного кодекса Украины, одновременно позволяя провести квалификацию деяний вменяемых субъекту преступления, позволяя при этом более полно характеризовать другие элементы состава преступления.

Неоспоримое значение представляет собой общее определение объекта преступления, позволяющее установить пределы преступного, отграничить преступление от других правонарушений и явлений, которые не относятся к уголовному праву.

Ведя речь о составе преступления, мы имеем в виду элементы которые находятся во взаимосвязи, составляют его, и при этом являются равноценными по отношению друг к другу. Так как только при наличии совокупности элементов образующих состав преступления мы можем вести речь об ответственности.

Преступление, являясь правонарушением, посягает только на те интересы, на те отношения, которые в силу своей значимости находятся под охраной уголовного законодательства. В то время, как правонарушения причиняющие ущерб другим интересам не могут быть квалифицированы как преступления и поэтому не могут влечь за собой репрессий уголовного характера. В этой связи необходимо иметь в виду, что правильное представление об общем объекте преступления необходимо не только для рассмотрения в уголовно правовом, теоретическом аспекте, оно также имеет важное значение в правоприменительной деятельности практических работников. Позволяя при этом ясно представить себе сферу объекта преступления и границы области уголовно правовой охраны. Что, в свою очередь, позволяет правоприменителю избежать привлечения к уголовной ответственности и осуждения невиновных лиц, а также исключает освобождение от ответственности лиц виновных в совершении преступлений.

Построение системы Особенной части УК представлено таким образом, что, с одной стороны, разделены охраняемые уголовным законом

интересы на группы, в зависимости от их специфического значения для государства и общества и, с другой стороны, таким образом построены составы преступлений, относящиеся к соответствующей группе, служащие обеспечением надлежащей охраны интересов против которых эти преступления направлены.

Законодатель, с одной стороны, выделяет из общего числа интересов такие, которые принадлежат государству непосредственно и, наряду с этим особо берет под охрану ряд социальных установлений, рассматривая их как самостоятельных участников общественных отношений. Что так же позволяет систематизировать преступления по разделам.

В связи с обладанием участников общественных отношений разнообразными интересами, которые качественно отличаются друг от друга и в то же время нуждаются в уголовно правовой охране, законодатель делит их на однородные группы и выделяет охраняющие их нормы в особые разделы Особенной части УК.

Принцип соответствия характера интересов, охраняемых нормами, включенными в определенный раздел уголовного кодекса, характеру носителя этих интересов имеет большое значение как для установления «объема» отдельных составов, входящих в данный раздел, так и с точки зрения построения определений составов преступлений, относимых к тому или иному разделу Особенной части УК.

Отношения, возникающие в отрасли правоведения и имеющие юридическую форму, включающие в себя в качестве своей необходимой составной части субъективное право уполномоченного субъекта, следует именовать правоотношениями представляющими юридическую форму своего материального содержания, соответствующего общественного отношения.

Исходя из вышеизложенного мы приходим к выводу что в основе построения системы Особенной части уголовного законодательства лежат группы однородных интересов, принадлежащих участнику (субъекту) общественных отношений и охраняемых нормами одного и того же раздела особенной части УК.

Если, в общем, преступление может быть определено как деяние, т. е. действие или бездействие, посягающее на охраняемый уголовным правом общий объект, то каждое отдельно взятое преступление представляет собой посягательство на определенный объект.

В связи с этим, объекты преступлений находящиеся под охраной отдельных норм Особенной части УК, имеют весомое значение для установления и разрешения ряда таких моментов, как решение вопроса о круге деяний, которые запрещены или регламентированы данной нормой, так и для решения вопроса – подпадает или не подпадает данное деяние под признаки данной нормы (подлежит ли оно или нет квалификации по данной статье уголовного кодекса).

Крецул В. И.
ОСП «Николаевский институт права»
Национального университета «Одесская юридическая академия»,
старший преподаватель кафедры уголовно-правовых дисциплин

ОБЪЕКТИВНАЯ СТОРОНА ВОВЛЕЧЕНИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В ПРЕСТУПНУЮ И ИНУЮ АНТИОБЩЕСТВЕННУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Рассматривая объективную сторону вовлечения несовершеннолетних в преступную и иную антиобщественную деятельность, следует исходить из общего понятия объективной стороны: объективная сторона преступления – это общественно опасное и противоправное посягательство на охраняемые законом интересы, рассматриваемые с его внешней стороны.

Объективная сторона вовлечения (склонения) несовершеннолетних состоит в том, что преступление считается оконченным с момента совершения взрослым преступных действий в отношении детей и подростков, независимо от того, согласился ли подросток совершить преступление, к которому его склоняли, или нет, наступили ли для него вредные последствия или не наступили. Исключения здесь составляют действия взрослого, направленные на вовлечение несовершеннолетнего в пьянство, где необходимо неоднократное употребление спиртных напитков; вовлечение в занятие попрошайничеством и азартными играми также требует системы действий, т. е. это систематическое выпрашивание денег у посторонних лиц и систематическая игра с целью получения денег или других материальных ценностей. Последствия в диспозициях рассматриваемых составов не указаны и это ещё раз подтверждает, что данный состав формальный. В преступлениях с формальным составом объективная сторона характеризуется (и исчерпывается) только одним признаком – описанным в диспозиции уголовно-правовой нормы действием или бездействием. Психическое отношение к этому обязательному признаку объективной стороны и составляет содержание умысла в преступлениях с формальным составом.

Сам факт преступного влияния на психику несовершеннолетнего уже вызывает негативные изменения в его личности и создаёт реальную угрозу для наступления вредных последствий. Несмотря на это, последствия преступных действий взрослого находятся за пределами формального состава. «Последствия не являются признаками состава. При квалификации этих преступлений установление объекта обеспечивается путём установления противоправности совершённого деяния, а причинение вреда фактическим общественным отношениям презюмируется, причём эта презумпция в большинстве случаев является неопровержимой» (Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. – М., 1960).

Одним из признаков объективной стороны является способ совершения вовлечения. «Способ совершения преступления – центральный

элемент криминалистической характеристики преступления, все же остальные, несмотря на их относительную самостоятельность, находятся в большей или меньшей, непосредственной или косвенной зависимости от него» (Хмыров А. А. Криминалистическая характеристика преступления. – М., 1978). В нём выражаются как фактические, так и социальные признаки (общественная опасность) преступления, а также лица, его совершившего.

Именно поэтому способ совершения преступления относится к числу ключевых проблем правоведения, интересующих многие науки, «обслуживающие» потребности борьбы с преступностью: и криминологию, и науку уголовного процесса, и криминалистику, и судебную психологию, и другие отрасли знаний. Под способом совершения преступления понимается определённый порядок, метод, последовательность движений и приёмов, принимаемых лицом. Способ совершения преступления выступает в роли постоянных признаков, имеющих место всегда, во всех случаях, при совершении любого преступления.

Перечень способов вовлечения несовершеннолетних в преступную и иную антиобщественную деятельность, которые применяются взрослыми, весьма многообразен. К ним можно отнести: побои, уговоры, уверения в безнаказанности, лесть, угрозы, запугивание, подкуп, обман, возбуждение чувства мести, завести или других низменных побуждений, дача советов о месте и способах совершения или сокрытия следов преступления, обещание оказать содействие в реализации похищенного и др. Все эти способы имеют место в практике и устанавливаются при расследовании данной группы преступлений.

Выяснение способа вовлечения несовершеннолетних имеет уголовно-правовое, криминалистическое и криминологическое значение. Способ совершения преступления входит в предмет доказывания и является обязательным по каждому делу. Не является исключением и вовлечение (склонение) несовершеннолетних. Тот или иной способ совершения преступления свидетельствует, прежде всего, о соответствующих объективно-предметных условиях, в которых осуществляется преступное действие. Эти условия, к которым могут быть отнесены объект, предмет преступления, а также место, время, обстановка и средства его совершения, в первую очередь, существенным образом влияют на способ, выступают его детерминантом, т. е. определяют соответствующий образ действия, обусловливают порядок, метод, последовательность движений и приёмов, применяемых лицом при совершении преступления. Способ совершения преступления должен быть проанализирован в свете его связи с мотивом (и целью) совершения преступления, т. к. сам по себе способ совершения преступления способствует лишь цели преступных действий.

Изучение способов совершения преступлений имеет значение для предупреждения преступлений. Совершение преступлений определён-

ным способом может зависеть от объективных условий и обстановки, способствующих его использованию, проявлению. Выбор взрослыми способа вовлечения, места и времени совершения данного преступления может зависеть от конкретно выбранного им подростка, от особенностей его характера, взаимоотношений с ним. Кроме того, способ вовлечения несовершеннолетних зависит от личных качеств самого взрослого, подростка, от преступления, в совершение которого вовлекает подростка взрослый. Поэтому здесь весьма тесно способ совершения преступления связан с объектом преступных посягательств.

Михайліченко Т. О.
Полтавський юридичний інститут Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», асистент кафедри публічного права, кандидат юридичних наук

ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ДОРУЧЕНОГО» І «ВВІРЕНОГО» МАЙНА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Актуальність означеного питання визначається тим, що поняття «дорученого майна» у кримінальному праві взагалі не досліджувалося, хоча при цьому вживається законодавцем у ст. 197 КК України, де вказано, що особі доручено зберігання чи охорона чужого майна. Водночас доволі жваво обговорювалося інше, близьке досліджуваному, поняття «ввірене майно», яке згадане в диспозиції ст. 191 КК України. Постає питання: яка різниця між «ввіреним» і «довіреним» майном? Можливо це одне й те ж? Оскільки в науці кримінального права ще не було спроб відповісти на це запитання, тому метою нашої роботи є вирішення питання: яке ж майно є дорученим, а яке ввіреним і чи є ці поняття тотожними.

Поняття «доручене» походить від слів «доручати» і «доручення». Згідно із тлумачним словником «доручати» означає покладати на когось виконання чого-небудь, віддавати кого-, що-небудь у повне розпорядження когось. А «доручення» – це дія за значенням доручати (доручити); справа доручена кому-небудь, завдання; документ, що дає кому-небудь право діяти від імені особи, яка видала цей документ; довіреність. «Ввіряти» (від якого і походить «ввірене») значить покладати на кого-, що-небудь, довіряти, віддавати щось у чиєсь розпорядження, на чиюсь волю тощо. (Великий тлумачний словник сучасної української мови. / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. 2005). Тобто ці поняття є синонімами і в широкому (не кримінально-правовому) смислі різниці між ними немає.

У цивілістиці виділено окремо договір доручення (ст. 1000 ЦК України), за яким одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Цей договір є фідуціарним правочином, іншими словами, є таким, що ґрунтується на особливих довірчих відносинах сторін (Цивільне право України / за заг.

ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яворницького. Т. 2. 2004, с. 306). Тобто можна припустити, що і в кримінально-правовому смислі «доручати» майно означає передавати його для виконання певних дій, ґрунтуючись на особисто-довірчих відносинах між особами. При цьому в ЦК України немає жодної згадки про «ввірене» майно.

У кримінально-правовому значенні, на нашу думку, відмінність між досліджуваними поняттями все таки існує. Насамперед слід зазначити, що незважаючи на тривалі дискусії про те, що ж розуміти під «ввіреним майном», ця проблема так і не була однозначно вирішена. На думку одних авторів, майно необхідно визнавати ввіреним, якщо воно знаходилося під матеріальною відповідальністю особи (Кочои С. М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. 2000, с. 133; Хакимов И. Х. Борьба с хищениями, совершенными путем присвоения и растраты в системе государственной и кооперативной торговли. 1964, с. 63). Інші впевнені, що це передбачає виконання правомочностей при фактичному господарюванні над річчю (Матышевский П. С. Ответственность за преступления против социалистической собственности. 1983, с. 69). Існує також думка, що майно є ввіреним, коли воно вручене особі з одночасним наділенням її певними правомочностями і покладанням обов'язків стосовно такого майна і така «передача» повинна бути належним чином юридично оформлена шляхом видання наказу, підписання договору тощо (Владимиров В. А., Ляпунов Ю. И. Ответственность за корыстные посягательства на социалистическую собственность. 1986, с. 126). О.В. Білокуров зазначає, що в судовій практиці прийнято визнавати майно ввіреним за таких обставин: коли таке майно знаходиться в правомірному володінні суб'єкта; володіння пов'язане із здійсненням ним щодо майна правомочностей із управління, розпорядження, доставки або зберігання; правомочності щодо майна виникають у особи в силу службових обов'язків, договірних відносин або спеціального доручення зі сторони власника або володільця майна. Сам же автор під ввіреним майном пропонує розуміти не лише передане винному під матеріальну відповідальність, а й таке, яке передається йому для виконання трудових обов'язків навіть без укладення із винним договору про повну матеріальну відповідальність (Белокуров О. В. Проблемы квалификации хищения вверенного имущества. 2003 // http://www.yurclub.ru/docs/criminal/article64.html). Але доречно зазначити деякі недоліки описаних підходів. По-перше, як зазначає О. П. Севрюков, у радянських кодексах предметом привласнення чи розтрати було лише державне або колективне майно, ввірене винному, під яким розуміли таке майно, яке передавалося у володіння відповідною державною чи громадською організацією перш за все матеріально відповідальним особами (Севрюков А. П. Понятие вверенного имущества // Рос. следователь, 2010. – № 5. – С. 15). Тому в радянській літературі часто стверджували, що такі особи є матеріально відповідальними. По-друге, наступним нагаду-

ванням минулого є положення, що ввірення майна має бути обов'язково документально оформлено. Та документальне оформлення нині, стверджує І.А. Клепицький, не ґрунтується на сутності виникаючих сучасних правовідносин. Факт письмового оформлення стає особливо дискусійним після прийняття нових ЦК як України, так і Російської Федерації, де встановлено, що форма і зміст подібних відносин у більшому ступені визначаються не приписами влади, а взаємним волевиявленням сторін (Клепицкий И. А. Вверенное имущество в уголовном праве // Законность, 1995. – № 12. – С. 10). Тому переконливою видається позиція, згідно із якою нині юридичною підставою того, що майно є ввіреним чи таким, що перебуває у віданні особи, слід вважати цивільно-правові, договірні відносини, спеціальне доручення. Тобто, суб'єкт злочину здійснює повноваження щодо майна на законній підставі: наділений правомочностями щодо розпорядження, управління, доставки, зберігання майна тощо (Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. Т. 2. 2013, с. 218).

Проаналізувавши склад злочину, передбачений ст. 197 КК України, і співставивши його із привласненням і розкраданням майна (ст. 191 КК), можна прийти до висновку, що дорученим на зберігання чи охорону є майно, коли воно: а) передане власником чи законним володільцем майна винній особі на законній підставі, тобто перебуває в її законному володінні; б) існує взаємна домовленість (усна чи письмова) сторін про передачу конкретного майна на зберігання чи під охорону; в) щодо цього майна суб'єкт наділений певними повноваженнями необхідними для належного виконання обов'язків щодо зберігання чи охорони; г) крім того, зберігач наділяється додатковим обов'язком – повернути доручене майно на вимогу поклажодавця.

Таким чином, проведене дослідження засвідчило, що зовні схожі поняття «доручене майно» та «ввірене майно» у кримінально-правовому смислі є різними.

Пушкар Г. М.

ВСП «Миколаївський інститут права»
Національного університету «Одеська юридична академія»,
викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

ПРИМУСОВЕ ЛІКУВАННЯ ЯК ІНШИЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗАХІД

Актуальність дослідження зумовлена високим ступенем суспільної небезпеки кримінальних правопорушень у сфері обігу наркотичних засобів, недосконалістю кримінально-правових заходів, які необхідно застосовувати до осіб, які страждають на наркоманію.

Стаття 49 Конституції України закріпила право людини на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (Конституція України: Прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30.). Забезпеченню цього права перешкоджає суттєве погіршення ситуації у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів та прекурсорів в Україні та помітне зростання пов'язаної із цим злочинності. На сьогодні Україна займає одне з перших місць у Європі за темпами розповсюдження наркоманії.

Поширення наркоманії потребує застосування новітніх засобів правового, організаційного, економічного, психолого-педагогічного та медичного характеру. Низка прийнятих за останні роки законодавчих актів і державних програм свідчить про зростання ролі медичних заходів протидії наркоманії та правопорушенням у сфері обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. Разом із тим, недостатня правова урегульованість питань, пов'язаних із застосуванням соціального інституту примусового лікування, помітно знижує ефективність протидії цьому явищу в суспільстві.

Аналізові проблем, пов'язаних із наркоманією, а в цьому контексті і з примусовим лікуванням, присвячено праці багатьох учених, зокрема П. Андрушка, М. Бажанова, Ю. Бауліна, А. Гришка, С. Гусєва, , О. Джужі, І. Дружиніна, В. Єсипова, А. Закалюка, А. Зелінського, О Козаченко, М. Коржанського, І. Нікіфорчина, П. Матишевського, Н. Мірошниченко, А. Музики, Б., В. Сташиса, В. Тація, М. Хруппи та інші. Їх наукові праці відіграли надзвичайно важливу роль у дослідженні проблематики соціально-правових, кримінально-правових, кримінологічних та інших проблем протидії наркоманії.

Однак, зважаючи на традиційну недооцінку суспільством криміногенного значення поширення наркоманії, відсутність ефективної практики та невелику кількість наукових розробок питань саме примусового лікування як одного із кримінально-правових заходів, актуальними є систематизація, аналіз та узагальнення кримінально-правових і організаційно-управлінських заходів щодо здійснення примусового лікування.

На думку А. А. Музики, переоцінювати можливості покарання відносно наркозалежних осіб, які вчинили кримінальне правопорушення не варто. Практика минулих років свідчить, що застосування лише одних кримінально-правових заходів, спрямованих проти незаконного обігу наркотиків поширення наркоманії, причому навіть найбільш суворих (позбавлення волі на певний строк), не дають бажаного результату, якщо вони не підкріплені активними зусиллями по лікуванню осіб від наркотичної залежності (Музика А. А., Горох О. П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 13).

Важливе значення також має формування правильної громадської думки щодо хворих на наркоманію, лікування і створення медико-соціальної реабілітації осіб, що допускають немедичне зловживання наркотичних засобів та психотропних речовин їх аналогів.

Примусове лікування повинно застосовуватись як альтернатива покаранню за вчинені кримінальні правопорушення у сфері обігу наркотиків відносно наркозалежних осіб. Кримінально-правова сутність інституту примусового лікування від наркоманії полягає в тому, що це спеціальна форма примусових заходів медичного характеру, яка регламентує певні правообмеження і повинна застосовуватися до наркоманів, що скоїли злочин на ґрунті наркоманії, але такі заходи не є кримінальним покаранням.

Примусове лікування як інший кримінально-правовий захід в першу чергу розкриває якісну характеристику цього інституту, а саме його гуманний характер.

Лемішко Ю. Ю.

Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», асистент кафедри кримінального права

ВПЛИВ ПОГАШЕНИХ ТА ЗНЯТИХ СУДИМОСТЕЙ НА ПОСИЛЕННЯ МІРИ ПОКАРАННЯ

В абз. 3 п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» зазначається, що при дослідженні *даних про особу винного*, суд повинен з'ясувати, окрім іншого, її минуле, а саме *наявність не знятих чи не погашених судимостей* (виділено мною – Ю. Л.), адміністративних стягнень тощо (Про практику призначення судами кримінального покарання : Постанова Пленуму Верхов. Суду України від 24 жовт. 2003 р. // Вісник Верховного Суду України. 2003, № 6, с. 14). Проте судді тлумачать це роз'яснення Пленуму Верховного Суду таким чином, що при призначенні покарання як дані, що негативно характеризують особу винного, необхідно враховувати судимості, які *було погашено чи знято* в установленому законом порядку. Така судова практика призводить до обходу закритого (вичерпного) переліку обставин, які обтяжують покарання, бо і ці обставини, і дані про особу винного, незважаючи на різну назву, виконують одну й ту саму функцію – впливають на обрання судом більш суворої міри покарання в межах санкції статті Особливої частини КК (Ищенко А. В. Назначение наказания по Уголовному кодексу Российской Федерации : науч. – практ. пособие. 2002, с. 18-19; Кругликов Л. Л. Правовые средства обеспечения справедливости наказания в процессе его индивидуализации : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.08. 1985, с. 25). До того ж, як слушно зазначав Ю. М. Юшков ще у 1975 р. «навіть у тих випадках, коли у вироках відсутня вказівка на судимості (зняті або погашені) як на обтяжуючу відповідальність обставину, суди беруть їх до уваги і посилюють покарання»

(Юшков Ю. Н. Повторность преступлений как отягчающее ответственность обстоятельство, предусмотренное п. 1 ст. 39 УК РСФСР // Свердловский юридический институт. Сб. научн. трудов. Вып. 37. Проблемы эффективности уголовного закона. – Свердловск : СЮН. 1975, с. 64).

Постає питання про те, чи доцільно визнавати обтяжуючою обставиною наявність у особи погашених чи знятих в установленому законом порядку судимостей? Судимість особи – це її правовий стан, створений реалізацією кримінальної відповідальності, що виникає внаслідок засудження винної особи обвинувальним вироком суду за вчинений нею злочин до покарання, який виступає підставою для державного осуду і застосування до нього передбачених законом на протязі певного, установленого законом перебігу часу, обмежень та втрат і відіграє роль сприяючого засобу для досягнення і закріплення цілей покарання (Голина В. В. Погашение и снятие судимости по советскому уголовному праву. 1979, с. 9). Серед науковців не вироблено єдиного підходу щодо оцінки судової практики врахування при призначенні покарання судимостей, які було погашено чи знято в установленому законному порядку. Наприклад, С. І. Зельдов стверджує, що з моменту погашення та зняття судимості анулюються як загальносоціальні, так і кримінально-правові її наслідки, проте водночас проголошував, що такі судимості повинні враховуватись як оцінка особи винного при обранні міри покарання злочинцю та визначенні режиму його відбування (Зельдов С. И. Институт судимости в советском уголовном праве : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.715. 1967, с. 13). Прибічниками цієї точки зору є також такі науковці, як О. А. Герцензон та П. С. Дагель (Герцензон А. А. Об основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. 1959, с. 59; Дагель П. Вопрос, требующий разрешения (о признании особо опасным рецидивистом) // Социалистическая законность. 1962, № 2, с. 69). Протилежної позиції дотримується В. В. Голіна. «Погашення або зняття судимості, як завершальний етап реалізації кримінальної відповідальності, – пише науковець, – повинно означати *повне і остаточне* припинення всіх обмежень і позбавлень судимості. *Погашена чи знята судимість особи не повинна породжувати правових наслідків* (виділено мною – Ю. Л.), обмежень прав і свобод людини. Така особа має право твердити, що вона є несудимою. Очевидно, що особа, судимість якої погашена або знята, в правовому сенсі вважається такою, яка раніше злочину не вчиняла, покарання не відбувала» (Голіна В. В. Судимість: монографія. 2006, с. 98). В. О. Навроцький також стверджує, що врахування погашеної чи знятої в установленому законом порядку судимості при вирішенні будь-яких питань, у тому числі й при характеристиці особи, суперечить самій суті інституту припинення судимості і є неприпустимим (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред.: М. І. Мельник, М. І. Хавронюк. – 4-те вид., переробл. та допов. 2007, с. 203). Найбільш аргументованою, на нашу думку, є остання точка зору. Дійсно, погашення та зняття судимості свідчить про остаточне припинення кримінально-правових відносин між особою та державою. Така судимість не утворює також

рецидив чи повторність, як форми множинності, які, у свою чергу, виступають: а) обставинами, що обтяжують покарання, чи б) кваліфікуючими (особливо кваліфікуючими) ознаками. Після погашення чи зняття судимості злочин, вчинений особою, підлягає забуттю. Відповідно, якщо особа після цього вчинить нове суспільно небезпечне діяння, то останнє буде визнаватись злочином, вчиненим вперше, а тому до неї може бути застосований судом інститут звільнення від кримінальної відповідальності (Голіна В. В. Судимість: монографія. 2006, с. 57). Звідси, незрозуміло, чому деякі науковці погоджуються із тим, що погашена чи знята судимість, не повинна тягнути за собою жодних загальноправових чи кримінально-правових наслідків, та водночас стверджують, що вона може враховуватись при призначенні судом як дані, що негативно характеризують особу винного, які в свою чергу лежать в основі посилення покарання? Що це, як не певні додаткові негативні кримінально-правові наслідки для винної особи, яка має таку судимість? До того ж, у кримінально-правовій літературі стверджувалось, що погашені та зняті судимості не наділені усім комплексом обов'язкових ознак, необхідних для включення їх у перелік обтяжуючих обставин, і в першу чергу, значущістю та стійкістю впливу на покарання (Кругликов Л. Л. Имеет ли погашенная или снятая судимости какое-либо уголовно-правовое значение? // Систематичность в уголовном праве : материалы II Рос. конгр. угол. права, 31 мая-1 июня 2007 г. / отв. ред. В. С. Комиссаров. М., 2007, с. 223).

Отже, підсумовуючі вищезазначене, ми визнаємо незаконною судову практику, відповідно до якої судимості, про які йдеться, визнаються підставами для посилення особі покарання, і вважаємо, що перелік обтяжуючих обставин цими чинниками доповнюватись не повинен.

Ігнатенко М. П.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального права

ВРАХУВАННЯ ОЦІНОЧНИХ ОЗНАК ПРИ КОНСТРУЮВАННІ САНКЦІЙ ЗЛОЧИНІВ ІЗ ПОДВІЙНОЮ ФОРМОЮ ВИНИ

Вивчення інституту кримінально-правових санкцій є частиною вирішення актуальних завдань удосконалення кримінального законодавства, слідчої та судової практики.

Кримінально-правова санкція визначає межі повноважень суду при обрані заходів кримінально-правового впливу на злочинців, а тому від чіткості її побудови залежать питання, пов'язані з індивідуалізацією покарання. Адже, неправильна побудова кримінально-правових санкцій може спричинити практику застосування необґрунтованих кримінально-правових заходів до порушника і, як наслідок, невиконання цілей покарання.

Загальноприйнятим слід вважати, що при конструюванні кримінально-правових санкцій повинні враховуватися: об'єкт кримінально-правової охорони, суспільна небезпека діяння (спосіб, засоби, знаряддя, час, місце, обстановка, злочинні наслідки); особа злочинця (рецидив, форма вини, мотив, ціль злочину); вид і розмір покарання (співвідношення з покараннями за інші, близькі по виду і характеру злочини).

У сучасній кримінально-правовій теорії розрізняють основний та кваліфікований склади злочину. І перший і другий мають місце при вчиненні злочинів із подвійною формою вини. Кваліфікований склад відрізняється від основного тим, що в нього входять додаткові ознаки, що обтяжують кримінальну відповідальність. За загальним правилом, кваліфікований склад злочину знаходить своє вираження в частинах других і третіх статей Особливої частини КК України. Кваліфікуючі ознаки змінюють рівень суспільної небезпеки злочину порівняно з тою, що виражається ознаками основного складу (Кругликов Л. Л., Савинов В. Н. Квалифицирующие обстоятельства: понятие, виды, влияние на квалификацию преступлений: Учебное пособие. 1989, с. 88). Такі кваліфікуючі ознаки зазвичай мають оціночний характер. З їх допомогою конструюється об'єктивна сторона, як основних складів злочинів, так і кваліфікованих (особливо кваліфікованих).

На думку К. В. Кобзєвої, під оціночними ознаками кримінального закону слід розуміти неконкретизовані в законі або іншому нормативному правовому акті кримінально-правові поняття, покликані відображати не предмет в його цілісності, а властивості цього предмета, зміст яких встановлюється особою, що застосовує кримінально-правову норму, на підставі конкретних обставин кримінальної справи (Кобзева Е. В. Оценочные признаки в уголовном законе. 2004, – с. 97-98).

У теорії кримінального права розробляються критерії допустимості використання оціночних понять. Так, зокрема, Т. Леснієвскі-Костарєва пропонує: а) у всіх можливих випадках замінювати оціночні ознаки формально-визначеними (що містяться в даний час в актах судового тлумачення); б) у випадках, коли без оціночних понять обійтися не можна, слід прагнути максимально нейтралізувати їх негативні властивості шляхом використання всіх видів роз'яснення термінів (Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. 1998, с. 116-118).

В юридичній літературі не раз зазначалося, що використання оціночних понять спричиняє підвищений ризик судової помилки. Однак, незважаючи на цей безперечний факт, багато дослідників пропонують різні сфери використання оціночних понять у кримінальному законі. Так, Г. Крігер і В. Пітецький, вважаючи, що оціночні ознаки не повинні широко використовуватися в галузі встановлення кримінальної відповідальності, вважають, що сфера їх використання – диференціація та індивідуалізація відповідальності (Кригер Г. А. Проблемы совершенствования уголовного закона. 1984, с. 133; Питецкий В. В. Оценочные понятия в советском

уголовном праве. 1979, с. 11). Т. Ленієвскі-Костарєва вважає, що краще використовувати оціночні поняття при індивідуалізації відповідальності.

Одним з найважливіших аспектів досліджуваної проблеми є встановлення співвідношення санкції та диспозиції і вплив особливостей конструкції останньої на побудову санкцій кримінально-правових норм. Не викликає сумніву те, що диспозиція і санкція здійснюють значний вплив на конструкцію один одного, вони повинні бути внутрішні узгодженні так, щоб в цілому уособлювати єдиний організм.

Зв'язок диспозиції і санкції характеризується тим, що він односторонній (так як від диспозиції залежить суворість санкції, зворотний зв'язок відсутній) і опосередкований (так як санкція є наслідком законодавчої оцінки конкретного злочину, тобто здійснюється через законодавця).

Проблемам співвідношення диспозиції та санкції кримінально-правової норми приділяли увагу багато дослідників. Так, ще А. Н. Трайнін писав: «.. чим повніше описаний склад, чим конкретніше окреслені в диспозиції його елементи, тим більше має зменшуватися відстань між мінімумом і максимумом покарання, зазначених у законі».

С.І. Дементьєв вказує на необхідність максимальної формалізації диспозицій статей, щоб у них вказувалися всі або майже всі елементи складу злочину і по можливості найбільш поширені, що враховуються судами, що пом'якшують і обтяжують відповідальність обставини (Дементьев С. И. Построение уголовно-правовых санкций в виде лишения свободы. 1986, с. 49).

Ми, також вважаємо, що необхідно максимально формалізувати ознаки об'єктивної сторони злочину. Цей процес повинен, перш за все, відбуватися шляхом надання легального тлумачення оціночних ознак, а ні в якому разі не через вказівку в диспозиції «найбільш поширених, що враховуються судам, пом'якшуючих та обтяжуючих обставин».

Санкція повинна бути справедливою, а такою вона може бути тоді, коли відповідатиме тяжкості діяння, що описується в диспозиції, узгоджена з санкціями інших, близьких по виду і характеру злочинів.

Максимальний ступінь формалізації ознак об'єктивної сторони злочину дозволить звузити діапазон розміру покарання і, відповідно, суддівський розсуд.

Торбєєв М. О.

Інститут імені Володимира Сташиса Класичного приватного університету, аспірант кафедри кримінального права

КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ РАДІАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ

Дослідження радіаційної безпеки в контексті аналізу злочинних проявів на суспільні відносини пов'язані із цим, необхідно починати з визначення самої сутності радіації, як потенційної загрози для людини, а

також самого поняття безпеки, як стану відсутності будь-яких загроз для людини. Кожний живий організм – від простих форм і до людини – в процесі свого розвитку підвергається впливу іонізуючої радіації. Постійним джерелом радіації слугує природна радіоактивність, природній радіаційний фон (Тельдеши Ю., Кенда М. Радиация – угроза и надежда/ Пер. со словац. М. Я. Аркина. Под ред. и с предисл. Б. А. Трубникова М.: Мир, 1979. – 415 с.).

За останні декілька десятиріч людина створила декілька сотень штучних радіонуклідів і навчилася використовувати енергію атома в самих різних цілях: в медицині, і для створення атомної зброї, для видобування енергії та виявлення пожеж, для пошуку корисних копалин. Все це призводить до збільшення дози випромінювання, як окремих людей, так і населення Землі в цілому. (Н. Н. Грачёв, Л. О. Мырова. Издательство: Бином. Лаборатория знаний, 2005 г. твердый переплет. – с.71).

В ході життєдіяльності людину постійно оточує приховання радіаційна загроза, будь-то природнього чи штучного походження. Виходячи з цього правильним є тезисне визначення у Великому тлумачному словнику української мови, відповідно до якого поняття «радіація» визначається як випромінювання, зокрема електромагнітної енергії, яким-небудь тілом/ випромінювання електромагнітних хвиль яким-небудь джерелом (Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) /уклад.і гол.ред.В. Т. Бусел. – К.;Ірпінь:Перун,2005. – с. 1195). Продовжуючи взаємопов'язаний аналіз, то визначенню поняття безпеки для людини слід надати акцент таким її рисам, як нормальний (безперешкодний) розвиток подій, життєдіяльності особи, суспільства в умовах відсутності будь-яких загроз цьому, так само, як і відсутності будь-якого несприятливого впливу або ризику таких впливів на життєві процеси людини. В свою чергу В. А. Ліпкан визначив чотири форми прояву поняття безпеки, що випливають з чотирьох підходів до розуміння цього соціального явища. В загальному його порівнянні він прийшов до висновків, що безпеці, як поняттю, притаманні чотири підходи у його визначенні, а саме: статистичний (як стан захищеності від), апофатичний (як відсутність загроз і небезпек), діяльнісний (система заходів, спрямованих на створення певних безпечних умов), пасивний (дотримання певних параметрів і норм, від забезпечення яких безпосередньо залежить безпека) (Ліпкан В. А. Теорія національної безпеки : підручник / В.А. Ліпкан. – К. : КНТ, 2009. – с. 362-363).

Поняття безпеки можна розкласти за наступними критеріями на основі базового – певного стану на який здійснюється чи не здійснюється негативний вплив. Отже, саме цей стан являє собою об'єкт охорони, при якому можна виділити наступні обов'язкові умови для нормального забезпечення його існування, зокрема: явища і процеси, які не можуть завдати шкоди, а також відсутність ризику, пов'язаного з можливістю завдати таку шкоду. При чому, відсутність шкоди або загрози завдання такої в даному

випадку розглядається як поняття категоричне і не пов'язане з кількісною категорією, яка може підлягати оцінці. Мається на увазі, що безпеці, як відповідному стану притаманні ознаки відсутності будь-якої шкоди, навіть мінімальної.

Що стосується радіаційної безпеки в розумінні Кримінального кодексу України, то таке поняття зустрічається в двох його статтях двох розділів: Розділ IX «Злочини проти громадської безпеки» стаття 267-1 Порушення вимог режиму радіаційної безпеки; Розділ X «Злочини проти безпеки виробництва» стаття 274 Порушення правил ядерної та радіаційної безпеки. Дані статті мають як спільні ознаки між собою, так і відмінні, що проявляється в тому, що обох випадках злочинним діянням вважається зокрема порушення певного порядку та правил. Крім того, об'єднує їх також кваліфікація, що пов'язана з місцем вчинення злочину. Якщо в першому випадку передбачено певний порядок переміщення будь-яких предметів (продуктів, продукції тощо) за межі зони відчуження чи зони безумовного (обов'язкового відселення) і за недотримання якого або його порушення настає кримінальна відповідальність, то в другому вона настає за умови порушення визначених правил ядерної або радіаційної безпеки безпосередньо на виробництві. Перший і другий випадки передбачають обов'язкове дотримання певних правил в різнохарактерних правовідносинах з обов'язковою прив'язкою до певного місця і дотримання яких саме там забезпечує організацію радіаційної безпеки. Окрім зазначених статтей КК України визначив собою й інші злочинно-протиправні діяння наслідком яких порушення безпечного радіаційного стану. Окрім вищенаведених Розділ IX містить в собі ст. 261 Напад на об'єкти, на яких є предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення; ст. 262 Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем; ст. 265 Незаконне поводження з радіоактивними матеріалами; ст. 265-1 Незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію; ст. 266 Погроза вчинити викрадення або використати радіоактивні матеріали; 267 Порушення правил поводження з вибуховими, легкозаймистими та їдкими речовинами або радіоактивними матеріалами (Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року N 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page). В контексті статті допустимо стверджувати, що визначені статті умовно об'єднані в одну групу, спільним в якій є родовий безпосередній об'єкт злочину, а саме є громадська безпека в розумінні забезпечення відсутність радіаційних загроз та наслідків, тобто стан захищеності суспільства від джерел радіаційної небезпеки: радіоактивних матеріалів.

Yaremenko S. O.
National University «Odessa Law Academy»,
a post-graduate student with the Department of Criminal Law

INTERNATIONAL COOPERATION REGARDING FIGHT AGAINST CYBERCRIME

Having started to become a single globalized community, the modern world doesn't anymore surprise its citizens with stern integrative processes in all possible spheres. Information exchange is a good example of a phenomenon that recognizes neither national nor continental limits. On the Internet, where borders are meaningless, we are vulnerable to criminals from all over the world (M. Yasin Aslan. Global Nature of Computer Crimes and the Convention on Cybercrime //Ankara Law Review Vol.3 No.2, p.130).

The necessity to cooperate internationally and develop international standards dealing with this problem is obvious for a number of reasons. First, crimes committed on the Internet often begin in one county and end in another, creating law enforcement challenges. Indeed, which country's legislation should be applied in such case? Which country should execute the punishment for such a crime? The issue becomes even more complicated with the countries that do not have proper legislation. Another problem emerges if the level of technological development of a country is low. The great disparities in opportunity to access the Internet and the information and educational/business opportunities tied to this access between developed and developing countries are called the «global digital divide» (Lu, Ming-te. Digital divide in developing countries // Journal of Global Information Technology Management Vol.4 No.3, p. 2). Among other things, the 'digital divide' provides 'safe havens' for cyber-criminals (Roderic Broadhurst. Developments in the Global Law Enforcement of Cyber-Crime // An International Journal of Police Strategies and Management, Vol. 29 No.2, p. 408). But even in the countries with high level of IT development, the impossibility to deal with cybercrimes just with the means of one country is a cornerstone of the situation.

The international organizations which are the most active elaborating criminal and procedural aspects of combating cybercrimes are Council of Europe, United Nations, European Union, Organization for Economic Cooperation and Development, Commonwealth of Independent States. It should also be noted that Interpol and the G-8 states play an important role in combating cybercrimes. At the international level two new treaty instruments provide a sound basis for the essential cross-border law enforcement cooperation required to combat cybercrime. The first of these instruments, the Council of Europe's Cybercrime Convention, is purpose built and although designed as a regional mechanism has global significance. The second is the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, which is global in scope but indirectly deals with cyber-crime when carried out by criminal networks in relation to serious

crime (Roderic Broadhurst. Developments in the Global Law Enforcement of Cyber-Crime // An International Journal of Police Strategies and Management, Vol.29 No.2, p. 411).

The first international act with the aim of harmonizing national laws and raising cooperation in fighting cybercrimes was The Convention on Cybercrime, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 8 November 2001 in Strasbourg. The main requirement of the Convention is participation of the countries in combating cybercrimes, as well as harmonizing and updating and their criminal laws against computer-facilitated fraud, hacking, child pornography, copyright infringement, and other kinds of cybercrimes. The parties are required to adopt appropriate legislation to counter computer crime, to ensure that their law enforcement officials have the requisite authority and procedural tools to effectively investigate and prosecute such crimes. In addition, the Convention obliges parties to cooperate with each other to the widest extent possible for the purposes of investigations or proceedings relating to computer crime and makes all computer crimes extraditable offenses.

The UN Convention Against Transnational Organized Crime, on the other hand, is not directly aimed at cybercrime, but it is an important instrument dealing with some aspects of cybercrime. The Convention came into force on the 23 September 2003 and by now has been signed by 147 States (and 175 parties). Additionally to enabling mutual legal assistance between states and establishing a number of offence categories, the TOC Convention expressly refers (Article 29 (2)) to methods for combating the misuse of computers and telecommunications networks, provisions for training and materials, especially assistance for developing countries, and places obligations on capable states. The TOC Convention also establishes a number of principles and arrangements for international cooperation, which may be taken as an example of a potent global instrument against cyber-crime. They include regulations limiting the rule of double criminality for mutual assistance purposes and introduce 'enterprise' responsibility (see ibid, p. 218). The importance of the Convention is seen from the fact that the definitions of 'serious crime' and 'organized criminal group' don't anymore position these phenomena in a way they were traditionally viewed, i.e. as quite a narrow range of offences. Article 3 of the Convention considers an offence 'transnational' if it is: (a) committed in more than one State; (b) committed in a single State but planned, prepared, directed or controlled in another State; (c) committed in one State but involving an organized group whose activities cross national boundaries; or (d) committed in a single State but has 'substantial effects' in another State. Therefore, a big variety of cybercrimes would qualify as 'a serious crime', according to the Convention. The question of extradition is also covered by the convention, making the parties to extend their bilateral extradition agreements, including a number of crimes covered by the convention into the list of extraditable offences, therefore, including a number of cyberspace offences.

The question whether it is reasonable to create a new treaty which would become a worldwide standard is highly debatable. On the one hand, the Council of Europe's Convention on Cybercrime was developed mostly by European countries, considering the cultural and legal peculiarities of these countries. Some even say that the Convention has already become out-of-date. Also, the countries that didn't take part in drafting the convention would have it thrust upon them. On the other hand, the creation of a new treaty addressing the cybercrime problems in a different way can become a barrier for the constructive processes that have been launched by the already existing Convention. Having existed for more than seven years, the Council of Europe's Convention on Cybercrime has the widest coverage of any international treaty of this kind, covering one third of current internet users. For these reasons, we believe that the work on increasing a number of signatories and ratifications of the existing Convention on Cybercrime to make it really a worldwide act seems more reasonable than the development of a brand new treaty.

Берш А. Я.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», аспирант кафедры уголовного права

МИШЕЛЬ ФУКО И ЕГО УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ КОНЦЕПТЫ

На философско-правовых воззрениях французского историка, социолога, криминолога Мишеля Фуко лежит печать идей Ф. Ницше и З. Фрейда. В 1971 г. во Франции по его инициативе была создана «Группа информации о тюрьмах», в чью задачу входило изучение условий содержания заключенных и информирование о них общественности. Работа в этой группе позволила М. Фуко создать объемное исследование «Надзирать и карать: рождение тюрьмы» (1975), основные положения которого явились развитием его концепции отношений между властью и насилием, преступлением и наказанием.

В своих работах М. Фуко предложил новое видение философско-правовых проблем европейской истории, которую он рассматривает с XIII по XX в. Отвергая традиционные объяснительные схемы и термины, он попытался подойти к проблемам власти и насилия с позиций нового метода, который назвал «археологическим».

М. Фуко исходил из предпосылки, что власть всегда представляла собой для человеческого рассудка нечто загадочное, таинственное, внушающее смешанные чувства ужаса и восхищения. В ней всегда ощущалось присутствие чего-то демонического. Главным ее объектом, то есть предметностью, над которой она распространяла свое влияние, являлось, по преимуществу, человеческое тело. Разные типы государств и исторических эпох различались между собой прежде всего тем, что в одних условиях социальный контроль осуществлялся через прямое воздействие на

человеческое тело, а в других – через опосредованные акции по отношению к нему. При этом суть власти всегда оставалась одной и той же: она была средством, позволяющим заставить конкретного субъекта сделать то, что тот не стал бы делать, будь на то его полная воля.

М. Фуко выделял два основных уровня анализа власти. Первый, «микрологический», предполагал исследование деятельности индивидуальных субъектов власти, принимающих решения, намечающих цели и берущих на себя ответственность за все, что связано с их достижением. Второй уровень, «макрологический», – это анализ безличных систем, распределяющих власть, упорядочивающих отношения между различными субъектами и превращающих, при надобности, индивидов в страдательные объекты, не способные вырваться из «сетей власти».

Согласно концепции М. Фуко, «сети власти» начинают обретать вид, приближенный к современному, с XVII–XVIII вв. С этого периода в Европе складываются новые механизмы и процедуры власти, которые, по мысли М. Фуко, имеют дело не столько с правом и наказанием, сколько с дисциплиной и контролем.

Складывалось новое или, как его называл М. Фуко, дисциплинарное общество, вбиравшее в себя целый ряд нормативных моделей – модель машинной организованности, модель военных методов управления и модель тюремной дисциплины, заставляющих общество подчиняться определенной системе директив и приказов.

Основная задача тюрьмы как социального института состоит не в ограничении свободы индивида, а в трансформации его поведения и личности. Являясь совершенным дисциплинарным аппаратом, напоминающим одновременно казарму и завод, школу и госпиталь, тюрьма охватывает все стороны человеческой жизни, контролируя их и подчиняя определенным стандартам.

Наиболее характерным воплощением идеи тюрьмы как дисциплинарного пространства М. Фуко считал проект английского правоведа и философа XVIII в. И. Бентама «Паноптикум». В нем дисциплинарный принцип «всеподнадзором» и тактика социальной оптики приняли зримый характер тюремной архитектуры особого типа. Это довольно сложное сооружение, где все камеры освещены и просматриваются надзирателями. Каждая из них – подобие маленького театра с актером-заключенным на сцене. Его поведение на виду, но он сам никого не видит. Здесь действует уже не принцип темницы. Вместо этого человек подвергается испытанию светом. Он наказан постоянным пребыванием на виду у надзирателей. Это ощущение своей постоянной подконтрольности, поднадзорности составляет суть наказания. Более того, это наглядное воплощение принципа власти в дисциплинарном обществе, где властные механизмы предельно мощны и эффективны. Приходя к этим выводам, М. Фуко, по сути, прослеживает динамику социально-исторического генезиса неправовых, то-

талитарных режимов, ставших предельным воплощением идей дисциплинарного общества.

Исследуя механизмы европейского правосудия в их традиционных и современных формах, М. Фуко утверждает, что истинные причины правовых реформ XVIII в. заключались не в том, что философов-гуманистов, французских просветителей потрясла жестокость существовавших тогда карательных мер, пыточного следствия и применявшихся казней, а в том, что они обнаружили малую эффективность всех этих средств. Отсюда и возникла задача: судебные реформы в европейских государствах необходимы для того, чтобы наказывать не меньше и слабее, а рациональнее и эффективнее.

Правосудие начинает как бы стыдиться прикосновений к телу: роль пыток и побоев заметно уменьшается. Даже к смертной казни работники пенитенциарной системы начинают относиться не как к радикальной манипуляции с человеческим телом, а как к средству лишения преступника его главного права – права на жизнь.

Сквозь призму проблем наказания, тюрьмы, смертной казни М. Фуко рассматривает логику метаморфоз, совершающихся в европейском массовом правосознании на протяжении Нового и Новейшего времени. При этом он обнаруживает, что стереотипные оценки этих перемен как «роста гуманности», увеличения степени цивилизованности оказываются далеки от понимания истинной сути того, что происходило. На самом деле это была логика рационализации, неуклонного повышения степени подконтрольности, нормированности социальной жизни индивидов, историческим результатом которой стало в XX в. массовое возникновение тоталитарных форм социальности, в которых право и закон, перейдя меру допустимого, превратились в собственные противоположности.

Бухтиярова Е. С.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», аспирант кафедры уголовного права

ГЛЕНВИЛЛЬ УИЛЬЯМС И ЕГО РОЛЬ В ФОРМИРОВАНИИ ДОКТРИНЫ ОБЫЧНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА

Гленвилль Уильямс – учёный-юрист, профессор юриспруденции Кембриджского университета родился 15 февраля 1911 года. Всю свою жизнь он посвятил науке, юриспруденции. Его многочисленные научные труды легли в основу реформирования права и законодательства. Инновационные идеи, свежий взгляд на устоявшиеся истины, благосклонность к коллегам и неподдельная скромность снискали Гленвиллю Уильямсу уважение не только среди коллег и соотечественников, но и среди простых людей, далёких от юриспруденции.

Воспитание, которое получил Уильямс в благочестивой семье, проживая в конгрегации в Южном Уэльсе, повлияло на его характер. Он был человеком скоромным, застенчивым, неразговорчивым и серьёзным, был воспитан на библейских истинах. Знание Библии и библейских идей послужили для Уильямса толчком к формированию философского взгляда на современное право и созданию реформ законодательства.

Современники знают Уильямса как учёного в сфере уголовного права. Наиболее известны четыре его книги, оказавшие особо сильное влияние на формирование обычного уголовного права в Великобритании. В 1953 году вышел в свет 900-страничный труд «Общая часть». В нём автор раскрывает и обосновывает идеи поиска общих норм уголовного права, то есть таких, по мнению автора, «которые применяются для нескольких преступлений».

«Доказательства вины» – представляет собой труд, в котором анализируются и сравниваются уголовные дела, рассматриваемые в Англии и Уэльсе. В своей книге Гленвилль Уильямс раскрывает как достоинства, так и недостатки действующей правовой системы, и в частности уголовного права.

«Святость жизни и уголовное законодательство» – книга, увидевшая свет в 1958 году. Она является самой философской работой Уильямса. В ней автор рассматривает философскую сторону закона. Проблемы применения контрацепции, стерилизации, искусственного оплодотворения, абортов, самоубийства, эвтаназии рассматриваются автором с позиции «хорошо-плохо», «гуманно-негуманно». На то время только лишь упоминание этих вопросов, а тем более их анализ с точки зрения законодательства, был рискованным поступком, способным привести к серьёзным скандалам. Однако Уильямса это не останавливало. В работе «Святость жизни и уголовное законодательство» автор впервые предложил использование добровольной эвтаназии для определённой категории пациентов.

Четвёртой книгой автора является 1000-страничный «Учебник уголовного права», над которым автор трудился много лет. Книга получила хорошие отзывы, её по праву можно назвать ведущим учебником для студентов-юристов в области уголовного права.

Огромное количество трудов профессора Уильямса: не только изданных книг, но и научных статей дали толчок к реформированию в середине 20 века консервативного британского законодательства. Гленвилль Уильямс всегда находил, что сказать по любому важному правовому вопросу, к нему прислушивались современники. Рекомендации Уильямса в сфере исследований в праве определённых вопросов до сих пор остаются руководящим пособием для студентов-юристов.

Доселе объёмные и сложные в понимании сочинения в сфере юриспруденции, которые приходилось изучать юристам, вдохновили Уильямса на разработку двух руководящих для него идей, которые легли в основу

реформирования уголовного права и законодательства не только Великобритании, но и стран с иной правовой системой. Во-первых, по мнению Уильямса, закон должен быть чётким, последовательным и доступным. Так как в первую очередь он написан для народа, который в большей степени не смыслит в юриспруденции. Во-вторых – закон должен быть гуманным. Уильямс рассматривает наказание как зло, которое следует избегать, если веских причин к его применению нет. Профессор был убеждённым утилитаристом. Под «вескими причинами» применения уголовного наказания он понимал именно социальную необходимость, благополучие общества, а не религиозные идеи и понятия о каре.

Его утилитаристские взгляды легли в основу его реформаторской деятельности. С участием Уильямса были разработаны и приняты ряд законопроектов и идей уголовно-правового характера, декриминализированы самоубийства. Он умел владеть аудиторией и увлекать слушателя. В компании по либерализации закона об абортах Уильямс занял ведущую позицию. Он также принимал активное участие в компании по легализации добровольной эвтаназии, которая в значительной степени удалась. Уильямс был одним из первых, кто привлёк внимание общественности к проблемам детей, которые появляются при даче ими показаний по так называемым «половым преступлениям».

Одним из триумфов профессора Гленвилля Уильямса можно по праву считать издание научной статьи, которая смогла убедить Палату лордов в необходимости внесения изменений в действующее уголовное законодательство Великобритании. Идея заключалась в том, что человек может быть признан виновным не только за совершенное им деяние, оконченное преступление, но и за попытку совершения такого преступного деяния. Таким образом в науке уголовного права того времени, в учении о преступлении появился порядок назначения наказаний за совершение преступления на разных стадиях.

Гленвилль Уильямс внёс весомый вклад в развитие юриспруденции. Он был уважаемым профессором, обладателем большого количества национальных и международных наград.

Галушко Б. С.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», аспирант кафедры уголовного права

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ ЧЕЗАРЕ ЛОМБРОЗО

Ломброзо Чезаре – італійський судовий психіатр і криміналіст, професор. Закінчив у 1858 році Падуанський університет, навчався також у Віденському і Паризькому університетах. З 1862-1876 рр. – професор психіатрії Павійського університету. З 1896 року – професор судової медицини і психіатрії у Туринському університеті. Ломброзо являється за-

сновником антропологічної школи кримінального права. Філософською основою антропологічної школи була ідея біологізації суспільних явищ, у тому числі злочинності. З огляду на це основне завдання кримінального права антропологи вбачали у вивченні не злочину, а особи злочинця. На підставі цього було створено вчення про природженого злочинця та його типи. Злочинність визнавалася біологічним явищем, тому з нею слід боротися шляхом не покарання, а застосування жорстоких заходів репресії, превентивних заходів безпеки. Звідси – відмова від демократичних інститутів цивілізованого кримінального права, відстоювання реакційних заходів боротьби зі злочинністю.

Інтерес до вивчення злочинців виник у Ломброзо, коли він займався психіатрією. Ломброзо уславився після виходу в світ 1875 року написаної ним у стилі памфлету невеликої праці під назвою «Злочинна людина» у її стосунку з антропологією, юриспруденцією та психіатрією, в якій викладалися основи нового напряму кримінології та кримінального права: а) злочин – таке саме явище, «як зачаття, народження, смерть, психічні хвороби»; б) причини злочинів закладено в самій біологічній природі людини; в) головне місце має посідати не діяння, а діяч – злочинець, його потрібно вивчати, застосовуючи відповідні методи виміру.

Тривалий час, до виникнення теорії Ломброзо, панувала думка, що злочини, як і душевні хвороби, є виключно породженням самодостатньої «злої волі» людини. Тому єдиним засобом для виправлення злочинців і лікування душевнохворих визнавався вплив на їх волю за допомогою покарання. Але на той час, коли Ломброзо зайнявся психіатрією, у ній уже утвердилася прогресивна ідея, що душевні хвороби – не породження «злої волі» пацієнтів, а результат дії психофізіологічних факторів. Перебуваючи під впливом цієї ідеї, Ломброзо екстраполював її і на злочинців, які уподібнювалися ним до душевнохворих.

До вивчення злочинців він один з перших застосував антропометричний метод. Поставивши собі за мету висунути на перший план вивчення «злочинця», а не «злочину», на якому, на думку Ломброзо, виключно зосереджувалося пануюче до нього, так званий класичний напрям науки кримінального права, він піддавав дослідженню різні фізичні та психічні явища у великої кількості осіб злочинного населення і цим шляхом з'ясував природу злочинної людини, як особливого різновиду. Дослідження патологічної анатомії, фізіології та психології злочинців дали йому ряд ознак, що відрізняють, на його думку, природженого злочинця від нормальної людини. На підставі цього Ломброзо розробив теорію «природженого злочинця», в якій заперечувалося, що злочин є виявом власної волі злочинця, і стверджувалось, що злочин має розглядатись як результат дії певних психофізіологічних (антропологічних) факторів, властивих злочинцям від народження. Для виявлення ознак (т.з. антропологічних стигматів), що

свідчили б про психофізіологічну схильність особи до злочину, Ломброзо застосував метод антропологічних вимірювань. Він намагався визначити психофізіологічні стигмати, за допомогою яких можна було б встановити «діагноз» щодо належності тієї чи іншої людини до злочинного типу. Оскільки злочин вчиняється не з власної волі злочинців, а в результаті природжених властивостей їх організму, то, на думку Ломброзо, суд як інститут, що встановлює винність особи у вчиненні злочину і призначає за нього покарання, втрачає своє значення. Місце суду має зайняти антропологічна експертиза, яка діагностує за певними стигматами належність тієї чи іншої людини до злочинного типу і на підставі цього вирішує питання про виключення тим чи іншим способом такої людини із суспільного життя заради безпеки інших.

Розглядаючи кримінальне право, як галузі фізіології та патології, Ломброзо переносить кримінальне законодавство з області моральних наук в область соціології, зближуючи його, разом з тим, з науками природними. Генезис злочинності приводить його до висновку, що повинна існувати аналогія між каральною діяльністю держави, охороняти соціальне життя, і тими реакціями, які виявляють як тварини, так і рослини на випробувані ними зовнішні впливи. Оперуючи з поняттям злочину не як з поняттям юридичним, умовним, мінливим у часі і місці, а як з поняттям, що належить до незмінного явища природи, пояснюючи злочин злочинцем і не відокремлюючи юридичну та антропологічну точку зору на нього. Ломброзо допустив методологічну помилку, що мала фатальне значення для його праць. На брюссельському міжнародному кримінально-антропологічному конгресі з особою яскравістю з'ясувалася неспроможність поняття злочинної людини, як особливого типу, так само як і всіх тих приватних положень, які з цього поняття виводить Ломброзо. Він зустрів рішучих противників насамперед з боку криміналістів, повсталих проти спроби знищення основ існуючого кримінального правосуддя. Незалежно від криміналістів, Ломброзо знайшов собі небезпечних противників і серед антропологів, які доводили, що кримінальне право – наука соціальна та прикладна і що ні по предмету своєму, ні по методу дослідження вона не може бути зближена з антропологією.

Незважаючи на методологічну помилковість основного постулату теорії Ломброзо, його заслугою є те, що він відкрив нові горизонти в кримінології. Крім того, антропологічні дослідження Ломброзо лягли в основу створеного ним оригінального детектора брехні, який він назвав сфігмометром. Вони також сприяли розробці антропометричного методу ідентифікації злочинців у криміналістиці. Ломброзо вважають засновником т.з. антропологічної школи кримінального права.

Бойченко В.
Национальный университет «Одесская юридическая академия»,
аспирант кафедры уголовного права

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ВЗГЛЯДЫ ГЕГЕЛЯ В СВЕТЕ АНТРОПОЛОГИЧЕСКОГО ПОДХОДА

Известно, что дисциплинарная область правовой антропологии изначально развивалась в сопряжении с проблемой урегулирования конфликтов в человеческом обществе. Благодаря этому многие правовые теории тесно связаны с теориями конфликта и распространенным взглядом на человека как на источник зла и на общество – как на организованную защиту против человеческой натуры, когда праву отводится позитивная роль в урегулировании конфликта (В. Тишков) При этом в рамках антропологического подхода свобода аксиоматически соотносится с правом, а право понимается как свобода. Такой тип правопонимания можно назвать либеральным (от лат. liberalis – свободный). Здесь идея права формируется на основе идеи изначально свободной личности.

В этой связи для современных правоведов особенно актуальны труды Г. Гегеля. Георг Вильгельм Фридрих Гегель (1770 -1831 гг.) – гениальный мыслитель, творческие достижения которого представляют собой заметную веху во всей истории философской и политическо-правовой. По своим философским воззрениям Гегель – объективный идеалист и диалектик. Составная часть его системы философии – философия права и государства. В цельном виде свою политико-правовую философию Гегель изложил в «Философии права» (1820).

Гегелевская философия права и государства – это философское учение об объективном духе, т. е. о сфере внешней объективизации свободы в виде форм права и государства.

Право по Гегелю – это наличное бытие свободной воли. Диалектика данной воли совпадает с философским конструированием системы права как права царства реализованной воли. В гегелевской философии права – это понятие, которое употребляется в следующих основных значениях: 1) право как свобода (идея права); 2) право как определенная ступень и форма свободы (особое право); 3) право как закон (позитивное право). Право, таким образом, – это не только часть системы нормативного регулирования, но и часть культуры определенного общества. Следовательно, справедливость как идея права определенного народа должна соответствовать сущностным качествам справедливости как моральной или религиозной идеи этой же общности людей. Такой философско-антропологический подход дает возможность решить проблему идентификации права: право есть органическое единство правовых идей, норм и отношений, содержание которого сосредоточенно в идеях, что позволяет установить, какие правовые идеи выступают в качестве приоритетных, а также обосновать включенность правовых идей в систему духовных, социокультурных цен-

ностей общества. Г. Гегель также утверждал, что свобода есть основная правовая идея. Он писал: «.. система права есть царство осуществленной свободы». Но если право заключает в себе бытие сущности воли, то следовательно воля, нарушающая право, становится в противоречие сама с собою. Это внутреннее противоречие требует исхода, уничтожения. Оно уничтожается наказанием, в применении которого общая или разумная воля снова торжествует над неразумною волею.

Следовательно, сущность воли является в форме наказания и уничтожает противоречащее ей проявление воли–преступление. Но если право, как вечное пребывание воли, ненарушимо в самом себе, то следовательно противозаконная воля ничтожна сама в себе и может быть нарушена. Ничтожность преступления в обнаруживается пред нами наказанием. («Grundlinien der Philosophie des Rechts», herausgegeben von Gans Hegel, 1854).

Согласно Гегелю, право заключается в воплощении во вне разумной сущности воли; так, например, воля влагается в какую-нибудь вещь и создает, таким образом, собственность. Как скоро подобная воля воплотилась во внешнем мире, то она может быть нарушаема и на нее возможно посягать внешним образом. Напротив того, она остается недоступною посягательству в самой себе (Уголовно-правовая теория Гегеля в связи с его учением о государстве и праве / Пионтковский А. А.; Отв. ред.: Голяков И. Т. – М.: Изд-во ВИЮН, 1948. – 367 с.)

Особенное значение в доктрине уголовного права имела теория диалектического возмездия Гегеля. Наказание есть отрицание ничтожного в самом себе преступления–оно есть отрицание воли, отрицавшей право, следовательно оно есть утверждение права. В наказании преступника выказывается торжество разумного насчет ничтожного и противного разуму. (Учебник немецкого уголовного права (Часть общая) А.Ф. БЕРНЕРА. С примечаниями, приложениями и дополнениями по истории русского права и законодательству положительному Н. Неклюдова. Том.I. По изданию 1867 г. // Allpravo.ru – 2004. – № 21)

По учению Гегеля, наказание является необходимым возмездием со стороны самого права, как выражения разумной, свободной воли, за преступление, которое является выражением частной воли, отрицающей право. Преступление – логическая антитеза права, отрицание его, отсюда право должно предполагать и отрицание отрицания его, то есть преступления и восстановить себя путем возмездия за нарушение его, иначе говоря – подчинить частную, оппозиционную волю самосущей разумно-свободной воле, праву.

Возмездие, то есть по Гегелю, требует, однако, не арифметического равенства, а геометрической пропорциональности, равноценности. Особенно известен афоризм Гегеля, что наказание, стремящееся примирить частную волю с правом, есть право преступника, так как и в преступнике существует разум, требующий наказания за преступление.

Загодіренко П. О.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», аспирант кафедры уголовного права

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА СПАДЩИНА Є. Б. ПАШУКАНІСА

Серед вітчизняних вчених, які створили оригінальні правові концепції, що широко вивчаються на Заході, залишаючись при цьому практично невідомими у нас, ім'я Євгена Броніславовича Пашуканіса знаходиться в одному з перших рядів.

Провідні західні правознавці у своїх теоретичних розробках звертаються до напрацювань Є.Б. Пашуканіса. Певні уявлення про інтерес до його робіт можна отримати з текстів: Balbus I., 1977, Warrington, 1981; Hunt, 1991; Kinsey, 1979; Garland D., 2004, Head, 2004. В Україні роботи Є.Б. Пашуканіса добре знайомі фахівцям в галузі теорії держави і права, в той час, як за межами країни він найбільше відомий дослідженнями, проведеними в галузі кримінального права, кримінології та соціології.

Для дослідження поглядів Є.Б. Пашуканіса на природу і сутність кримінального права та, зокрема, злочину і покарання, наводяться витяги з його основної роботи: «Общая теория права и марксизм. (Опыт критики основных юридических понятий)», 1924, II-ге видання – 1926, III видання – 1927 г., а також зі збірника вибраних творів «Избранные произведения по общей теории права и государства/ Е. Б. Пашуканис», 1980 р.

«З усіх видів права, – пише вчений, – саме кримінальне право має здатність найбільш безпосереднім і брутальним чином зачіпати окрему особистість. Тому воно завжди викликало до себе найбільш живий і практичний інтерес».

Походження кримінального права Є.Б. Пашуканіс пов'язує з кровною помстою. Помста починає регулюватися звичаєм, що засновується на принципі таліону, поряд з нею виникає система грошових компенсацій, а згодом такі правила переростають в комплексну правову ідею.

В основі вчення Є.Б. Пашуканіса про кримінальне право лежить економічна концепція покарання заснована на положенні про аналогію правосуддя та відносин товарообміну: відшкодування збитків жертві злочину і визначення розміру покарання, адекватного скоєному злочину.

Злочин Є.Б. Пашуканіс розглядає як особливий різновид обороту, в якому договірне відношення встановлюється post factum, тобто після свавільної дії однієї зі сторін.

Основну ідею судового вироку і покарання теоретик вбачав у тому, що правосуддя – це також еквівалент товарообміну. Один шкідливий проступок (злочин) обмінюється на еквівалентну шкоду, що заподіюється злочинцю (покарання). Обґрунтовуючи таку теорію, Є.Б. Пашуканіс посилається на Аристотеля, якому належить визначення злочину, як договору проти волі особи (вказану ідею Аристотеля позитивно сприйняв в свій час і Гуго Гроцій). Стосовно ідеї еквівалентності Є.Б. Пашуканіс пише: «Як не

наївні на перший погляд ці конструкції, але в них ховається набагато більше чуття до форми права, аніж в еклектичних теоріях сучасних юристів».

Не дивлячись на критику науковців, висловлену стосовно теорії покарання Пашуканіса, шляхом навішування на неї ярлика «інверсія дюркгеймівського підходу до покарання» (Д. Гарланд), слід сказати про те, що теоретик здійснив спробу зведення покарання не лише до поняття товарного обміну, а більше того до абстрактної категорії – часу. Він показує, що в розвинених буржуазних країнах вирок виражається в арифметичних термінах – числі років (місяців, днів) у в'язниці і грошових штрафах, що відповідає духу товарно-грошових відносин. У кінцевому рахунку всі злочини вимірюються за допомогою часу. Невеликої тяжкості злочини виражаються в його грошовому еквіваленті (штрафи), середньої тяжкості, тяжкі, особливо тяжкі – у фактичному позбавленні злочинця часу, точніше – в трансформації його часу в «тюремний строк». Проф. М. Г. Щитов, продовжуючи, розпочате Є.Б. Пашуканісом міркування, влучно інтерпретує смертну кару як своєрідне «банкрутство» злочинця. Його «позбавляють часу» (страчують), оскільки він все одно не здатний віддати співмірний час свого життя за скоєний злочин особливої тяжкості.

Такі категорії кримінального права, як злочин, вина, покарання – це «міражі» буржуазної правосвідомості, вважав Є.Б. Пашуканіс. Не визнавав теоретик застосування поняття осудності, вказуючи, що воно надає проблемі покарання формального, а отже «буржуазного і помилкового» змісту. Навіть діти і психічно хворі є осудними, оскільки на їх поведінку можна здійснювати певний вплив. Тому потенційна загроза, яку об'єктивно представляє індивід, вважав Пашуканіс, робить кожного соціально відповідальним і деліктоздатним.

В кінцевому результаті Є.Б. Пашуканіс робить спробу трактування сутності покарання не в світлі «відплати», а як «міри соціального захисту», «каральну і позасудову діяльність влади». Вчений пропонував відмовитися від Особливої частини Кримінального кодексу, пояснюючи це тим, що застосування заходів соціального захисту повинно ґрунтуватися на політичній доцільності, а не на законах. Замість Особливої частини пропонувалося створити «точний опис симптомів, що характеризують суспільно небезпечний стан» та визначити заходи і методи, які б застосовувалися з метою охорони особи та суспільства від злочинних посягань.

Є.Б. Пашуканіс стояв на тих позиціях, що діюче в той час кримінальне право виступало інструментом класового домінування і навіть «класової розправи». В умовах панування марксистсько-ленінської ідеології, орієнтованої на безкомпромісну боротьбу зі злочинністю, подібне твердження не могло бути схвалено. В підсумку Є.Б. Пашуканіс був звинувачений в «шкідництві на правовому фронті» і зазнав заходів репресії.

Основні погляди Є.Б. Пашуканіса на правосуддя, злочин і покарання зводилися до принципу рівноцінного обміну, товарообміну, який був по-

кладений ним в основу кримінального права. Автором вперше було проведено асоціативну лінію між поняттями «позбавлення (обмеження) волі» та «еквівалент часу». Покарання розглядалося не лише як система «відплати» за суспільно небезпечне діяння, а й як «міра соціального захисту».

Представлені ідеї Є.Б. Пашуканіса викликають особливий науковий інтерес та заслуговують подальшої розробки, а позитивні моменти – творчого використання в процесі прийняття ефективних рішень сучасних проблем науки кримінального права.

Підрозділ 19.2
Доктринальні положення формування системного середовища кримінального права

Козаченко О. В.

ВСП «Миколаївський інститут права» Національного університету «Одеська юридична академія», завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін, доктор юридичних наук, професор

ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАХОДІВ (КУЛЬТУРО-АНТРОПОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ)

Культуро-антропологічна концепція права визначається поєднанням двох вимірів правових реальностей, які, з одного боку, визначають соціально значущу цілеспрямованість права, формують певні стереотипи поведінки, які отримують соціальне схвалення на підставі визнання їх відповідності позитивним зразкам культурного розвитку (культурологічні засади), а з іншого – уособлюють інструментальну властивість права, при якій людина відіграє центральну роль у побудові соціальної структури та соціальних зв'язків, у процесі регулювання й охорони яких і проявляється прикладне призначення сучасного права (антропологічні засади).

Культуро-антропологічна методологія орієнтує на формування права новітнього зразка і забезпечує умови для отримання принципом верховенства права ознак абсолюту з наступним змістом – право та моральність виступають образом сучасного суспільства. Відповідно, проявами принципу верховенства права слід вважати наступні положення: відповідність нормативно-правових актів вимогам право законності, при цьому Конституція є втіленням свободи людини яка визначається природним правом; вільний доступ будь-якої людини до закону, причому не тільки до «букви» закону, що реалізується шляхом обов'язкової промульгації нормативних актів, але й доступу до «духу» закону, що забезпечується зрозумілістю, ясністю та передбачуваністю нормативно-правових актів; вирішення пи-

тань про юридичну відповідальність, юридичні права, обов'язки та повноваження здійснюються виключно на імперативних (законних), а не дискреційних (власний розсуд) засадах; реальна, а не уявна рівність всіх перед законом, в якому привілеї та імунітети мають виключний від ординарного порядку характер, який обґрунтовується здійсненням суб'єктами правових виключень особливих (спеціальних) суспільно корисних функцій; судова влада повинна здійснюватися у відповідності із законом, справедливо і розумно; людина, її права і свобод визнаються найвищою соціальною цінністю, а тому права і свободи людини повинні реально захищатися як функціонуванням громадських та державних інституцій, так і практикою застосування права.

Для визначення функцій кримінально-правових заходів слід виходити з такого. По-перше, запропонований культурологічний вимір кримінально-правових заходів створює умови для визначення основних властивостей предмета та спрямованості заходів. Так, цілями функціонування кримінально-правових заходів слід визнати кару, виправлення, превенцію і профілактику, перевиховання, надання медичної допомоги і лікування осіб, реституцію та компенсацію, реабілітацію та заохочення. Предмет функціонування визначається вказівкою на суспільні відносини, які виникають у процесі вчинення злочину, що посягає на систему соціальних цінностей, розбудовану на підставі визнання незаперечності природних прав і свобод людини і громадянина, і властивостей національної культури.

По-друге, враховуючи мінливий характер культурологічного виміру як вчиненого діяння, так і змісту застосовуваних кримінально-правових заходів, слід визнати, що зміст діяльності в процесі здійснення функцій кримінально-правових заходів є похідним від сутності та призначення кримінально-правових заходів у різних історичних типах права, тобто функції кримінально-правових заходів є історично і культурно обумовленими. Не тільки потреба в регулюючому впливові на суспільні відносини, але й самі форми та зміст впливу визначені специфікою суспільства, його цінностями, ідеальними, об'єктивними умовами.

По-третє, функції кримінально-правових заходів є похідними від функцій права, репрезентуючи визначальні властивості останніх і одночасно інтерпретуючи функції права, надаючи їм придатність для забезпечення досягнення власних, утилітарних цілей. Узагальнений характер функцій права забезпечує ситуацію, за якої одна функція права може формувати підвалини декількох функцій кримінально-правових заходів. Наприклад, каральна і превентивно-профілактична функції кримінально-правових заходів задаються охоронною функцією права, конкретизуючи останню з урахуванням ознак предмета, цілей і характеру кримінально-правового впливу. У свою чергу реституційно-компенсаційна,

реабілітаційно-заохочувальна функції кримінально-правових заходів визначаються регулятивною динамічною функцією права.

По-четверте, функції кримінально-правових заходів поєднані між собою, створюючи певний правовий режим правового регулювання суспільних відносин, які виникли в результаті вчинення злочину.

По-п'яте, функції кримінально-правових заходів не тільки повинні відповідати системі функцій більш високого порядку (функціям права), але й самі одночасно є шаблоном для низхідної системи функцій (кримінального покарання з судимістю та інших кримінально-правових заходів).

По-шосте, структурні елементи кримінально-правових заходів – покарання, примусові заходи медичного і виховного характеру – визначаються наявною власною системою заходів, що забезпечує багатовекторність функціонування системи кримінально-правових заходів окремого виду (особливий рівень функціонування).

З урахуванням зазначеного та основних положень культуро-антропологічної методології можна зробити загальний висновок, що під функціями кримінально-правових заходів слід розуміти основні напрямки правового впливу на суспільні відносини, що виникають у процесі вчинення злочину або об'єктивно неправомірного діяння, які посягають на систему соціальних цінностей, сформовану на засадах незаперечного характеру визнання природних прав і свобод людини і цивілізаційного рівня розвитку національної культури з метою покарання, виправлення, превенції та профілактики, перевиховання, надання медичної допомоги і лікування осіб, усунення заподіяної шкоди, відшкодування завданих збитків та відновлення порушених прав (реституційна функція), реабілітації та заохочення, створюючи тим самим особливий правовий режим протидії злочинним проявам, який характеризується збалансуванням публічних і приватних засад здійснення кримінально-правового впливу.

Федоров В. Н.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры уголовного права, кандидат юридических наук, доцент

БОРЬБА С ПРОСТИТУЦИЕЙ: ПОИСКИ ПУТЕЙ РЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМ

Долгое время официальные власти отрицали существования в тогдашнем СССР проституции. Только в рамках УВД города Одессы существовало небольшое подразделения, которое, среди прочих проблем, занималось борьбой с проституцией. Поскольку ни административное, ни уголовное законодательство не предусматривало ответственности « жриц любви », их деятельность питались ограничить с помощью милицейских приказов и инструкций. В частности, оперативный работник мог поставить путану на учет, направить на обследования в кожно-венерологический

диспансер, вызвать ее к себе в кабинет и провести многочасовую « профилактическую беседу ». Существовала также возможность привлечения нарушительниц морали к уголовной ответственности за тунеядство, но ее редко удавалось использовать, так как они, как правило, устраивались на какой либо роботе. С помощью названых мер, а также учитывая моральное осуждение проституции обществом и стабильное материальное положения большинства населения ситуацию удавалось удержать в более или менее контролируемом состоянием.

Иное положения сложилось после развала экономики и падения устоев общественной морали. Проституция стала массовым явлением. Причем появились и такие ранее «позорные» ее формы как детская проституция. Поэтому законодатель был вынужден ввести как уголовную, так и административную ответственность за занятия проституцией. Так в Уголовным кодексом Украины 2001 года появилась статья 303, предусматривавшая уголовную ответственность за проституцию или принуждение к ней, либо вовлечения в занятие проституцией. В соответствии с этой статьей к ответственности привлекались как путаны, так и лица, которые занимались созданием, руководством или участием в организованной группе, обеспечивающей их деятельность, то есть сутенеры. Причем для привлечения к уголовной ответственности самих проституток требовалось, чтобы их действия совершались систематически, то есть не менее трех раз их действия должны были быть выявлены и задокументированы в соответствии с законом. Однако судебная практика столкнулась как с большим количеством уголовных дел данной категории, так и с тем, что приговоры в отношении жриц любви, как правило не выносились. Поскольку максимальное наказание для представительниц и представителей сексуального бизнеса было предусмотрено в виде штрафа или общественных работ, то подсудимые зачастую освобождались от уголовной ответственности. Дело в том, что часть 1 статьи 303 УК Украины относилась к преступлениям небольшой тяжести и в соответствии с законом суд мог это сделать.

Чтобы изменить это положение, законодатель в конце 2006 года отменил уголовную ответственность для лиц, занимающихся проституцией. Сохранилась возможность применения карательных мер лишь в отношении сутенеров и лиц, втянувших путану в занятие проституцией. А сделать это на практике очень сложно.

Что же касается административной ответственности, то учитывая корыстный характер деятельности путан, ее размер выглядит смехотворно. Причем проститутки предпочитают «уплачивать штраф на месте », провоцируя работников соответствующих структур к получению взятки. Заплатив таким образом «штраф», путаны получают своего рода «лицензию» на свой помысел в течение более или менее продолжительного времени.

Кроме того, говоря о проблеме борьбы с проституцией, не следует забивать и о старой как мир истине: ни одну сложную социальную про-

блему нельзя решить лишь с помощью карательных мер. Поэтому ответ на вопрос о том, ведется ли у нас в стране должным образом борьба с проституцией, напрашивается сам собой. Не случайно в последнее время все чаще и чаще раздаются призывы о легализации проституции на Украине. Но это предложение не находит поддержку у законодателя.

Підгородинський В. М.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ

Пропозиції про посилення кримінально-правової охорони честі та гідності людини вже стали майже звичними. У той же час про ділову репутацію у такому контексті говорять значно рідше. При цьому в окремих випадках у рамках однієї статті Особливої частини КК України пропонується встановити відповідальність і за посягання на честь та гідність особи, і за посягання на її ділову репутацію.

На відміну від наклепу й образи – найтиповіших злочинів проти гідності та честі особи, – КК України 1960 року не містив спеціальних норм за посягання на ділову репутацію (підрив ділової репутації). І така ситуація була цілком зрозумілою: ділова репутація, як правило, характеризує досягнення фізичної чи юридичної особи як суб'єкта господарювання, але на момент прийняття і протягом майже всього строку дії КК України 1960 року ставлення до господарської діяльності і фізичної, і юридичної особи було зовсім іншим, ніж зараз. З 1991 року ситуація змінюється; у наш час ділова репутація – це загальновизнана правова категорія.

Право на недоторканність ділової репутації мають як фізичні, так і юридичні особи (ч. 1 ст. 299 і ч. 1 ст. 94 ЦК України відповідно). При цьому слід враховувати, що честь та гідність є особистими немайновими благами виняткова фізичної особи. «Ділова репутація – це інформація, яка набула рис суспільного знання про досягнення тої чи іншої особи. Ділова репутація ґрунтується на висновках щодо морального обличчя, ділових якостей і законослухняності фізичної особи і пов'язується у сучасному баченні найчастіше з добрим ім'ям фізичної або юридичної особи» (Саприкіна І. В. Захист честі, гідності, ділової репутації фізичної особи за законодавством України (за матеріалами судової практики) : автореф. дис. … канд. юрид. наук / КНУ імені Тараса Шевченка. – К., 2006, с. 5). Таким чином, ділова репутація – це оцінка досягнень, діяльності і т. д. фізичної чи юридичної особи.

Дещо інший зміст у поняття «ділова репутація» вкладає О. В. Синєгубов: «…ділова репутація як особисте благо фізичної особи розділяється на: ділову репутацію фізичних осіб (… які працюють за трудовим

договором, державні службовці…) та ділову репутацію фізичних осіб-підприємців… При цьому критерієм розмежування ділової репутації за цими суб'єктами на зазначені види є [її] економічний зміст… та… можливості (правомочності) щодо здійснення права фізичної особи на це благо» (Синєгубов О. В. Особливості цивільно-правового захисту прав на гідність, честь та ділову репутацію працівників міліції : автореф. дис. … канд. юрид. наук / Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2008, с. 6). Зрозуміло, чому автор не говорить про ділову репутацію юридичних осіб, – це виходить за межі теми його дослідження. Але привертає увагу інше: на думку О. В. Синєгубова, ділова репутація – це особисте немайнове благо тільки тієї людини, яка працює. Так, дослідник пише: «…правомочність по володінню та відповідно формуванню ділової репутації виникає у фізичної особи з моменту можливості займатися професійною діяльністю, а точніше з моменту досягнення особою повноліття та в інших випадках надання особі повної цивільної дієздатності» (Синєгубов О. В. Вказана праця, с. 6-7).

Думаємо, що моральне обличчя і законослухняність фізичної особи, що формують її добре ім'я, мають бути пов'язаними з професійною діяльністю цієї людини. У протилежному випадку ділова репутація буде підмінювати поняття честі. Справді, як правильно зазначає Р. О. Стефанчук, «об'єктивна сторона [честі] полягає в оцінці суспільством діянь (поведінки) особи на основі загальноприйнятих критеріїв, а суб'єктивна – в самооцінці своїх діянь (поведінки) на основі власного внутрішнього світогляду» (Стефанчук Р. О. Цивільно-правовий захист честі, гідності та репутації : автореф. дис. … канд. юрид. наук / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2000, с. 4-5).

Таким чином, поняття «ділова репутація» є ширшим за ставлення до фізичної чи юридичної особи у зв'язку з їх господарською діяльністю. Тим не менш, на нашу думку, ділова репутація у першу чергу асоціюється саме з господарською діяльністю суб'єкта. Ця обставина дає можливість умовно виділити два прояви ділової репутації: у сфері, що пов'язана з господарською діяльністю фізичної або юридичної особи, і у сфері, не пов'язаній з господарською діяльністю особи. У першому випадку посягання на ділову репутацію буде близьким за своєю суттю до злочинів у сфері господарської діяльності, а у другому випадку – до злочинів проти волі, честі та гідності особи. У зв'язку з цим виникає питання, чи доцільно взагалі передбачати кримінальну відповідальність за посягання на ділову репутацію і, якщо потрібно, то який розділ Особливої частини КК України слід доповнити відповідними статтями.

Варто звернути увагу на те, що ділова репутація може бути чи не найдорожчою цінністю для особи. Це стосується рівною мірою як особи (фізичної чи юридичної), що займається господарською діяльністю, так і працівника, який не здійснює господарської діяльності і ділова репута-

ція якого пов'язана лише з професійною діяльністю цієї людини. Значить, справедливо припустити, що підрив ділової репутації може спричинити істотну шкоду для зазначених осіб. Така шкода, очевидно, може бути як матеріальною, так і нематеріальною. Крім того, підрив ділової репутації, скоріш за все, вчинятиметься з певними метою і мотивом. Зокрема, це можуть бути корисливі чи інші особисті мотиви. Думаємо, що ступінь суспільної небезпечності цілеспрямованого підриву ділової репутації, вчиненого з корисливих чи інших особистих мотивів і у результаті якого було завдано істотної шкоди фізичній або юридичній особі, є достатньо високим, у зв'язку з чим таке діяння можна було б криміналізувати. Оскільки посягання відбувається у першу чергу на ділову репутацію, однак при цьому можуть порушуватися інтереси особи, пов'язані з її господарською чи іншою діяльністю, то суспільні відносини щодо охорони доброго імені особи слід вважати основним безпосереднім об'єктом, а суспільні відносини, наприклад, щодо здійснення особою господарської діяльності – додатковим безпосереднім об'єктом. Тому відповідну кримінально-правову норму слід передбачити не у Розділі VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності», а у Розділі III Особливої частини, змінивши його назву на таку: «Злочини проти волі, честі, гідності та ділової репутації особи».

Березовська Н. Л.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ПРАВО НА ЖИТТЯ

Право людини на життя закріплено в ч. 1 ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (1966 рік), в ч. 1 ст. 2 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (1950 року), ст. 1 Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари (1983 рік), ст. 2 Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини (1995 рік), ст. 27 Конституції України (1996 року), ст. 281 Цивільного кодексу України (2003 року).Конституція України проголошує життя особи найвищою соціальною цінністю. Цивільний кодекс України містить цілу статтю під назвою «Право на життя» (ст. 281):«1. Фізична особа має невід'ємне право на життя. 2. Фізична особа не може бути позбавлена життя. Фізична особа має право захищати своє життя та здоров'я, а також життя та здоров'я іншої фізичної особи від протиправних посягань будь-якими засобами, не забороненими законом…4. Забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя…6. Штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки. У випадках, встановлених за-

конодавством, штучне переривання вагітності може бути проведене при вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів».

В кримінальному праві України злочини проти життя містяться у розділі ІІ Особливої частини. Разом з тим, визначення терміну «життя» законодавець не закріплює ні в диспозиціях статей, ні в можливій примітці до норми. Це не викликало б заперечення, якби, при кваліфікації діяння, не викликало таку масу точок зору з приводу того, чи варте життя ненародженої дитини уваги держави. Життя починається із зачаття, тому і захищати ненароджену особу повинна не лише мати за власним бажанням, а й інші особи, держава. На практиці, застосування норм щодо захисту життя починається із моменту народження. Видається, йде підміна поняття «життя» і «народження». І Конституція України, і Кримінальний кодекс України проголосили захист життя особи, а фактично захищається лише та частина життя, яка починається з моменту народження. Цивільне право захищає матеріальні права дитини, в певних випадках, до її народження. Та чи можуть матеріальні права бути важливіші права на життя?

Кримінальний кодекс України, в ст. 134, закріплює кримінальну відповідальність за «Незаконне проведення аборту». За частиною 1, злочин є невеликої тяжкості, за частиною 2 – середньої тяжкості. Максимальне по суворості покарання, при наявності похідних наслідків – п'ять років позбавлення волі. Але на практиці за саме вбивство ненародженої дитини відповідальність взагалі відсутня, при цьому «гуманно» відносяться до осіб, які проводять незаконно аборти. Так, згідно витягу з ухвали судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 06 березня 2001 р. слідує, що за незаконне проведення аборту за сукупністю злочинів, Х. визнано винною в тому, що вона як лікар-гінеколог незаконно проводила аборти й неодноразово одержувала за це винагороду від громадян шляхом вимагательства та у великих розмірах. За що її засудили до 1 року позбавлення волі та за амністією звільнили від призначеного покарання. В Єдиному державному реєстрі судових рішень у кримінальних справах, ст. 134 КК України згадується на 343 сторінках, при цьому на сторінці – 25 записів. Але ні мати, на лікар чи інші особи відповідальності за вбивство цієї дитини відповідальності не несуть.

Згідно законодавства, не вважається вбивством «штучне переривання вагітності» до 12 тижнів, коли дитина в утробі матері вже смокче пальця, в неї наявне серцебиття; а й після цього – до 22 неділь «у випадках, встановлених у законі». Закон України від 02 листопада 2004 р. № 2135-15 «Про внесення змін до статті 281 Цивільного кодексу України» при цьому закріпив, що в абзаці другому частини п'ятої слова «та соціальних» виключити; у частині шостій: в абзаці другому слова «двадцяти восьми» замінити словами «двадцяти двох»; в абзаці третьому слова «за медичними та соціальними показаннями» виключити; частину сьому викласти у такій редакції: «7. Повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними

показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством». Цей Закон набрав чинності з 1 січня 2005 року. До постанови Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 № 144 діяла постанова Кабінету Міністрів України від 12 листопада 1993 р. № 926, згідно якої строки штучного переривання вагітності були до 28 тижнів і показників, які тоді називались «медичні та соціальні» було трохи більше. Що стосується медичних, то чомусь (не володіючи спеціальними знаннями важко претендувати на достовірність висновку щодо переліку медичних показників) змінилась і їх назва в деяких випадках, наприклад, раніше – новоутворення, зараз – злоякісні новоутворення. До соціальних показань, за наявності яких могло бути проведено штучне переривання вагітності від 12 до 28 тижнів були: наявність трьох і більше дітей; розлучення під час вагітності; смерть чоловіка під час вагітності; вагітність внаслідок згвалтування; перебування жінки або її чоловіка у місцях позбавлення волі; позбавлення жінки батьківських прав; наявність у жінки дитини-інваліда; тяжке захворювання або травма чоловіка, що зумовили його інвалідність під час вагітності дружини. Порівнюючи вказані постанови, ми можемо прийти до висновку, що хоч окремо не представлено терміну щодо соціальних показників, вони є. Напевне, до них ми можемо віднести: народження дітей з підтвердженим діагнозом спадкових захворювань та гетерозиготне носійство подружжям мутантних генів, що зумовлюють спадкові захворювання (як виправдання – пренатальне підтвердження діагнозу в плода із застосуванням інвазивних досліджень); вагітність внаслідок згвалтування. До них знов додано вікові показники. Так, показаннями до штучного переривання вагітності, згідно діючої постанови Кабінету Міністрів України, є вік – до 15 та після 45 років. Раніше в графі фізіологічний та інший стан зазначалося про стан фізичної незрілості організму жінки – до 18 років (це при тому, що до введення у дію чинного ЦК України, шлюбний вік для жінки був 17 років без його зниження), стан загасання функції репродуктивної системи жінки – 45 років; стан після оперативного втручання, пов'язаного із вилученням життєво важливого органа.

Але все, знову ж таки, зводиться не до захисту життя ненародженої дитини, яка, уявляється, не може бути позбавленою закріпленою ст. 281 ЦК України права на життя. Навіть не дивлячись на те, що ніхто у цілому світі, чи то чужих чи рідних, не захищає її право. Як же розуміти абз.2 ч. 3 ст. 281 ЦК України, може тоді, згідно діючого законодавства, слід було б додати «крім ненароджених дітей, які не можуть захищатись»?

Вважаємо, виправити ситуацію, яка склалася можна декількома альтернативними шляхами: 1) закріпивши поняття «життя» в примітці до статті 115 КК України; 2) роз'яснити значення терміну «життя» у постанові Пленуму Верховного Суду України. Вносити зміни до КК України

не буде потреби, так як «спричинення смерті іншій особі» поглинає і випадки вбивства ненародженої дитини. При кваліфікації тяжких тілесних ушкоджень за ознаки «переривання вагітності», дії винної особи слід додатково кваліфікувати за вбивство. При незаконному проведені аборту також повинна йти додаткова кваліфікація дій винних і за вбивство маленької особи.

Отже, кримінальне право, яке покликане захищати найбільш важливі суспільні відносини, не може «залишитись» осторонь найбільш цінних суспільних відносин – щодо захисту життя. Життя будь-якої особи повинне захищатися законом. Не допустимо говорити про правову державу там, де вчиняються вбивства з законного дозволу держави.

Пилипенко Є.О.

Донецький юридичний інститут МВС України, викладач кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності факультету міліції громадської безпеки, кандидат юридичних наук

ЗНИКНЕННЯ БЕЗВІСТИ ПОТЕРПІЛОГО ЯК ОСОБЛИВО КВАЛІФІКУЮЧА ОЗНАКА ЗАЛИШЕННЯ В НЕБЕЗПЕЦІ

Чинне кримінальне законодавство України визначає вичерпний перелік злочинів проти життя та здоров'я особи, особливе місце серед яких займає злочин, передбачений ст. 135 Кримінального кодексу України (далі – КК України) «Залишення в небезпеці», який не тільки ставить в небезпеку життя та здоров'я особи, але й може завдати їм реальної шкоди. Так, залишення в небезпеці, що спричинило смерть або інші тяжкі наслідки охоплюється ч. 3 ст. 135 КК України (Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14. – Назва з екрану). Даний злочин є злочином з матеріальним складом, оскільки, окрім злочинного діяння, обов'язковим елементом об'єктивної сторони злочину є тяжкі наслідки та причинний зв'язок між діянням та наслідками, що настали (Мельник М.І., Клименко В. А. Кримінальне право. Особлива частина. 2008, с. 74-75).

На сьогодні законодавцем чітко не зазначено, які саме наслідки від залишення в небезпеці слід вважати тяжкими, а тому з приводу їх визначення існують певні суперечності. Головна суперечність полягає в тому, чи є тяжким наслідком від залишення в небезпеці зникнення безвісти потерпілого?

На мою думку, зникнення безвісти потерпілого повинно відноситись до тяжких наслідків від залишення в небезпеці та охоплюватись ч. 3 ст. 135 КК України. Так, у більшості випадків зникнення осіб безвісти, зниклими стають люди похилого віку, малолітні, а також ті, що страждають різними психічними захворюваннями. Тобто це ті особи, що підпадають під категорію потерпілих від злочину, передбаченого ст. 135 КК України.

У диспозиції ч. 1 ст. 135 КК України чітко зазначено, що потерпілим може бути особа, яка знаходиться у небезпечному для життя стані та позбавлена можливості до самозбереження через малолітство, старість, хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану (Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14. – Назва з екрану).

Відповідно до вимог Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) у випадку зникнення безвісти особи, тобто відсутності будь-яких відомостей про неї по місцю її постійного проживання протягом трьох років, дана особа може бути оголошена судом померлою (ст. 46 ЦК України). Правові наслідки оголошення фізичної особи померлою прирівнюються до правових наслідків, які настають у разі її смерті (ст. 47 ЦК України) (Цивільний кодекс України : за станом на 01.10.2004 р. – Х.: ТОВ «Одисей», 2004, с. 33-34). Тобто законодавець прирівнює оголошення безвісно відсутньої людини померлою до фактичного настання її смерті.

На сьогодні, ч. 3 ст. 135 КК України встановлює кримінальну відповідальність за залишення в небезпеці, що спричинило настання смерті потерпілого та передбачає покарання для винної особи у вигляді позбавлення волі строком від трьох до восьми років (Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14. – Назва з екрану). Тобто даний злочин діюче кримінальне законодавство України визнає тяжким. Разом з тим, діюче цивільне законодавство України до фактичного настання смерті прирівнює факт оголошення безвісно відсутньої людини померлою, а саме визначає, що у разі відсутності будь-яких відомостей про людину по місцю її постійного проживання протягом трьох років, дана особа може бути оголошена судом померлою, а правові наслідки оголошення фізичної особи померлою прирівнюються до правових наслідків, які настають у разі її фактичної смерті.

У свою чергу, якщо залишення в небезпеці спричинило зникнення потерпілого безвісти, якого, згідно чинного цивільного законодавства України визнано померлим, що, у свою чергу, прирівнюється до фактичного настання його смерті, тоді можна стверджувати про те, що залишення в небезпеці, яке спричинило зникнення безвісти потерпілого за тяжкістю наслідків прирівнюється до залишення в небезпеці, що спричинило настання смерті потерпілого, адже відповідно до норм Цивільного кодексу України визнання особи померлою за наслідками є фактичним настанням її смерті.

Слід зазначити, що факт визнання особи у судовому порядку померлою у разі її зникнення безвісти зовсім не означає, що особа дійсно померла. Однак, у разі, якщо особа, що зобов'язана була піклуватися про іншу особу і мала змогу надати їй допомогу завідоме залишає останню без допомоги у разі знаходження її в небезпечному для життя стані і позбавленої можливості вжити заходів до самозбереження через малолітство, старість,

хворобу або внаслідок іншого безпорадного стану, а також у разі, коли винна особа сама поставила потерпілого в небезпечний для життя стан, це призведе до зникнення безвісти останнього більше ніж на три роки, винна особа повинна нести відповідальність за ч. 3 ст. 135 КК України, незалежно від того повернеться згодом потерпілий чи ні, оскільки така обставина є тяжкою для потерпілого, а тому прирівнюється державою до фактичного настання його смерті.

Горбачева И. М.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры уголовного права, кандидат юридичних наук

ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ПРИЗНАКОВ САМОУПРАВСТВА В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

Для нормального осуществления законной деятельности субъекты такой деятельности должны быть защищены на законодательном уровне. При чем таким образом, чтобы у лиц, вступающих в гражданский или хозяйственный оборот, отсутствовали возможности совершить самоуправные действия. Действующее законодательство (ст. 186 КУоАП и ст. 356 УК Украины) предусматривают ответственность за самоуправство.

Самоуправство как правонарушение исследовалось в работах А. П. Биньковского, В. Ф. Кириченко, В. В. Сташиса, Н. И. Бажанова, В. Н. Сафонова, Ю. В. Сапронова, О. В. Соколовой, И. К. Суркова и др. Однако неразрешенным остается вопрос о критериях определения вреда, причиненного в результате самоуправных действий.

Самоуправство является правонарушением со смешанной противоправностью, так как за его совершение предусмотрена ответственность в административном и уголовном законодательстве. Устанавливая их соотношение, необходимо исходить из того, что общественная опасность является той границей, по которой следует проводить отличие преступления от административного проступка, так как последний обладает лишь признаком «общественная вредность» (Михеева Т. Ю. Самоуправство: основные сложности установления признаков деяния //Уголовный процесс. – М.: «Новые юрид. ж-лы» – 2010 г. – № 1 – С.46).

Основным критерием, позволяющим отграничить самоуправство как проступок и преступление является размер (наличие) причиненного вреда в результате самоуправных действий. Здесь следует отметить следующее. Во-первых, КоАП Украины в ст. 186 определяет последствия как «не причинившее существенного вреда» («істотна шкода»), а УК Украины определяет уголовно наказуемый вред как «значительный вред» («значна шкода»). Т.е. изначально существует неоднозначность в терминологии в двух законодательных актах. Во-вторых, в теории административного права указывается, что понятие существенного вреда является оценочным, а

установление указанного вреда должно осуществляться с учетом последствий, которые повлекли действия виновного (Кузніченко С. О. Проблеми співвідношення норм адміністративно-деліктного та кримінального права // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 539). Таким образом, буквальное исследование диспозиций обеих статей приводит нас к тому, что административная ответственность за самоуправство наступает в случае не причинения «существенного» вреда гражданам, государственным или общественным организациям, а уголовная ответственность за самоуправство наступает при условии причинения значительного вреда интересам гражданина, государственным или общественным интересам или интересам собственника.

Разница между терминами, которые используются в указанных статьях УК Украины и КоАП уже затрудняет применение этих норм, на том основании, что причинен значительный вред (ст.356 КК Украины) и не нанесен существенный вред (ст.186 КоАП). Оба они являются оценочными понятиями, и устанавливаются в подавляющем большинстве случаев субъективно субъектами квалификации преступлений, с учетом вины, объема нарушенных прав и интересов. Во-вторых, в уголовно-правовой норме отмечается, что вред может быть причинен одному гражданину, а при применении нормы КоАП вред причиняется гражданам, то есть двум и более физическим лицам.

Как правило, значительный вред определяется как вред, объем которого в данных условиях превышает порог терпимости общества и государства (Матіас А. В. Зміст та сутність адміністративної відповідальності // Право України. – 2006. – № 1 – С. 34). Вопрос о том, является ли причиненный самоуправством вред значительным, в юридической литературе не определен. В некоторых случаях предлагается материальный вред признавать значительным, если он в сто и более раз превышает необлагаемый налогом минимум доходов граждан (Кримінальне право України: особлива частина / Ю. В. Баулін, В.І.Борисов, С. Б. Гавриш та ін. – 3-є вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 199). Из более чем 30 изученных решений в каждом третьем случае суд указал, что в соответствии с положениями УК Украины материальный вред следует определять значительным, если он в сто и более раз превышает необлагаемый минимум доходов граждан, в остальных случаях – значительным признается вред от 500 до 2000 грн. Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что вследствие отсутствия нормативных критериев разграничения значительности (существенности) вреда, на практике суды неоднозначно применяют положения ст.ст. 186 КоАП и ст. 356 УК Украины. Не обоснованной считаем точку зрения судов исходить из примечания к ст. 354 УК, поскольку: во-первых, в примечании к ст. 354 УК размер значительного вреда «незаконного вознаграждения» определен в как 2 или более нмдг (необлагаемых минимумов доходов граждан), что во многом не соответ-

ствует иным положениям УК. Более приемлемым представляется в таких случаях руководствоваться примечанием п. 2 к ст. 185 УК Украины. В соответствии с п. 2 прим. к ст. 185 УК в ст. 185, 186, 189 и 190 УК значительный вред определяется при обязательной совокупности двух условий: учет материального положения потерпевшего и размера причиненного ему вреда (Кримінальний кодекс України від 05.04.2001р.// Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25-26. – ст.131). Во время выяснения материального положения потерпевшего суды должны в каждом конкретном случае принимать во внимание такие обстоятельства, как социальное положение потерпевшего, его работоспособность, размер заработной платы и другие доходы, количество членов семьи, наличие на его содержании малолетних, больных, неработоспособных и тому подобное. Таким образом, при учете значительности причиненного вреда следует учитывать не только формально определенный признак (в размере от 100 нмдг), но и материальное положение потерпевшего.

Если вред заключается в причинении общественно опасных последствий нематериального характера, то значительным вредом могут признаваться нарушение охраняемых Конституцией Украины или другими законами прав и свобод человека и гражданина (право на свободу и личную неприкосновенность и неприкосновенность жилья, избирательные, трудовые, жилищные права и др.), подрыв авторитета и престижа органов государственной власти, нарушения общественной безопасности и общественного порядка и проч.

Дмитрук М. М.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», ассистент кафедры уголовного права, кандидат юридических наук

К ВОПРОСУ О СИСТЕМЕ УГОЛОВНЫХ ПРОСТУПКОВ

Система преступлений в действующем Уголовным кодексе Украины (далее – УК Украины), определена Особенной частью УК Украины. Ориентиром системы преступлений при разработке и принятии УК Украины была система преступлений, предусмотренная предыдущей редакцией Уголовного кодекса УССР от 28.12.1960 г.

Какой должна быть система уголовных проступков, какие деяния из преступлений и неуправленческих административных правонарушений могут быть трансформированы в уголовные проступки, а главное, что может быть использовано законодателем в качестве основания трансформации указанных деяний в уголовные проступки?

Это только некоторые вопросы, на которые необходимо ответить представителям науки уголовного права относительно института уголовных проступков. В противном случае, продемонстрированная «решимость» законодателя на примере принятия других кодифицированных

актов (Налоговый кодекс Украины, Уголовный процессуальный кодекс Украины) может привести к необоснованным радикальным изменениям системы преступлений, предусмотренной действующим УК Украины.

Проведенный системный анализ поданных проектов Законов Украины с одноименным названием «О внесении изменений в Уголовный кодекс Украины относительно введения института уголовных проступков» № 10146 от 03.03.2012г., № 10126 от 26.02.2012г., дает возможность сделать несколько выводов относительно системы уголовных проступков.

В указанных проектах осуществляется механическое перенесение неуправленческих административных правонарушений в категорию уголовных проступков. Критерием отбора деяний, которые были перенесены в указанных проектах, как правило, является наличие административного ареста в соответствующей санкции административно-правовой нормы. По-нашему мнению, этот критерий трансформации, который используется, согласно Концепции реформирования уголовной юстиции, должен применяться оценочно и с учетом природы деяния.

Суть оценочного применения этих критерий заключается в следующем: при несоответствии административного ареста тяжести административного правонарушения и наличии управленческого характера, за это административное правонарушение необходимо предусмотреть более мягкое административное взыскание, нежели административный арест, без перенесения указанного деяния в уголовные проступки.

В случае несоответствия административного ареста тяжести административного правонарушения и отсутствии управленческого характера, необходимо рассмотреть вопрос об отнесении указанного административного правонарушения к другим видам правонарушений, однако не уголовным проступкам. Учет соотношения указанных критерий, даст возможность избежать криминализации административных правонарушений.

Относительно второй составляющей системы уголовных проступков – преступлений небольшой тяжести, необходимо отметить следующее. По-нашему мнению, при определении преступлений небольшой тяжести, которые следовало бы отнести к уголовным проступкам, не в полной мере учтен такой материальный критерий как «управленческий характер» и отсутствие высокой степени общественной опасности деяния. Поскольку одним из критериев, согласно Концепции реформирования уголовной юстиции, отнесения административных правонарушений к уголовным проступкам является применения административного ареста, то по аналогии к формальным критериям трансформации преступлений небольшой тяжести следовало бы отнести и арест как вид наказания, который может применяться за уголовные проступки.

Системное использование всех критерий трансформации административных правонарушений и преступлений небольшой тяжести в уголовные проступки, позволит создать устойчивую систему уголовных проступков.

Искендеров Ф. Ш.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», старший преподаватель кафедры уголовного права

ОБЩИЕ НАЧАЛА НАЗНАЧЕНИЯ НАКАЗАНИЯ В ГОСУДАРСТВАХ ПРИЧЕРНОМОРСКОГО РЕГИОНА

Известно, что исследованию проблем общих начал наказания и уголовной ответственности в целом уделялось значительное внимание в современной литературе (Л. В. Багрий-Шахматов, М. И. Бажанов, Ю. В. Баулин, А. С. Горелик, Т. А. Денисова, И. И. Карпец, Л. Л. Кругликов, В. И. Курляндский, Ю. Б. Мельникова, В. С. Становский, Е. Н. Фролова, Г. И. Чечель, А. И. Чучаев и др.). Эти вопросы рассматривались, как правило, исходя из анализа национального уголовного законодательства либо в рамках юридической компаративистики с точки зрения общего исследования принципов назначения наказания. При всем при этом понимание общих начал назначения наказания крайне важно для оценки предпосылок правильного применения уголовно-правовой нормы.

Представляет интерес анализ решения этого вопроса в странах Причерноморского региона, для которых процесс европеизации современного уголовного права также сопряжен со значительным количеством трудностей, заключенных в особенностях развития национальных правовых систем, связанных историческими правовыми традициями, преемственностью, следованием принципам, установленным для стран Северного Причерноморья положениями Модельного Уголовного кодекса для государств-участников СНГ, и т.п . Немаловажным является и тот факт, что развитие инвестиционных и торговых связей в рамках Организации Черноморского сотрудничества влечет за собой интенсификацию рынка труда, услуг и капиталов, а в силу этого и соответствующие экспортно-импортные связи криминалитета. Это предопределяет значимость рассмотрения вопросов унификации уголовной политики стран Причерноморья в том числе и в вопросах назначения наказания.

Индивидуализация наказания как процесс установления соразмерности наказания нормативным указаниям и антропогенным факторам, по-разному проявляется в национальном праве. Известно, что индивидуализация наказания в украинском праве происходит в пределах санкции уголовно-правовой нормы, с учетом положений Общей части Уголовного закона, степени тяжести совершенного преступления, личности виновного, обстоятельств, смягчающих или отягчающих наказание (ст.65 Уголовного кодекса Украины) (Кримінальний Кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001, N 25-26. – ст.131.).

В Уголовном кодексе Российской Федерации помимо указанных аспектов ст.53 конкретно предписывает судам для обеспечения справедливости наказания учитывать влияние назначенного наказания на исправление осужденного и условия жизни его семьи (Уголовный кодекс

Российской Федерации. – по состоянию на 20 марта 2013 года – М.: Проспект, 2013. – с.23).

Уголовный кодекс Грузии, описывая в статье 53 общие начала и принципы применения специальных правил назначения справедливого наказания, специально останавливается на необходимости анализа судом смягчающих и отягчающих обстоятельств, среди которых, в частности, выделяются мотив и цель преступления, выявленная противоправная воля, характер и мера нарушения обязанностей, вид, способ и противоправные последствия осуществления деяния, прошлая жизнь виновного, личные и экономические условия, его поведение после совершения деяния, в особенности стремление возместить вред, примириться с потерпевшим [Уголовный кодекс Грузии : Принят 22 июля 1999 года ; Введен в действие с 1 июня 2000 года. [электронный ресурс] – режим доступа: http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241370&subID=100095257,100095258,100095262,100095326,100095350#text].

Согласно ст.75 Уголовного Кодекса Молдовы [Уголовный кодекс Республики Молдова от 18.04.2002. [электронный ресурс] – Режим доступа http://lex.justice.md/ru/331268/], к лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается справедливое наказание в пределах, предусмотренных Особенной частью кодекса, и в строгом соответствии с положениями Общей части. При назначении вида и срока наказания суд учитывает тяжесть совершенного преступления, его мотивы, личность виновного, обстоятельства дела, которые смягчают или отягчают ответственность, влияние примененного наказания на исправление и перевоспитание виновного, а также условия жизни его семьи. Более суровое наказание из числа альтернативных, предусмотренных за совершение преступления, назначается только в случае, если более мягкое из указанных не обеспечит достижения цели наказания. За совершение незначительного преступления или преступления средней тяжести наказание в отношении несовершеннолетнего применяется только после установления того, что применение принудительной меры воспитательного характера оказалось недостаточным для исправления несовершеннолетнего.

Уголовный кодекс республики Румыния, помимо вышеназванных обстоятельств обращает внимание на особенности назначения наказания юридическим лицам [Уголовный кодекс Республики Румыния [электронный ресурс] – Режим доступа http://legislationline.org/download/action/download/id/1695/file/c1cc95d23be999896581124f9dd8.htm/preview]. Уголовный кодекс Республики Болгария в статье 54 специально обращает внимания на учет степени общественной опасности для виновного и его деяния [Уголовный кодекс Республики Болгария [электронный ресурс] – Режим доступа http://legislationline.org/documents/action/popup/id/8881/preview].

Значительный интерес представляет собой изучение характеристик индивидуализации уголовного наказания по уголовному законодательству Турции. Это объясняется как спецификой турецкого уголовного пра-

ва, так и тем, что современное уголовное законодательство Турции формировалось на основе модернистских новелл развития континентальной уголовно-правовой доктрины и впитало в себя наиболее интересные черты ее современного развития. Турецкий Уголовный кодекс был принят 26 сентября 2004 года. [Уголовный кодекс Турции [электронный ресурс] – Режим доступа http://legislationline.org/documents/action/popup/id/6872/preview]

Так, статья 61 УК Турции, «детерминация наказания», определяет, что в каждом конкретном случае судья определяет конкретное наказание в промежутке между минимальными и максимальными пределами санкции с учетом следующих фактов: А) как преступление было совершено;Б) какие орудия были использованы при его совершении; В) в какое время и в каком месте оно было совершено; Г) насколько серьезны обстоятельства совершения преступления; Д) тяжесть вреда или риска (вреда) наступления последствий; Е) тяжесть вины правонарушителя, основанной на умысле или неосторожности; Ж) характеристики намерений виновного.

Таким образом, характеристика общих начал назначения наказания в странах Причерноморья свидетельствует об усилении процесса нормативного закрепления правил индивидуализации наказания с учетом факторов. Влияющих на совершение преступления и превентивные аспекты назначенного наказания.

Кузембаєв О. С.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального права

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «КРИМІНАЛЬНИЙ ЗАКОН» ТА «КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО»

У сучасних умовах важливим чинником ефективної реалізації правових норм, як правових регуляторів суспільних відносин є наявність чітких форм їх вираження і закріплення, крізь призму яких визначаються правила поведінки у суспільстві та держави. До них передусім належить закон та їх система – законодавство. В цілому окремими аспектами сутності законодавства, його ознак досліджувались, як на загальнотеоретичному рівні, так й на кримінально-правовому рівні: М. Д. Дурмановим, Л. Д. Гаухманом, А. В. Наумовим, М.І. Хавронюком, П. Л. Фріс та іншими.

У законах термін «законодавство» вживається неоднозначно й в різних значеннях: в одних мають на увазі лише закони (вузьке розуміння); в інших, насамперед кодифікованих, в поняття «законодавство» включаються як закони та інші акти Верховної Ради України, так і акти Президента України, Кабінету Міністрів України, а в деяких випадках – також і нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади. Подібна практика широкого розуміння законодавства також прослідковується й

серед вчених, які крім того включають до нього також міжнародні договори, й навіть рішення Конституційного Суду України.

Серед вітчизняних вчених було притаманно розуміти під кримінальним законом також й укази (під указами розумілись – Укази Президії Верховної Ради УРСР та України) кримінально-правого характеру. Через існуючу побудову радянського державного устрою, радянське кримінальне законодавство поділялося на дві частини: 1) загальносоюзні кримінальні законі; 2) кримінальні закони окремих союзних республік у вигляді кримінального кодексу (Дурманов М. Д. Советский уголовный закон. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1967. с. 26).

Серед українських вчених також немає одностайності у тому, що розуміти під законодавством та кримінальним законодавством зокрема. Переважна більшість українських вчених розділяють думку про ототожнення понять «кримінальне законодавство», «кримінальний закон» і «закон про кримінальну відповідальність», де дані поняття відображають розуміння їх в якості КК України, та вказується на умовність таких понять та використовуються як синонімічні.

Проте тотожне співвідношення таких термінів як «кримінальне законодавство» і «кримінальний закон» розділяється не всіма вченими. Так, у своїх висновках Матишевський П. С. приходить до широкого розуміння поняття «кримінальний закон» (Кримінальне право України. Загал. частина: Підруч. для студентів юрид. вузів і фак. / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. В. Беньківський та ін.; За ред. П. С. Матишевського та ін. – К.: Юрінком Інтер, 1997. с. 23-24). Серед російських вчених також існує думка про розрізнене розуміння понять «кримінальне законодавство» і «кримінальний закон» (Решняк М. Г. Понятие уголовного закона и его соотношение с понятиями уголовного законодательства и уголовного права // Вестник Международного юридического института. – 2012. – № 2).

Щодо того як використовуються дані терміни у Кримінальному кодексі України від 2001 р. (далі – КК України), то й тут немає однаковості в підході до розуміння даних понять. Так, відповідно до ч. 1 ст. 3 КК України встановлюється, що законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який грунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Щодо поняття «закон про кримінальну відповідальність», то даний термін застосовується у ст.ст. 3, 4, 5, 6, 7, 8 КК України. І якщо в ч. 1 ст. 3 КК України говориться про кримінальне законодавство, що становить КК України, до якого повинні включатися всі нові закони, що передбачають кримінальну відповідальність, то в ряді інших кримінально-правових норм використовується слово «закон» під яким розуміється кримінальний закон, а не «кримінальне законодавство» або «Кодекс». Наприклад, у ч. 2 ст. 27 КК говориться про «використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне», у ч. 4 ст. 32 і ч. 1 ст. 33 КК говориться про «особу, що було звільнено від кримінальної відповідальності за підста-

вами, встановленими законом» та інше, де під застосуванням слова «закон» законодавець розуміє саме «кримінальний закон». В свою чергу ще в 1998 р. Конституційний Суд України (справа про тлумачення терміну «законодавство»), розтлумачив, що термін «законодавство» треба розуміти так, що ним охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції та законів України.

З даним судженням Конституційного Суду України ми не можемо в повній мірі погодитись, тому що включення до поняття «кримінальне законодавство» крім законів та інших актів Верховної Ради України, також й актів Президента України, Кабінету Міністрів України, і нормативно-правових актів центральних органів виконавчої влади є надмірною. Тому що дані акти (акти Президента України, Кабінету Міністрів України, і нормативно-правових акти центральних органів виконавчої влади) складають не законодавство, а нормативно-правову базу під терміном «підзаконні акти», що не приймаються Верховною Радою України. Дані підзаконні акти не можуть мати тієї юридичної сили та правового статусу як закони України, тому що мають підпорядкований характер відносно законів України. Так, законами України встановлюється порядок регулювання правовідносин, а підзаконними актами – тільки механізм здійснення такого регулювання.

У зв'язку з цим пропонуємо визнавати під законодавством України про кримінальну відповідальність не тільки КК України, а й інші нормативно-правові акти Верховної Ради України та рішення Конституційного Сулу України, та внести відповідні зміни до ст. 3 КК України. До інших нормативно-правових актів Верховної Ради України слід відносити Закон України «Про застосування амністії в Україні» від 1 жовтня 1996 року та акти амністії, а також чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Макаренко А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ОПТИМІЗАЦІЯ НОРМИ ПРО ПРИЗНАЧЕННЯ БІЛЬШ М'ЯКОГО ПОКАРАННЯ, НІЖ ПЕРЕДБАЧЕНО ЗАКОНОМ

Законодавчі зміни, які були внесені до ст. 69 Кримінального кодексу України (далі – КК України), не усунули всіх проблем призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. І взагалі, нинішня редакція ст. 69 КК України не є досконалою, відсутність чітких критеріїв породжує збої у функціонуванні системи норм про призначення покарання, взагалі

не формує підстав суддівського розсуду. Законодавчі приписи ст. 69 КК України ведуть до часто необґрунтованого пом'якшення покарання. Відмовившись від «виняткових обставин справи» як підстави призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, що були закріплені КК України 1960 р., та вказавши на необхідність наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, законодавець не полегшив, а, навпаки, ускладнив встановлення цієї підстави. Використання законодавцем для визначення першої підстави застосування ст. 69 КК України словосполучення «та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину» у судовій практиці викликає неоднозначне трактування та призводить до того, що встановлення цієї підстави здійснюється формально, без врахування вказаної законодавчої вимоги. Окрім цього, вказівка у ст. 69 КК України на те, що правовими підставами застосування цієї статті є наявність декількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, а також врахування особи винного, викликає у суддів труднощі розмежування обставин, що пом'якшують покарання, та обставин, які характеризують особу винного.

Зрозумілим є те, що пов'язувати вплив обставин, що пом'якшують покарання, на можливість призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, із істотним зниженням ступеня тяжкості вчинення злочину є помилковим. Ступінь тяжкості вчиненого злочину є самостійною загальною засадою призначення покарання, яка разом із врахуванням особи винного та обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, як зазначається у ч. 1 ст. 65 КК України, беруться судом до уваги при призначенні покарання. Як уявляється, ті особливі обставини, з якими кримінальний закон пов'язує можливість призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, повинні формувати чіткі підстави для суддівського розсуду, відображати критерії як тяжкості вчиненого злочину, так і суспільної небезпеки особи винного, особливостей її посткримінальної поведінки. Це можуть бути такі обставини, які пов'язані з особливостями конкретного злочину і обставин його вчинення, характеру і тяжкості наслідків, спричинених злочином, ціллю і мотивами злочину, поведінки винного до та після вчинення злочину. Саме регламентація таких обставин надасть чіткості приписам статті 69 КК України.

Крім зазначеного, тяжкість вчиненого злочину не є перешкодою для призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Такий же підхід закладений і в нормах ст. 68 (ч. 2 та 3), і ст. 69^1 КК України. Стає незрозумілим: у чому полягає доцільність покарання, якщо за вчинення тяжкого і особливо тяжкого злочину підсудному може бути призначене покарання більш м'яке, ніж передбачено законом, при цьому порушень закону зі сторони правозастосувача не буде допущено. У даному випадку мова не йде про судові помилки, так як суддя діє у межах закону, який від

початку надає широкі можливості судді при призначенні покарання, не обмежуючи його навіть тяжкістю вчиненого злочину. Мова йде про відсутність соціальної обумовленості діючої редакції ст. 69 КК України, про невиправдано м'яку каральну політику держави, яка в останній час усе більше знаходить прояв при призначенні покарання за тяжкі і особливо тяжкі злочини, взагалі не беручи до уваги інтереси потерпілих від злочину, відновлення соціальної справедливості тощо. У час усвідомлення необхідності переходу від пунітивного (карального) правосуддя на модель відновно-компенсаційного правосуддя важливим є переосмислення і реформування діючих інститутів кримінального права, у т. ч. й інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Як уявляється, логічним буде обмежити застосування ст. 69 КК України злочинами невеликої тяжкості і середньої тяжкості.

Системний аналіз норм про призначення покарання, особливо, стосовно спеціальних правил, показує, що законодавець обрав спосіб їх конструювання таким чином, що суддівський розсуд обмежується забороною призначення покарання вище законодавчо встановленої межі, відрахованої від максимального розміру (строку) найбільш суворого виду покарання. Таким чином, судді надаються конкретні орієнтири, якими він повинен керуватися. Аналогічного алгоритму у ст. 69 КК України не закріплено, хоча це було б доцільно. Це у свою чергу зніме критику ст. 69 КК України в тому, що її приписи не становлять спеціальної норми про призначення покарання, так як не обмежують суддю певними рамками, за які вийти він не вправі. Однак, беручи до уваги специфіку правової природи інституту призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, можливо встановити критерії пониження покарання способом заборони призначення покарання нижче встановленої межі від мінімального розміру (строку покарання). Враховуючи все вищесказане, вважаємо за можливе перше речення ч. 1 ст. 69 КК України викласти у наступній редакції:

«Стаття 69. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом

1. За наявності обставин, пов'язаних з особливостями конкретного злочину і обставин його вчинення, характеру і тяжкості наслідків, завданих злочином, ціллю і мотивами злочину, поведінки винного до та після вчинення злочину, який належить до категорії середньої або невеликої тяжкості, суд, умотивувавши своє рішення, може призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, але не більше, ніж на одну третину, або перейти до іншого, більш м'якого виду покарання, не зазначеного в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу за цей злочин».

Оцяця А. С.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ЩОДО ПИТАННЯ ДУХОВНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Наше суспільство – це суспільство споживання, споживання матеріальних благ, задоволень, розваг. А всяка розвага вимагає коштів. Культ грошей настільки увійшов у повсякденний побут, що курс валют є обов'язковою новиною, яку передають щогодини по радіо поряд з прогнозом погоди, як ніби це важливо і необхідно знати кожному. У свідомості людей міцно вбивається, що все можна придбати лише за гроші. В суспільстві все більш розповсюдженими стають книги, з відповідною тематикою, наприклад, «Як виховати майбутнього мільйонера». Багатіїв пропонується виховувати з пелюшок, націлювати їх на успіх. Як виховати чесного, доброго, порядну людину, багатьох вже не турбує.

Виховання як процес є довготривалий і розпочинається він ще з дитинства. Саме дитині батьки закладають перші правила поведінки, які стають основою їхнього подальшого життя.

Вихованню приділялася велика увага як за часи Російської Імперії так і в роки існування Радянського Союзу. Про це свідчить, наприклад, прийнята і затверджена на XXII з'їзді КПРС Програма. Відповідно до якої основною задачею було виховання підростаючого покоління (http://leftinmsu.narod.ru/polit_files/books/III_program_KPSS_files/116.htm).

В наш час даній проблемі не приділяється відповідна увага, а, навпаки, всякий раз пропагується панування матеріальних цінностей. Однак, окрім матеріальних потреб кожна людина має і духовні, які теж мають право на існування та повинні охоронятися належною мірою. З приводу цього, цікавими і точними є роздуми Ю. Нікітіна та А. Григор'єва: « Сучасна економічна модель, – на думку вчених, – створює тип характеру, орієнтований на ринкові відносини. Особистість починає усвідомлювати себе як «попит», який може бути «бажаний». Щоб продати себе дорожче, необхідно вивчити попит і для досягнення успіху продавати і перепродувати себе виходячи з мінливості такого попиту. Такий постійний «перехідний стан», непідвладне людині, породжує невпевненість у завтрашньому дні. Будь-яка невдача викликає зниження рівня самооцінки свого «Я», самоповаги, а як результат – відчуття безпорадності, неповноцінності, неадекватність «середовищі існування». Залежність від попиту породжує залежність від думки інших людей (конформізм), від ролей, які їм приписують і нав'язують, рольових очікувань. Втрачається людська індивідуальність як властивість людської неповторності. Людських відносин стає характерний прагматизм, який породжує байдужість до почуттів, і межує з поверхневим ставленням до особистості. Стійкі риси характеру не формуються, так як можуть вступити в конфлікт з мінливими вимог, які

пропонує ринок, і породити особистий конфлікт, який порушить і без того слабку рівновагу». (Нікітін Ю., Григор'єва О. Інструментальна кримінальна агресія та її попередження щодо злочинів проти основ національної безпеки держави. 2004. http://www. asta. edu. ua /vidan/1/(27)/Pravo//).

Виникненням нових потреб людини, у своєму споживанні, веде до її самої зміни шляхом економічного впливу на неї. Цей процес, безперечно, впливає і має свої відчутні особливості в кримінальному законодавстві, адже діючий Кримінальний кодекс України намагається охороняти людину та всі суспільні відносини, які потрібні їй для існування в нашій країні. Нагадаємо, що відкриття матеріалістичного розуміння історії, що дозволило поглянути на суспільство зовсім іншими очима, передувало створення Марксом і Енгельсом стрункої типології суспільних відносин, зведення їх у систему. Справа в тому, що об'єктивною реальністю, на їх думку, є не тільки матеріальні відносини, але і духовні (htt://www.trinitas. ru/rus/doc/0001/005a/00011111).

Порівнюючи радянські часи з сучасними реаліями, можна зазначити, що в нашій країні панує дефіцит духовності і відсутність ідеологічних поглядів на законодавчому рівні, які б об'єднували усіх людей. З першого погляду, відродити у людей загублене нереально. Але об'єднання українського суспільства все ж таки можливе. Наглядним, буденним, на перший погляд, прикладом виступає Євро-2012 по футболу. Люди мали спільні переживання, надії, які розвивали дух патріотизму, гордості у кожного за свою команду. Не раз, про відповідну згуртованість українського народу, можна було почути і через ЗМІ.

Навіть учені мусять констатувати невтішні факти. Так, В. О. Навроцький звернув увагу на те, що сталася інфляція кримінального права в повсякденній свідомості. Попередження про можливість застосування статей кримінального кодексу є слабким стримуючим заходом для потенційного правопорушника, повідомлення про порушення кримінальної справи вже не викликає хвилювання у пересічного громадянина (Навроцький В. О. Чи перебуває українське кримінальне право в стані кризи? 2009, с. 6) Тобто, не має внутрішньої боязні, відсутня внутрішня заборона у людей.

Виходячи з історії слов'янського народу (християнського) можна спостерігати, що він, протягом усього часу, не існував без духовності. І в різні періоди духовність виражалася по-різному: язичництво, релігія, ідеологія. Сьогодення ж характеризується у всьому «свободою». Але проблема в тому, що українському народові, так історично склалося, задавали напрямок духовного розвитку монархи та інші вожді, тепер же цієї закономірної тенденції не має, і, як результат, – «хаос» в суспільній свідомості, який, в свою чергу, приводить до росту злочинності. Дане твердження підтверджується дослідженням В. Н. Дрьоміна, який зазначає, що злочинність

розвивається і зміцнюється там і тоді, де присутній хаос у суспільному житті при відсутності політичної волі з ним боротися (Дремин В. Н. Криминогенность транзитивных обществ (криминологические последствия распада СССР). 2009, с. 603).

Як справедливо зазначає В. О. Туляков, сучасне дослідження механізму формування нової кримінально-правової доктрини в руслі глобалізаційних процесів свідчать про те, що проблема декодифікації і рекодифікації чинного кримінального законодавства є досить актуальною для Європейського кримінального права (Туляков В. А. Генезис уголовного права и диалектика рекодификации. 2012, с. 211-213). Процес рекодифікації в українській кримінально-правовій науці вже розпочався, це стосується кримінально-правових проступків. Але, виходячи з наших досліджень, впровадження кримінальних проступків буде супроводжуватися знову ж таки зі змінами тільки до ККУ. Змінюючи і доповнюючи кримінальний кодекс ми змінюємо, можна ще по-іншому виразитися, покращуємо нормативно-правовий акт, зовнішній прояв охоронної функції кримінального права і цим ми не можемо змінити, виправити осіб, які стали на злочинний шлях та будуть вчиняти злочини в подальшому. Для досягнення даного результату потрібна їх власна внутрішня заборона.

В підсумку, потрібно зазначити, що саме для досягнення усіх поставлених цілей кримінального законодавства потрібно єднання зовнішньої та внутрішньої суті охоронної функції кримінального права, останньою потрібно якраз-таки вважати духовність (яка б відповідала за внутрішню заборону особи). І для підняття духовності в суспільстві потрібно її нормативно-правове закріплення, а саме в ч.1 ст.1ККУ визначити, поряд з іншими, об'єктом кримінально-правової охорони духовність. Тому, що для досягнення намічених результатів в кримінальному праві потрібно поєднувати гуманізм матеріальних відносин та тоталітаризм духовних.

Данильченко И. Р.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», ассистент кафедры уголовного права

МИНИМАЛЬНЫЕ СТАНДАРТЫ ЦИВИЛИЗОВАННОСТИ – ЗАЩИТА СЕМЬИ ОТ НЕГАТИВНЫХ ПРОЦЕССОВ

Преступность в Украине за последние годы стала одним из наиболее значимых общенациональных явлений. При этом особый общественный резонанс вызывают насильственные деяния.

Преступное насилие всегда расценивалось как весьма опасное антиобщественное явление, масштабы последствий которого трудно переоценить. Насилие разрушает личность, нормальное повседневное общение людей, нередко делая жизнь человека невыносимой, разлагает

нравственные устои общества, препятствует экономическому развитию, росту материального благосостояния и духовного благополучия, угрожает национальному суверенитету и отношениям между государствами. (См.: Антонян Ю. М. Насилие. Человек. Общество. М., 2001. С. 4.) Минимальные стандарты цивилизованности современного общества предполагают одной из первостепенных задач повышенную защиту интересов подрастающего поколения и семьи в целом от различных негативных, деструктивных процессов, происходящих в украинском обществе в начале третьего тысячелетия. Основополагающую нормативную базу этих стандартов составляют Всеобщая Декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. и принятые в их развитие акты ООН, такие как: Декларация прав ребенка 1959 г., Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г., Конвенция о правах ребенка 1989 г. и многие другие международно-правовые акты. В свою очередь Конституция Украины, также однозначно рассматривая данную задачу, в качестве приоритетной, в ст. 51 устанавливает, что семья, детство, материнство и отцовство находятся под защитой государства. (См.: Конституция Украины //Ведомости Верховной Рады Украины. – 1996. – № 30. – ст. 141.)

На данном этапе, лица, совершившие насилие в семье, в зависимости от обстоятельств, могут привлекаться к административной и уголовной ответственности. В соответствии с административным законодательством, совершение насилия в семье, не выполнение защитного предписания или не прохождение коррекционной программы, предусмотрено ст.173-^{2}.(http://zakon2.rada.gov.ua). В Уголовном кодексе насилие в семье не выделяется в отдельное преступление, однако, действующее уголовное законодательство содержит определенный перечень насильственных преступлений против личности. К ним можно отнести: умышленное убийство (ст. 115), убийство матерью своего новорожденного ребенка (ст. 117), убийство, совершенное в состоянии аффекта (ст.116), убийство по неосторожности (ст.119), доведение до самоубийства (ст. 120), умышленное тяжкое, средней тяжести телесное повреждение (ст. 121, 122), умышленное тяжкое телесное повреждение, причиненное в состоянии сильного душевного волнения (ст. 123), умышленное легкое телесное повреждение (ст.125), побои и истязание (ст.126), неосторожное тяжкое или средней тяжести телесное повреждение (ст. 128), угроза убийством (ст.129), изнасилование (ст.152), насильственные удовлетворение половой страсти неестественным способом (ст. 153), понуждение к вступлению в половую связь (ст. 154) и т. д. (См.: Уголовный кодекс Украины (с изменениями и дополнениями по состоянию на 14 января 2013 года). – Х.: Одиссей, 2013. – 256 с.)

Ни в прежнем, ни в новом УК нет специальных статей, предусматривающих ответственность за преступления, совершенные в семье лицами, находящимися в родственных отношениях. Разве что, выделение в качестве квалифицирующего признака совершение тех или иных действий специальными субъектами, которыми выступают мать и отец (к примеру, ст.ст. 155, 156 УК). Более того, правоохранительные органы считают, что насилие, совершенное в общественном месте, по отношению к незнакомому человеку, представляет гораздо большую общественную опасность, нежели такие же действия, совершаемые за закрытыми дверьми в семье, по отношению к родственникам.

Такая позиция в принципе не верна. Насилие со стороны близкого, в котором человек всегда пытается найти опору и поддержку, приносит больший психологический и физический ущерб, чем насилие со стороны постороннего. В данном случае нарушается основной принцип семьи – безопасное существование любого ее члена.

Однако следует заметить, что недостатки борьбы с насилием в семье определяются не только несовершенством действующего законодательства, а и серьезными упущениями в практике его применения. Поэтому конкретные усилия должны быть направлены на установление истинных масштабов распространения этого явления и на улучшение деятельности правоохранительных органов. Правоохранительные органы практически устранились от работы в семье и не принимают меры, направленные на разрешение кризисной ситуации в семье. Они занимаются только теми фактами, которые имеют явную уголовно-правовую перспективу – убийствами и нанесением тяжкого вреда здоровью. За «бортом» очень часто остаются побои, истязания и, почти всегда, оскорбления, сексуальные домогательства и другие виды насилия, которые считают «личным» делом членов семьи.

В соответствии с другой точкой зрения предлагается усилить карательную функцию уголовного закона: дополнить все статьи УК, в которых речь идет о насильственных действиях, указанием на те же действия, совершенные в отношении того или иного члена семьи, с обязательным изменением санкции в сторону усиления наказания. Насильственные преступления против зависимых членов семьи должны рассматриваться как совершенные при отягчающих обстоятельствах.

Учитывая вышесказанное, приходим к выводу, что на наш взгляд, необходим глубокий анализ всего законодательства. Уголовный кодекс выполняет карательную функцию, он ориентирован на наказание, а не на воспитание. Но чтобы преодолеть насилие в семье, одних карательных мер не хватает, нужна серьезная работа в сфере профилактики и воспитания.

Кравець Л. К.
Національного університету «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ВВЕДЕННЯ ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ ДО ЧИННОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЯ ЧИ КРИМІНАЛІЗАЦІЯ?

Питання формулювання інституту кримінального проступку та визначення його нормами чинного кримінального законодавства з моменту вступу в силу нового Кримінально-процесуального кодексу України є, мабуть, однією із найактуальніших проблем як для вітчизняних науковців у цій галузі, так і законодавців, оскільки така реформа кримінального законодавства потребує не аби якого переосмислення та змін самої системи побудови кримінального законодавства країни.

Досліджуючи поняття «кримінально-правова політика» А. А. Митрофанов визначає його у широкому значенні як здійснення протидії злочинності з використанням засобів кримінальної репресії, а у вузькому як політику протидії злочинності з використанням засобів матеріального кримінального права (Митрофанов А. А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація : автореф. дис. здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. : 12.00.08 / А. А. Митрофанов. – К., 2005. – С.11). Д. О. Балобанова визначає криміналізацію як процес виявлення суспільно небезпечних форм індивідуальної поведінки, визнання допустимості, можливості й доцільності кримінально-правової протидії їм і фіксації їх у законі як злочинних і кримінально караних (Балабанова Д. О. Теорія криміналізації : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец 12.00.08 / Д. О. Балабанова ; Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2007. – С. 10). Станом на квітень 2013р. у Верховній Раді країни було зареєстровано два законопроекти про внесення змін до КК України щодо запровадження інституту кримінальних проступків: це законопроект № 10126 , внесений на розгляд групою народних депутатів України Стретовичем В. М. Головатим С. П., Притикою Д. М., Шишкіною Е. В., який було внесено на розгляд Верховної Ради VI скликання, однак було відкликано; та проект № 1202, внесений на розгляд народним депутатом Швецем В.Д, який було внесено на розгляд Верховної Ради VII скликання, ще не було розглянуто, але вже рекомендовано комітетом з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності повернути на доопрацювання. Однак, не заважаючи на не зовсім схвальні оцінки вказаних законопроектів, маємо їх розглянути оскільки, по-перше, їх зміст відображає напрямок сучасної законотворчості у площині розробки та впровадженні інституту кримінального проступку, а, по-друге, аналіз та зауваження до таких документів може стати корисним для подальшого процесу законотворчості.

Кожен з вказаних законопроектів пропонує вводити інститут кримінального проступку до кримінального законодавства саме шляхом зміни та доповнення чинного КК України. При цьому кожен з них, хоча із певними відмінностями, пропонує сформувати коло кримінальних проступків саме з частини складів злочинів вже передбачених чинним КК та відповідної частини адміністративних правопорушень. Не вдаючись у дискусію про вдалість формулювання визначених у цих проектах дефініцій кримінального проступку, маємо звернути увагу на те, що сам процес формування кола таких проступків саме вказаним чином, має, з нашої точки зору, не зовсім однозначні наслідки, при оцінці таких дій саме в площині наведеного вище визначення криміналізації, як методу кримінальної політики нашої держави. Так виділення серед вже існуючих складів злочину окремої групи таких за критерієм меншої суспільної небезпечності, та відповідне подальше зменшення кримінальної відповідальності за них шляхом, зокрема, незастосування за їх вчинення судимості, на наш погляд, є нічим іншим як саме декриміналізацією цих діянь (що є ще одним доводом для виокремлення вказаних правопорушень в окреме кодифіковане джерело). Разом з цим, з іншого боку, введення до КК відповідних адміністративних правопорушень, є нічим іншим, ніж саме криміналізація таких діянь. Чому маємо зауважити, в окремих випадках, взагалі перекреслює попередньо проведені заходи щодо гуманізації кримінального законодавства, а саме декриміналізації (тобто виключення з КК України!) окремих складів злочину із включенням їх саме до КпАП. Яскравим прикладом цього може слугувати протиріччя із ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15.11.2011р. яким було виключено з Розділу VI КК України окремі склади злочинів у сфері господарської діяльності (із відповідним включенням їх до КпАП України), та які було запропоновано названими законопроектами знову включити до КК України, введенням їх до категорії кримінальних проступків, як то, наприклад, ст.ст. 207,208, 214, 215, 217 та ін. КК.

Аналізуючи вказані проблеми доходимо висновку, що існуюча побудова системи чинного кримінального законодавства методом криміналізації, а саме шляхом введення кримінально правової заборони саме до КК, зумовлює вкрай важкий шлях перебудови такої системи із відповідним включенням до неї законодавчої бази про кримінальні проступки. Можливо виходом з цієї ситуації може стати введення нового методу кримінально-правової заборони, який поряд із криміналізацією обумовлюватиме заборону кримінальних проступків, як різновид кримінальних правопорушень, можливо іншого погляду потребуватиме визначення сутності самої криміналізації.

Гусак О. А.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО САМОГУБСТВО У КИЇВСЬКІЙ РУСІ

Консолідація всіх слов'янських княжінь навколо Києва спричинила появу нової держави – Київської Русі. Політична назва «Київська Русь» з'явилася значно пізніше. Сучасники ж називали свою державу «Руською землею» або «Руссю», а в XII столітті – «Вкраїною» [Кузьминець О. А. Історія держави і права України: Навч. посіб. / О. А. Кузьминець, В. С. Калиновський, П. А. Дігтяр; Ред.: Я. Ю. Кондратьєв. – К.: Україна, 2000. – 428 с.].

Складно припустити, як і скільки б тривав цей процес, якби князівські владні повноваження наприкінці X-XI століття не були підкріплені державною політикою Давньоруської Православної Церкви [Щапов Я. Н. Государство и церковь Древней Руси X-XIII вв. / Я. Н. Щапов. – М.: Наука, 1989. – 232 с.].

У тому числі, Православна церква внесла значний вклад і в розвиток кримінально-правової політики Київської Русі. При цьому не були забуті й базові (родові) об'єкти – православна догма та обрядові практики як інструмент збереження сімейного, общинного, громадського порядку [Попов А. В. Суд и наказания за преступления против веры и нравственности по русскому праву / А. В. Попов. – Казань: Типолитография императорского университета, 1904. – 521 с.].

Після прийняття християнства в Київській Русі вся відповідальність за дії, пов'язані із заподіянням собі смерті, встановлювалася тільки на рівні церковних законів. Самогубець став вважатися грішником, носієм зла, а самогубство – страшним злочином проти Бога, самим тяжким, непрощенним гріхом, огудою на Святого Духа.

Виходячи з цього, треба сказати, що поява в Київській Русі негативного ставлення до самогубства виявляється в найдавніших грамотах церковного законодавства. Так, на підставі чотирнадцятої канонічної відповіді Тимофія Олександрійського, затвердженого VI Всесвітнім Собором у 680-681 роках, самогубство прирівнювалося Православною Церквою до вбивства, що тягнуло за собою кримінальну відповідальність. Разом з тим, зазначеними нормами не відносилося до самогубства позбавлення себе життя, вчинене в стані божевілля [4, с. 408]. Померлих не по-християнськи (через самогубство) ховали під порогом будинку, пробивши груди самогубця осиковим колом, що вважалося захистом від нечистої сили [Таганцев Н. С. О преступлениях против жизни по русскому праву: в

2 т. / Таганцев Н. С. – С. – Пб.: Тип. А. М. Котомина, Тип. Н. А. Неклюдова, 1870-1871. – Т. 2. – 1871. – 424 с.].

Свій подальший розвиток щодо відповідальності за самогубство та доведення до самогубства церковна юрисдикція отримала в Статуті князя Ярослава [Таганцев Н. С. О преступлениях против жизни по русскому праву: в 2 т. / Таганцев Н. С. – С. – Пб.: Тип. А. М. Котомина, Тип. Н. А. Неклюдова, 1870-1871. – Т. 2. – 1871. – 424 с.].

Саме у Статуті Ярослава Мудрого вперше згадується про доведення до самогубства. Так, статтею 24 короткої редакції Статуту князя Ярослава Мудрого встановлювалася заборона для батьків насильно одружувати дітей. Передбачалося, якщо батьки насильно видавали дочку заміж і це ставало причиною її самогубства, батьки визнавалися винними в самогубстві або замаху на самогубство останньої та підлягали покаранню у виді сплати штрафу. Подібним чином кваліфікувалися дії батьків і відносно юнака [Уколова Ю. А. Проблемы квалификации доведения до самоубийства как преступного деяния: дисс. .. канд. юрид. наук: 12.00.08 / Уколова Юлия Александровна. – Москва, 2008. – 219 с.].

Далі, логічним представляється звертання до норм Руської Правди – одного із самих значних пам'ятників давньоруського права X століття. Першим видом суду за Руською Правдою був суд «у душогубстві». Під «душогубством» поряд з вбивством розумілося й самогубство. У текстах при вказівці на самогубство вживався зворот « від своїх рук загубиться» [8, с. 187]. Суд «у душогубстві» за Руською Правдою, тобто суд по справах про вбивство, так і у справах про самогубство належав князеві [Уколова Ю. А. Проблемы квалификации доведения до самоубийства как преступного деяния: дисс. .. канд. юрид. наук: 12.00.08 / Уколова Юлия Александровна. – Москва, 2008. – 219 с.].

Таким чином, київоруський етап становлення законодавства про самогубство характеризується тим, що церковні та світські кримінальні закони греко-римського права, які привносилися одночасно із процесом хрещення на Русь вимагали відповідного національного підтвердження та закріплення, що реалізувалося в Статутах спочатку великих, а потім і удільних князів, де вперше згадується доведення до самогубства. У видатному пам'ятнику давньоруського права X століття – Руській Правді містилися норми про «душогубство», де поряд з вбивством, встановлювалася відповідальність і за самогубство. Надалі, у світському законодавстві яких-небудь норм щодо самогубства не існувало до початку XVIII століття, правове регулювання відповідних відносин здійснювалося, виключно, через церковні установлення.

Тавлуй О. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального права

ХАРАКТЕРИСТИКА «ТЯЖКИХ НАСЛІДКІВ» ЯК КВАЛІФІКУЮЧОЇ ОЗНАКИ НЕЗАКОННИХ ДІЙ ЩОДО УСИНОВЛЕННЯ

Які ж наслідки у кримінальному праві можуть вважатися тяжкими? Це питання являється актуальним та дискусійним для науки кримінального права. Автор даного дослідження погоджується з думкою Кудрявцева В. М., з приводу того, що законодавець покладаючи на судові органи оцінку тяжкості скоєного суспільно – небезпечного діяння, та вирішення яка ступінь тяжкості достатня для настання кримінальної відповідальності, виходить з того, що лише у правозастосовчій діяльності можна найбільш правильно і всебічно врахувати реалії суспільного життя (Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступлений. – Государственное издательство Юридической литературы. Москва.: 1960. – с. 137, 164-166). Такої ж думки дотримується і Наумов А. В., який зазначав: «Оцінні поняття в кримінально – правових нормах – це ті ознаки складу злочину, які визначаються не законом або іншим нормативним актом, а правосвідомістю особи, котра застосовує відповідну правову норму, виходячи з конкретних обставин справи» (А. В. Наумов. Применение уголовно – правовых норм (по материалам следственной и прокурорско – судебной практики). – Волгоград: Высшая следственная школа МВД СССР, 1973. – С. 97).

Таке ж кримінально – правове визначення досліджуваній категорії дав С. Д. Шапченко. На думку вченого, наявність оціночних понять дає можливість практикам враховувати соціальну обстановку, обставини справи, та вказані обставини не завжди можна в повній мірі відобразити в законі (Шапченко С. Д. Оценочные признаки в составах конретных преступлений: автореф. дисс.…канд.юрид.наук / Сергей Дмитриевич Шапченко. – К., 1988. – с. 12).

Натомість, інші вчені мають дещо відмінні позиції з цього питання. Так, Миколенко О. М., у науковому дослідження, присвяченому дослідженні шкоди, заподіяної злочином, зазначає, що в кожному розділі Особливої частини КК України необхідно передбачити самостійну статтю, яка б містила законодавче визначення усіх оціночних понять, що використовуються у цьому розділі; а також наповнити ці оціночні поняття самостійним змістом, який випливає з особливостей об'єкту посягання (Миколенко О. М. Теоретичні основи заподіянн шкоди: автореф. дис.…. канд.юрид.наук: 12.00.08./ О. М. Миколенко; Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2005. – С 7).

Тобто, вчена, пропонує обрати більш формалізований підхід до визначення змісту оціночних понять, до яких відносяться також і «тяжкі наслідки», що є досить дискусійним.

Автор даного дослідження погоджується з позицією вчених, котрі зауважують, що категорія «тяжкі наслідки» є оціночною, оскільки у кожному конкретному випадку відповідні компетентні органи визначають їх відповідно до обстановки вчиненого суспільно – небезпечного діяння.

У даній науковій праці автор розглядає тяжкі наслідки, які спричинюються в результаті незаконної посередницької діяльності або інших незаконних дій щодо усиновлення (удочеріння), дитини, передачі її під опіку, піклування, чи на виховання в сім'ю громадян України.

Спричинення тяжких наслідків під час скоєння об'єктивної сторони злочину, передбаченого статтею 169 Кримінального кодексу України є кваліфікуючою ознакою і потребує кваліфікації за ч.2 ст. 169 Кримінального кодексу України. У разі спричинення дитині – сироті або дитині, позбавленій батьківського піклування, в результаті незаконних дій щодо усиновлення, тяжких наслідків, суд та правоохоронні органи обов'язково мають встановити причинний зв'язок між діями винного та наслідками, які настали. Суд також має встановити, що настання тяжких наслідків охоплювалось виною особи, яка вчинила незаконне усиновлення, в іншому ж разі кримінальна відповідальність цієї особи виключається.

Автор наголошує на тій позиції, що тяжкі наслідки для дитини, мають настати в результаті незаконної посередницької діяльності або ж інших незаконних дій щодо усиновлення, передачі дитини під опіку піклування чи на виховання в сім'ю громадян. Так, відомий випадок, коли в результаті підроблення директором дитячого будинку листка відвідувань дитини її українськими родичами, дана дитина була усиновлена іноземцем (на той момент сімейне законодавство України дозволяло одноосібне усиновлення іноземцями українських дітей), і в подальшому усиновитель здійснював посягання на статеву недоторканість цієї дитини.

До тяжких наслідків, які настали в результаті незаконних дій щодо усиновлення, на думку автора, можна віднести: спричинення шкоди життю дитини (настання смерті дитини), її здоров'ю (спричинення тяжких тілесних ушкоджень); посягання на статеву недоторканість дитини; психічні розлади у дитини, які з'явилися після її усиновлення, передачі під опіку, піклування, чи на виховання в сім'ю громадян України; систематичне жорстоке поводження із дитиною.

Так, наприклад, дії винної особи можуть бути кваліфіковані за ч. 2 статті 169 Кримінального кодексу України, якщо дитина була усиновлена особою, яка не відповідає вимогам встановленим сімейним законодавством законодавства і надала підробні документи, і згодом дана особа систематично знущалася над дитиною, завдаючи їй фізичних та психічних страждань.

Ще одним важливим елементом дослідження є встановлення форми вини особи, яка скоїла суспільно – небезпечне посягання, адже при кваліфікації дій винного за ч. 2 ст. 169 Кримінального кодексу України має бути наявна подвійна, змішана форми вини, яка полягає в умисному ставленні до діяння та необережності до наслідків, у противному разі дії особи мають бути кваліфіковані за сукупністю злочинів. Так, наприклад, якщо дитина була усиновлена із порушенням відповідного порядку встановленого чинним законодавством, та після усиновлення для дитини настали такі наслідки, як втягнення дитини у зайняття злочинною діяльністю; залучення до порнобізнесу; експлуатація праці дитини; спричинення дитині матеріальної шкоди у значних розмірах (наприклад, позбавлення дитини житла), то, на думку автора, ці дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів. Автор пропонує до статті 169 Кримінального кодексу України додати третю частину, до якої віднести «тяжкі наслідки» як кваліфікуючу ознаку, збільшивши при цьому розмір санкції кримінально – правової норми.

Колодін Д. О.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального права

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ ІММАНУЇЛА КАНТА

Класична школа кримінального права сформувалася в кінці XVIII – початку XIX ст. на основі гуманістичного напряму в науці. Основою останнього стали філософські погляди епохи французького Просвітництва, відображені в роботах Монтеск'є, Вольтера та інших мислителів, проте найбільш помітний ж внесок у розвиток цього напрямку внесла робота Чезаре Беккаріа «Про злочини і покарання» (1764).

В сучасній науці кримінального права переважає обґрунтована думка, що історія кримінального права не знає книги, рівної по силі свого впливу на сучасників й наступні покоління. Ця книга містила нищівну критику жорстокості і несправедливості феодального правосуддя, проте разом з тим формулювала принципи кримінального права і процесу, засновані на ідеях буржуазного освіти і гуманізму XVIII століття.

В історії класичної школи кримінального права можна виділяти три етапи: 1) «ранній» класицизм (кінець XVIII – перша половина XIX ст.); 2) «зрілий» класицизм (друга половина XIX – початок XX ст.); 3) неокласичний напрям (XX – початок XXI ст.). Проте варто наголосити, що в основі розвитку класичної школи кримінального права, серед всього іншого, стояли філософсько-правові погляди Іммануїла Канта.

Класична школа кримінального права базується на так званій ліберальної ідеології, яка відстоює ідею автономії людської особистості, цінності її прав і свобод, так само як обмеження держави цими невід'ємними правами і свободами. Відповідно, на основі цієї ідеології класиками було

висунуто, зокрема, такі положення: 1) немає покарання без закону; 2) немає покарання без злочину; 3) немає злочину без законного покарання; 4) усі є рівними перед законом; 5) злочин є проявом свободи волі злочинця; 6) особа може підлягати відповідальності лише за діяння, а не за думки, причому тільки за винне діяння; 7) покарання є пропорційною відплатою за вчинений злочин; 8) суддівський розсуд при застосуванні норм кримінального права повинен бути зведений до мінімуму, а закон повинен бути максимально визначеним.

І першим, хто приступив в Німеччині до систематичного обґрунтування лібералізму – ідейної платформи класу буржуа – був професор філософії Кенігсберзького університету Іммануїл Кант (1724-1804). Під час навчання в університеті Кант вивчав логіку, метафізику, фізичну географію та філософію релігії.

Взагалі філософію Канта поділяють на два періоди – докритичний (до початку 70-х років XVIII ст.) і критичний, коли Кант розпочав досліджувати обмеження розуму. Результати своїх досліджень він виклав у своїх відомих працях: «Критика чистого розуму», «Критика практичного розуму», «Критика спроможності судження» і багатьох інших. Політико-юридичні погляди Канта містяться переважно також в працях: «Ідеї загальної історії з космополітичної точки зору», «До вічного миру», «Метафізичні початки вчення про право».

Його твори багато в чому відображають вплив англійського раціоналізму, проте наріжний принцип соціальних поглядів Канта навіяний ідеями Просвітництва: кожна людина володіє досконалістю та гідністю, так само як і абсолютною цінністю. І головне: особистість не є знаряддям досягнення яких-небудь планів (навіть благородних), спрямованих на загальне благо. Людина – суб'єкт моральної свідомості, докорінно відмінний від навколишньої природи, в своїй поведінці повинен керуватися велінням етичного закону.

Закон цей апріорний, не схильний до впливу зовнішніх обставин. Кант назвав його «категоричним імперативом». Він говорить: «Роби так, щоб максима твоєї поведінки могла бути разом з тим і принципом загального законодавства», або іншими словами: «Роби так, щоб ти сам ставився до людства і будь-якого іншого людини як до мети і ніколи як до засобу».

Здійснення права потребує того, щоб воно було загальнообов'язковим. Якщо право не забезпечити примусовою силою, воно не зможе виконувати ту роль, яка призначена для нього в суспільстві. Повідомити праву це властивість здатна лише держава – цей споконвічний носій примусу.

У вченні Канта злочин є дію, яка порушує кримінальний закон, тобто категоричний імператив. При цьому джерелом злочину є свобода волі. Воля, за Кантом, не залежить від зовнішніх причин, вона є вільною та автономною. Свобода воля – це така причина, яка не має ніякої причини, це першопричина всіх вчинків, що не підкоряється необхідності. Дане по-

ложення, на думку Канта, не потребує доказів – це річ у собі, в неї можна тільки вірити, по не можна пізнати.

Категоричний імператив вимагає належної поведінки і містить у собі ідею покарання за неналежне поводження. Покарання є здійснення справедливості. Воно не ставить собі ніяких утилітарних цілей. Покарання – це справедлива відплата, самоціль, воно призначається лише тому, що скоєно злочин.

Кант доводив своє вчення про покарання до абсурду. Він писав, що якби громадянське суспільство мало припинити своє існування, то повинен бути покараний останній вбивця, який перебуває у в'язниці і засуджений до смерті («так здійсниться правосуддя, хоча б загинув світ»).

Покарання є відплата злом за зло, заподіяне злочином. Співмірність покарання Кант розуміє як jus talionis. Наведемо лише одну його думку з «Метафізики звичаїв». Кант запитує: «Який рід і розмір покарання, яке б відповідало принципам справедливості?» І відповідає: «Ніякий інший як тільки принцип рівності (у положенні стрілки на терезах справедливості) – не схилятися ні на одну, ні на іншу сторону. Таким чином, зло, яке ти завдаєш іншому без його провини, ти заподіяв самому собі. Якщо ти його ображаєш, то ти ображаєш самого себе; якщо ти його обкрадаєш, то ти обкрадаєш самого себе; б'єш ти його, ти б'єш себе, вбиваєш ти його, ти вбиваєш самого себе. Тільки право відплати (jus talionis), але неодмінно перед судом (а не у твоєму приватному судженні) може виразно вказати і якість і кількість (розмір) покарання». У відповідності з цим пропонується і система покарань: за вбивство – смертна кара; за зґвалтування – кастрація; за аморальні злочини – вигнання з суспільства; за образу – принизливе вибачення перед потерпілим; за майнові злочини – кримінальне рабство (каторга) на різні строки.

Кедик В. П.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірантка кафедри кримінального права

ТОМАС ГОББС ТА ЙОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА СПАДЩИНА

Суспільство, яке зруйнувало старі політичні, правові, економічні системи, неминуче на певний період втрачає стабільність, стійкість, оскільки в ньому йде боротьба між старими і новими парадигмами, інститутами, нормами, ідеями суспільної свідомості та масової психології. Ця нестійкість посилюється тим, що відсутня чітка концепція та принципи нового суспільства, яке має бути сформовано. Немає ясності щодо ролі держави в процесі проведених перетворень. В такий час найважливішим інструментом впливу на стійкість суспільних процесів, слідом за великим провидцем Томасом Гобсом, який визнає мирний, еволюційний шлях перетво-

рення через свідомість сильної, централізованої держави, яке засноване на правових засадах, та головними пріоритетами якого є побудова громадянського суспільства, визнання захисту прав людини і громадянина його свободу, анатомію, параметри оптимального взаємодії індивіда і держави (Авдащенкова М. В., Политико-правовые взгляды Томаса Гоббса // Право история, теория, практика. Сб. статей и материалов Брянск, Издательство Брянского государственного университета, 2005, Вып. 9, с. 303-310).

В XVII ст Англійська буржуазна революція завдала удару по феодалізму і відкрила простір для швидкого росту капіталістичних відносин в одній з ведучих країн Західної Європи. Супротивники революції, що об'єднували віру в непорушність феодальних порядків з відданістю королівському абсолютизму і клерикальним переконанням. Серед захисників абсолютизму в період революції дуже складну позицію займав англійський філософ-матеріаліст Томас Гоббс (1588-1679). (Історія політичних і правових вчень: Хрестоматія / Під ред. В. П. Малахового. – Москва: Академічний проект, 2000.)

Томас Гоббс (1588–1679), видатний політичний мислитель періоду Англійської революції, заклав найперші підвалини у фундамент політичної науки Нового Часу. Світогляд Гоббса сформувалася під впливом робіт і міркувань таких вчених як Френсіс Бекон, П'єр Гассенды, Рене Декарт і Йоганн Кеплер. Томас Гоббс вважав основою моральності «природний закон», тобто прагнення людини до задоволенню своїх власних потреб. Відповідно моральний обов'язок людини і моральні цінності, як вважав Гоббс, були рівні в цивільних обов'язків.

До основних творів Т. Гоббса відносяться трилогія під загальною назвою «Основи філософії», ч.I «Про тіло» (1655), ч.II «Про людину» (1658), ч.III «Про громадянина» (1641) і «Левіафан, чи Матерія, форма і влада держави церковного та цивільного» (1651).

Проблема безпеки має велике значення для будь-якої людської спільноти у зв'язку з необхідністю попередження й ліквідації загроз, здатних позбавити людей матеріальних і духовних цінностей, а в деяких випадках і життя. У сучасних суспільствах, незважаючи на наявність інститутів прав людини, які покликані забезпечувати необхідні умови існування індивідів, безпека останніх залишається надзвичайно актуальною, оскільки задоволення саме цих інтересів є певною умовою здійснення всіх інших інтересів. У зв'язку з цим важливим є ретроспективний аналіз і переосмислення ключових питань, пов'язаних з визначенням проблеми безпеки, вихідних дефініцій, з вибором найбільш придатних концепцій для реалізації основоположних моментів даної проблеми (***Дзьобань О. П., «***Проблеми безпеки у договірній концепції Томаса Гоббса: аксіологічний аспект», Вісник Національної юридичної академії ім. Я. Мудрого, № 6, 2010 . М. Харків, «Право», с. 3-12).

У своїх працях Т. Гоббс доводив, що розум і інстинкт самозбереження спонукають людей до встановлення природних законів спільного мирного життя, тобто «загальних правил, винайдених розумом». Перший із цих вихідних законів виголошує: «Необхідно прагнути миру і дотримуватись його». Всі інші закони вказують шлях до досягнення і забезпечення миру. Згідно з цим визначальне значення для природно-правової теорії Гоббса має закон еквіваленту у стосунках між людьми. Еквіваленту рівності і справедливості.

Основний зміст аксіоми еквіваленту полягає у взаємній відмові всіх і кожного від «безумовної природної свободи» (тобто від сваволі), згоду всіх унормувати свободу. Це з необхідністю вимагає від кожної особи взаємного визнання прав і свобод за всіма і за кожним, еквівалентне набуття прав і обов'язків. По суті справи, Гоббс тут відтворює сформульоване ще в Стародавньому Світі «золоте правило» унормованої регуляції суспільного життя: чини стосовно інших так, як ти хотів би, щоб інші чинили стосовно тебе. І це постає в гобсовій інтерпретації не тільки як моральна заповідь, а й як юридична підвалина, на якій тримаються усі інші природні правові аксіоми.

«Всі природні закони можна резюмувати в одному простому правилі, яке доступне для розуміння навіть дуже посередній людині: не роби іншим того чого не хочеш, щоб зробили тобі».

Філософія права Томаса Гоббса вказує на те, що природні закони мирного співжиття мають втілювати в собі вищі людські цінності, що ці закони, отже, обов'язкові не тільки для індивідів, а й для держави. Тому суверен, пише Гоббс, «має право на все, але з тим обмеженням, що як підлеглий Бога він зобов'язаний дотримуватися природних законів». Внаслідок свого суверенітету верховна влада «не має ніяких інших меж, крім тих, які встановлені неписаними природними законами»,– зазначається в «Левіафані».

У вченні Гоббса проглядає сильна тенденція до раціоналізації державного механізму, політичної влади. Разом із тим у гобсових працях міститься ідея розуміння свободи підлеглих як їх право робити все те, чого не забороняють закони, встановлені сувереном (свобода купувати і продавати, вибирати своє місцеперебування, свої харчі, свій спосіб життя, давати на свій розсуд настанови своїм дітям і т. д.).

Загалом Томас Гоббс уперше розробив систематизоване вчення про державу, політичну владу і право. Його теорія, заснована на розумі й досвіді, а не на схоластиці й догматизмі, відкривала широкі горизонти подальших досліджень політико-правових явищ. Ряд висновків із гобсового вчення – стосовно природничо-правових законів про мир, еквівалент, рівність, договір, справедливість, власність та ін. – відчутно вплинули на становлення і розвиток політичної науки та юриспруденції, на генезис класичного лібералізму.

Волошина Е. В.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», аспирант кафедры уголовного права

ИЕРЕМИЯ БЕНТАМ И КОНЦЕПЦИЯ ПЕНАЛИЗАЦИИ

Иеремия Бентам родился 15 февраля 1748 в Лондоне. Один из выдающихся английских социологов, юристов, крупнейший теоретик политического либерализма, основоположник одного из направлений в английской философии – утилитаризма.

Изучал юриспруденцию в Оксфорде с 1760 по 1763. Учился в Вестминстерской школе, Куинз-колледже Оксфордского университета, затем поступил в школу права «Линкольнзинн». Получив квалификацию адвоката, вскоре отказался от практической работы, обнаружив в себе неспособность к компромиссам. Он был известным мыслителем, философом и юристом,автор многих законопроектов, большое внимание уделял и проблемам тюрьмоведения.(Электронный ресурс – [http://www.livelib.ru/author/125161])

Пенализацией является установление конкретного вида и размера уголовного наказания, условий его применения за совершение деяний, признанных преступными. Исходя из данного определения, рассмотрим теории Иеремия Бентама на систему наказаний и их дальнейшего применения.

Единственно реальными интересами Бентам считал интересы отдельных лиц. Он много рассуждал об удовольствиях и страданиях, классифицируя их по разным основаниям; им разработаны правила «морального счета», где добро – «приход», зло – «расход». Иеремия Бентам был сторонником идеи о том, что наказание – само по себе «зло», т. к. за наказанием обязательно следует страдание, физическое либо моральное. Но государство не должно приносить страдание своим гражданам, а наоборот, должно заботиться о том, чтобы каждый был счастлив и удовлетворён во всех своих потребностях.(История политических и правовых учений: Учебник/ Под ред. О. Э. Лейста. М. 1997г.)

Взгляды Бентама на систему пенализации того времени являются довольно противоречивыми. Философ был утилитаристом, и во всем хотел видеть только выгоду как для отдельного индивида, так и для государства в целом. Желание создать идеальное государство приводит к тому, что его концепция пенализации имеет не только либеральный, но и совершенно противоположный – антигуманный характер.

Научно-практический максимализм Бентама воплотился в принципах и идеях гедонизма, для которого характерен разрыв с христианской религией и состраданием. Для гедонистов единственными мотивами поступков являются перспектива удовлетворения, и избежание того, что не удовлетворит те или иные желания. В свою очередь, этический гедонизм является нормативной теорией или группой теорий о том, что

человек должен стремиться к удовлетворению – или собственному (гедонический эгоизм), или всеобщему (универсальный гедонизм или утилитаризм). Согласно данной идее, значимость поступка определяется его полезностью, которая выступает результатом данного поступка.(Покровский П. А. Бентам и его время, Пг.1916 (http:/lib.rus))

Все законы и общественные институты необходимо оценивать с точки зрения того, насколько они способствуют наибольшему счастью наибольшего числа людей. Бентам особый упор делал в сторону экономической полезности, ведя к тому, что все что делается должно быть во благо государства. Но при этом моральные, этические, религиозные устои и взгляды отводятся на задний план либо сводятся к нулю. Из этого можно сделать вывод, что все экономически полезные действия можно оправдать и считать нравственными.(Левенсон П. Я. «ИеремияБентам. Егожизнь и общественнаядеятельность»)

Основой теории Иеремии Бентама являлась «прозрачность» и контроль всех социальных групп, органов управления и власти. Таким образом можно максимально увеличить экономическую эффективность всех действий, как на государственном, так и на индивидуальном уровне. Стремление к всеобщему благу в конечном счете сводилось к контролю за каждым человеком в отдельности, т. е. основной целью было наблюдение и последующее исправление тех действий и поступков, которые не соответствовали установленным стандартам и не ведут к экономической выгоде.

Данные идеи прозрачности и общественной пользы были положены в основу пенитенциарной модели, разработанной Иеремией Бентамом, которую он описал с своем труде «Паноптикум».

Паноптикум, по проекту Бентама, – это архитектурное сооружение, реализующее следующий принцип: в центре должна находиться башня, а по периферии – кольцеобразное здание. В башне имеются широкие окна, обращенные к главному строению. Оно разделено на камеры или комнатки, каждая из которых простирается во всю ширину здания и имеет два окна. Одно обращено наружу, и через него в камеру проникает свет, а другое – внутрь, к окнам башни. Теперь достаточно в центральную башню поместить надзирателя, а в каждую комнатку – осужденного, больного, сумасшедшего, рабочего или школьника, чтобы был обеспечен полный надзор. Надзиратель, благодаря проникающему свету, может видеть в каждой комнатке-камере силуэт находящегося там человека и следить, ведет ли он себя как положено и занимается ли предписанным делом.(И. Бентам «Паноптикон»

По мнению автора, концепция Бентама больше напоминает утопию, чем реальность. Возможность довести ее до государственного уровня и ввести на постоянной основе не представляется возможным. Рассмотрение каждого действия с точки зрения его полезности может внести хаос в общество,т. к. как определить конкретную шкалу данной полезности?

То, что является хорошим и выгодным для одного, не будет выгодным для другого, и так же то, что подходит для отдельной организации, противоречит выгодам государства. Так чьи же интересы являются приоритетными? Государства? Или отдельного гражданина? Ведь государствоодолжно защищать интересы своих граждан, каждого из них. Концепция пенализации с точки зрения утилитаризма является спорным вопросом, хотя при этом является актуальной в разрезе гуманистической основы и постоянного стремления к выгоде и развитию. Поэтому нельзя говорить о том, что на сегодняшний день, теории Бентама в корне не подходят к применению для нынешней системы наказания и его реализации.

Дмитришина Т.І.
Національний університет «Одеська юридична академія», аспірантка кафедри кримінального права

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ НЕПОВНОЛІТНІМ

Питання відповідальності неповнолітніх є частиною Концепції розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні, яка була затверджена Указом Президента України від 24 травня 2011 року № 597/2011. Неповнолітні – особлива соціально-правова група, приналежність до якої визначає особливий статус в кримінально-правових відносинах, обумовлений специфікою майнових, трудових, сімейних прав і обов'язків осіб, що не досягли віку 18 років. Саме характеристики неповнолітнього створюють певного роду перешкоди до можливостей орієнтуватися в ситуації, адекватно реагувати на ті або інші життєві обставини, робити вибір. Це водночас унеможливлює правильний вибір покарання з урахуванням його профілактичного потенціалу та принципу гуманізму.

Відомо що інститут покарання неповнолітніх повинен будуватися з урахуванням їх специфіки. Відповідно кримінальне законодавство України розглядає неповнолітнього як «особливого» суб'єкта кримінально-правових відносин, але ці особливості не повною мірою відображені і знайшли своє закріплення в нормах кримінального права.

Гарантії прав і законних інтересів неповнолітніх залежать, по-перше, від ролі і значення цієї соціальної групи, об'єму прав і обов'язків, що належать їм; по-друге, від соціально-психологічних особливостей неповнолітнього віку. Правове положення неповнолітнього обумовлює необхідність диференціації покарання, а соціально-психологічні особливості неповнолітнього віку – його індивідуалізацію відносно неповнолітнього суб'єкта кримінально-правових відносин.

Проте у діючому законодавстві правове положення неповнолітніх в кримінально-правових відносинах визначене без урахування іхнього статусу і правомочності в інших сферах суспільних відносин, Звідси існує

необхідність перегляду санкцій статі Особливої частини на їх відповідність вимогам щодо покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, або закріплення в кримінальному законодавстві положення про право суду переходити до більш м'якого покарання (без застосування положень ст.69 КК) за системою покарань, у тому числі, передбаченої ст.51 КК, у випадках, коли жодне із запропонованих у санкції статті Особливої частини покарань не може бути застосоване до конкретного неповнолітнього. Більш того практика потребує послідовної зміни вектора кримінальної репресії з цього боку слід надати підтримку ідеям В. О. Тулякова, М.І Хавронюка щодо потреби у розвитку багатоколійності системи ювенальної юстиції неповнолітніх та відповідних заходів кримінально-правового впливу.

Вважаємо що серед засобів кримінально-правового реагування на правопорушення неповнолітніх, бажано б було відокремити примусові заходи виховного характеру, заходи соціального захисту, заходи безпеки, заходи реституції та компенсації.

З позицій необхідності врахування особи винного при призначенні покарання можна виділити комплекси ознак, що характеризують таку особу:

а) ті, які впливають на оцінку характеру і ступеня суспільної небезпеки, виходячи з суб'єктивної сторони діяння (форма вини як продукт розумово-вольової діяльності особи, мотивація як її процес і результат і т.д.);

б) ті, які характеризують основні соціальні цінності особи, ступінь узгодженості властивостей особи, що виявилися в діянні, з основною орієнтальною позицією особи (поведінкова характеристика за тривалий період часу у сфері провідної діяльності, дозвілля, реалізації основних соціальних ролей і т.д.);

в) ті, що відносяться до початкових демографічних характеристик, що впливають на соціальний статус і тенденції розвитку особи (зокрема стосовно неповнолітніх характеристика сімейно-побутового середовища, що може істотно скоректувати висновок про межі відповідальності підлітка за власну поведінку);

г) ті, що відносяться до особливостей психології підлітка, зокрема ступеня деформації загальновікових особливостей, що також може впливати на ступінь і характер відповідальності (затримка інтелектуального розвитку, розвитку волі і т.д.);

д) фізичні характеристики, що відносяться до спотворень, і екстремальних ситуацій в умовах життя і виховання, які, навіть не впливаючи на характер і ступінь відповідальності, релевантні проте для вибору міри кримінально-правового характеру.

Без врахування цих умов при призначенні покарання не може вирішити задачу виховання дитини в повному об'ємі, оскільки для створення певних переконань, поглядів необхідна тривала і цілеспрямована дія,

тому, на нашу думку, покарання неповнолітніх слід розуміти також у політичному значенні як процес примусового формування у неповнолітньої засудженої особи правомірної соціальної поведінки, відповідної нормам закону. Ми вважаємо, що саме таку вузьку виховну мету покликане вирішити покарання відносно неповнолітніх. Можна з тією або іншою часткою упевненості говорити про вплив кримінального покарання на внутрішню свідомість засудженого, проте його зміна не повинна розглядатися як кінцевий результат.

Лазаренко В. В.
Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри кримінального права

КРИМІНАЛЬНА ЮСТИЦІЯ В РОБОТАХ ГУСТАВА РАДБРУХА

Густав Ламберт Радбрух (1878-1949) по праву належить до числа найвидатніших філософів права.

Наукові погляди будь-якого вченого формуються під впливом суб'єктивних та об'єктивних чинників. Перші охоплюють вплив його вчителів (у т. ч. й «заочних»), інших вчених (особливо академічних колег і друзів), другі – подій власного життя та історичної епохи. Це стосується і Ґустава Радбруха. Погляди Радбруха формувалися під безпосе реднім впливом низки вчених у галузі кримінального права (Франц фон Ліст (1851-1919), Карл фон Лілієнтал (1853-1927) – його вчителі), представників неокантіанської філософії та філософії права (Генріх Риккерт (1863-1936), Еміль Ласк (1875-1915), Рудольф Штаммлер (1856-1938)) та ін.

У Радбруха ідея права, у тому числі кримінального права, спирається на три елементи, правові цінності, які її реалізовують: справедливість (у вузькому розумінні), доцільність та правопевність (правонадійність, правова стабільність).

«Загальноприйнятими і загальнообов'язковими елементами ідеї права, – пише Радбрух у «Філософії права» (1932), – є справедливість та правопевність, релятивістським же елементом є не лише доцільність, але й відношення субординації цих трьох елементів між собою. .. Справедливість і доцільність висувають протилежні вимоги. Справедливість – рівність, рівність права вимагає універсальності правових норм. Справедливості властива певна узагальнююча дія. Але рівність не є чимось даним, вона завжди лише абстракція даної нерівності, що розглядається з певної точки зору. З точки ж зору доцільності будь-яка нерівність залишається істотною. Доцільність слід максимально індивідуалізувати. Отож справедливість і доцільність суперечать одне одній» (Философия права. – Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 88 с.).

«У свою чергу справедливість та доцільність вступають у суперечність з правопевністю. Правопевність – це феномен позитивного права. А

воно діє без врахування власної справедливості і доцільності. Позитивність – це факт» [2, с. 88]. Більше того, «вимоги правопевності можуть, нарешті, вступити в суперечність навіть з наслідками позитивності, яка сама є вимогою стабільності» (Философия права. – Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 89 с.).

Втім, натомість, Радбрух таку свою позицію «нечіткості» пояснював чітко. Як він відзначає, його завданням було «показати суперечності, непробуючи їх вирішити, [і в цьому він не вбачав] недоліку системи. Філософія не повинна вирішувати проблеми, її обов'язок – ставити питання для їх вирішення. Вона повинна не полегшувати життя, а розкривати її складності. Філософська система повинна бути подібною до готичного собору, в якому контр-форси підтримують всю будову, одночасно внутрішньо роблячи опір один одному. Наскільки підозрілою була б філософія, яка б не вважала світ творінням цілеспрямованої діяльності розуму. І наскільки безглуздим було б існування, якщо б світ врешті решт не був би вирішенням життєвих суперечностей (Философия права. – Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 91 с.).

Позитивне і гарантоване приписами та силою право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Виключення складають лише випадки, коли суперечність діючого закону та справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як «несправедливе право» поступається справедливості. Неможливо розмежувати випадки «законодавчого неправа» і закону, який діє всупереч своєму несправедливому змісту. Але, втім, можливо чітко виокремити таку ситуацію: коли до справедливості навіть не прагнуть, коли рівність, що складає її основу, свідомо заперечується в правотворчому процесі, тоді закон є не лише «несправедливим правом», але більше того – він є неправовим за своєю природою, бо право, в тому числі й позитивне, не можна визначити інакше, аніж як порядок і сукупність законів, покликаних за своєю суттю слугувати справедливості. (Бігун В. С. Густав Радбрух – видатний німецький філософ права // Проблеми філософії права. – 2004. – Том II. – С. 33-48).

Це положення заклало основу «формули» (чи навіть «формул») Радбруха. Ідеї Радбруха про статус «несправедливого права» та зокрема «формула Радбруха» мали не лише академічне значення. Йдеться про практико-правову роль ідей Радбруха. Так, як свідчить праця «Законне неправо та надзаконне право» (1946), суди вже тоді використовували ідеї, висловлювані Радбрухом (і не лише) про статус «несправедливих» нацистських законів. В рішенні від 3 листопада 1992 р. Верховний федеральний суд прямо послався на формулу Радбруха, згадану в статті «Законне неправо та надзаконне право», і таким чином визнав недійсною норму Закону НДР «Про державний кордон», яка виправдовувала застосування зброї проти порушників кордону. (Бігун В. С. Густав Радбрух – видатний

німецький філософ права // Проблеми філософії права. – 2004. – Том II. – С. 33-48).

Радбрух був противником смертної кари. «Вирішальні аргументи проти смертної кари, – пише Радбрух у «Філософії права» (1932), – слід шукати не в філософії права, а в аргументах вищого рівня, які розкривають глибинну, суть цього явища: проти її допустимості – в етиці та релігії, а проти її необхідності – в доказах, заснованих на статистичних даних і досвідчених даних психологічного характеру.

Хотілось б, щоб кримінальне право стало розвиватися інакше, ніж досі, і щоб поліпшення кримінального права вилилося не в «покращення» кримінального права, а у виправно-охоронне право, яке краще, ніж кримінальне право, і яке стало б мудріше і людяніше його»(Философия права. – Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 184, 189 с.).

Аналізуючи роботи та погляди Радбруха, можна зробити висновок, що на етапі реформування української кримінально-правової системи в цілому, вони мають визначальне значення як для науки кримінального права.

Загалом Радбрух та його праці показують наскільки багатогранним та впливовим може бути розмах філософсько-правової думки не тільки у формі чистої філософії, але й галузевих юридичних науках та практиці права. (Бігун В. С. Густав Радбрух – видатний німецький філософ права // Проблеми філософії права. – 2004. – Том II. – С. 33-48).

Пімонов Г. П.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри кримінального права

ОБЄКТИВНІ ОЗНАКИ «КРАДІЖКИ ПРИВАТНОСТІ» У ПРАВІ США

Стаття 8 Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» особливо підкреслює: «Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції» . З цього приводу кримінально-правовий захист посягань на приватність особи сягає особливого значення. Так, відомо прагнення Європейської спільноти створити єдиний склад злочину «крадіжка приватності» на теренах союзу. Це не тільки надає можливості поступового наукового обговорення цієї проблеми і в українській юридичній літературі, починаючи із системних передумов криміналізації діянь проти особи та її прав та фундаментальних свобод, закінчуючи юридичним аналізом складу злочину та відповідних заходів кримінально-правового впливу на правопорушників, які його скоїли, але наполягає на такому підході.

У сучасній доктрині значне місце займає дослідження питань захисту особистості, її прав та свобод. Взагалом питання посягань на приватне

життя та фінансовий стан особистості які у західній літературі охоплюються поняттям крадіжка приватності було розглянуто у працях Горпинюк О. П. Курмана О. В., Лисодєда О. В., Мойсика В. Р., Смаглюка О. В., та інших вчених, які так чи інше торкалися проблеми шахрайського заволодіння майном засобами викрадення ідентичності. Але незважаючи на досить поширений обсяг робот з цього приводу, безліч питань залишаються видкритими. Насамперед це стосується проблеми аналізу об'єктивної сторони складу злочину крадіжка приватності (identity theft), як кримінального правопорушення, що пов'язанє із незаконним заволодінням та/або використанням персональної інформації.

Термін «крадіжка приватності» охоплює широкий перелік діянь, видносно яких можна казати о необхідності додаткової кріминально-правової охорони. Це пов'язане як із послідовним розвитком сучасних технологій, так і поширенням використання електронних відомостей про особу у різномайнітних галузях. Крадіжки приватності пов'язані із організованою злочинністю та тероризмом. Фальшиві посвідчення особистості чи крадіжки інформації самі по себе є злочинами, прото саме вони є також предікатами незаконної міграції, торгівлі людьми, відмивання коштів, незаконного обігу наркотиків, шахрайства з фінансовими ресурсами.

Сам термін «крадіжка приватності» виник у кримінально-правовій доктрині США з метою опису специфічних видів кримінальної активності репрезентації злочинця як іншої особи. Тобто злочинець привласнює інформацію або документи як належать іншій особі (прізвище, дата народження, ідентифікаційний код, номер соціальної страховки, номер паспорту, комп'ютерні коди, чи інші носії інформації про особу, та використовує їх, видаючи себе за жертву злочину.

Крадіжка приватності є достатньо поширеною формою кримінальної практики у США. За даними дослідження Федеральної торівельної комісії 9,9 мільонів жертв злочинів, пов'язаних із крадіжкою приватності, було зареєстровано в США.

За даними американських дослідників крадіжки приватності можуть бути розподіленими на декілька груп. Серед них:

- Клонування ідентичності, за яким хтось бажає якимось чином змінити характеристики своєї особистості на ті, що належать іншій особі (нелегальні імігранти, особи, які бажають стати аноонімними по особистим мотивам), або хтось видає себе за іншу особу у соціальних мережах з метою спілкування, сексуальних девіацій, тощо;
- Шахрайське використання приватності з метою отримання кредитів та інших преференцій з використанням вкрадених ідентифікаційних даних чи вкрадених даних кредитних карток, сплати адміністративних штрафів, тощо.

• Комбіноване (синтетичне) використання приватної інформації (у США це частична підробка документа, пов'язана із внесенням підроблених даних про особистість у подлінний документ).

• Незаконне використання приватної медицінської інформації для отримання медицінських послуг чи ліків за певними преференціями чи знижками.

• Незаконне використання персональних даних про особу дітини для використання особистих даних неповнолітних з корисливою метою.

• Незаконне використання даних про юридичну особу з метою шахрайського заволодіння майном чи майновими правами.

Як бачимо, значна частина діянь, що аналізуються, охоплюється диспозиціями певних норм Кримінального кодексу України. Проте необхідна подальша робота щодо виявлення особливостей та можливостей кримінальзації даного виду правопорушень в українському законодавстві

Пілявська Л. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри кримінального права

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ВИНИ У ПРИЧЕТНОСТІ ДО ЗЛОЧИНУ

Причетність до злочину є одним із найскладніших кримінально-правових інститутів. Сьогодні складається ситуація, коли відсутнє нормативне закріплення поняття причетності, недостатнім є вивчення даного явища, що призводить до помилок у застосуванні на практиці і викликає проблеми при кваліфікації діянь.

Дослідженням кримінально-правового явища причетності до злочину займалися Утєвський Б. С., Піонтковський А. А., Вишинський А., Гнєтнєв М. К., Сережкіна К. Н., Остапик Я., Лемешко О. та ін. Але на сучасному етапі розвитку доктрини кримінального права в Україні все ж залишаються не вирішеними ряд питань, пов'язаних із законодавчим закріпленням причетності до злочину, дискусійними моментами є визначення видів причетності, встановлення відповідальності за такі діяння, виділення в окремий інститут, встановлення чітких критеріїв розмежування між причетністю та співучастю у злочині.

Так, причетність до злочину – це винне діяння, суб'єктивно не пов'язане зі злочином, що вчиняється іншою особою (особами), яке не є складовою частиною об'єктивної сторони основного злочину, не знаходиться в причинно-наслідковому зв'язку з таким злочином, не містить єдності злочинного наміру та мети. Видами причетності до злочину являються заздалегідь не обіцяне приховування злочину, злочинця та наслідків злочину, заздалегідь не обіцяне придбання чи збут майна, здобутого

злочинним шляхом, заздалегідь не обіцяне потурання злочину та заздалегідь обіцяне недонесення про злочин.

Визначення кримінально-правової характеристики має важливе значення для застосування заходів кримінального впливу до причетної особи, на практиці дана обставина реалізовується в рамках кваліфікації протиправного діяння. Тому на визначенні особливостей форми причетності до злочину варто зосередитись детальніше.

Однією із обов'язкових ознак суб'єктивної сторони є вина. Так, вина – це психічне ставлення особи до злочинного діяння та його наслідків. Поняття «психічне ставлення», що вживається у ст. 23 КК України, конкретизується при визначенні форм вини у статтях 24, 25 КК України через формулювання: усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання. Вина – це завжди умисел чи необережність.

Пропонується послідовно проаналізувати форми вини стосовно кожного із запропонованих видів причетності до злочину.

Перший вид причетності до злочину – заздалегідь не обіцяне приховування злочину, злочинця та наслідків злочину характеризується формою вини у виді прямого умислу, адже це діяльність особи, яка об'єктивно не пов'язана зі злочинною діяльністю певної особи (осіб), але своїми діями приховує факт скоєння злочину, самого злочинця, знарядь злочину чи наслідків злочину. Факт того, що відбувається приховування злочину, злочинця чи його наслідків повністю усвідомлюється причетною особою, суб'єкт такої діяльності розуміє наслідки своєї діяльності та бажає приховати вказані обставини, для чого виконує необхідні дії.

Заздалегідь не обіцяне придбання чи збут майна, здобутого злочинним шляхом також характеризується прямим умислом – це заздалегідь не обіцяні умисні дії, спрямовані на надання допомоги злочинцеві (злочинцям) в збуті такого майна чи купування його по закінченні злочинної дії, наперед не домовляючись про таку угоду. Варто звернути увагу на те, що така домовленість виникає після вчинення злочину, причетна особа розуміє протиправність своїх дій, але це не стає на заваді завершення угоди. Тому, можемо прийти до висновку, що даний вид причетності також характеризується формою вини у виді умислу.

Заздалегідь обіцяне недонесення про злочин – неповідомлення відповідних державних органів про готування злочину чи вже закінчений злочин, на відміну від потурання це є пасивне діяння (бездіяльність). Таке неповідомлення відповідних органів державної влади може бути здійснено лише навмисно, оскільки суб'єкт повною мірою усвідомлює свою протиправну бездіяльність та її наслідки, але заздалегідь обіцяє не сповістити про певні обставини та факти. При цьому обов'язковою умовою є те, що причетна особа розуміє протиправність своєї бездіяльності, можливі

наслідки останньої, але свідомо утримується від повідомлення відповідних державних органів.

Заздалегідь необіцяне потурання злочину, на відміну від попередніх видів причетності, характеризується формою вини у виді умислу та необережності. Наприклад, в службові обов'язки співробітників патрульно-постової служби входить патрулювання окремо взятого для охорони громадського порядку район міста. Іноді бувають випадки, коли деякі з екіпажів дозволяють собі нести службу не належним чином, це може бути гучна музика в патрульній машині, не повний об'їзд всій території і т.д. У такому випадку службовці можуть і пропустити якусь подію, хоча могли передбачити можливість настання суспільно небезпечних наслідків своїх дій. Або ж спостерігаючи, що в погано освітленій частині вулиці відбувається якась подія, наприклад – гучне з'ясування стосунків між особами в стані алкогольного сп'яніння, але при цьому вирішують не втручатися в хід подій, таким чином здійснюючи потурання злочину (наприклад, між цими особами відбудеться бійка чи крадіжка майна). Зазвичай такі дії кваліфікуються як службова недбалість, тобто можемо вести мову про вчинення службового потурання злочину.

Отже, форма вини при вчиненні заздалегідь необіцяного потурання злочину може бути як у виді умислу, так і необережності (злочинна самовпевненість чи злочинна недбалість).

Відтак, небезпечність осіб, причетних до злочину, полягає в тому, що, потураючи його здійсненню або допомагаючи злочинцеві в приховані злочину, ці особи нейтралізують діяльність правоохоронних органів у розкритті злочину. Можемо зробити висновок про те, що діяння причетної до злочину особи можливе як умисне, так і необережне, в залежності від того, який саме вид причетності має місце. Вірне встановлення такої обставини має практичне значення для кваліфікації та застосування заходів кримінально-правового впливу.

Дробот О. В.
Національна академія прокуратури України, здобувач

СТАНОВЛЕННЯ МИРОВОЇ ЮСТИЦІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ НІМЕЧЧИНИ

Дослідження будь-яких інститутів кримінального правосуддя сучасності необхідно розпочинати з передумов його становлення. Адже лише історичний підхід дасть змогу виявити закономірні тенденції розвитку різних інститутів судочинства сьогодення (Калиновский К. Б. Уголовный процесс современных зарубежных государств. 2000, с. 4).

Так становлення мирової юстиції в Німеччині розпочинається у часи коли в цій країні існували народні зібрання вільних людей та рабів, саме зібрання вільних людей називалося тоді «Народне віче», які обирали ста-

рійшин –стародавня назва яких була «Графѣ», що розглядали маловажні справи в цій громаді. У подальшому влада територіальних громад в Німеччині була замінена на владу короля, що утворила суд «тундинговъ», до компетенції якого перейшов обов'язок розглядати маловажні справи. Особливістю діяльності суддів «тундинговъ» було те, що збиралися вони рідко, а їхні рішення оскарженню не підлягали (Гартунг Н. История уголовного судопроизводства и судоустройства Франции, Англии, Германии и России. 1868, с. 26-28).

Наступною історичною згадкою про ознаки мирової юстиції в цій країні є період XVIII сторіччя, коли всі суди першої інстанції Німеччини були прообразами мирових судів. Адже всі вони одноособово розглядали цивільні та кримінальні справи, де призначалися малозначні покарання. Однак, якщо ці судді проводили попереднє слідство, то першою інстанцією з розгляду малозначних злочинів були вже суди другої інстанції, які водночас були апеляційною інстанцією для рішень, постановлених одноособово суддею (Миттермайер К. Ю. А. Законодателсьво и юридическая практика, въ нов. йшемъ ихъ развитіи, въ отношеніи къ уголовному судопроизводству. 1864, с. 111).

При цьому цих мирових суддів називали суддями земських судів, які розглядали малозначні обвинувачення в сумарному порядку та одноособово (Бостан Л. М., Бостан С. К. Історія держави і права зарубіжних країн. 2008, с. 227).

Тобто, як бачимо, мирова юстиція для Німеччини не є чимось новим, оскільки відомості про ознаки її існування стосуються ще давнини. На нашу думку, це посприяло також і тому, що в подальшому в кримінальному правосудді цієї країни дана юстиція не тільки збереглася, а й продовжила свій розвиток.

Зокрема, подальше дослідження розвитку мирової юстиції в Німеччині стосується вже прийняття 27 січня 1877 року Статуту судових установлень Німеччини (далі – ССУ Німеччини), а 1 лютого 1877 року – Статуту кримінального судочинства (далі – СКС Німеччини), які введені в дію ще у 1879 році. При цьому, зазначають численні дослідники, основні положення даної реформи в сфері кримінального судочинства, із змінами 1924, 1950, 1964, 1975, 1987 р.р., діють і до сьогодні (Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств. 2001, с. 9, 392, 393; Калиновский К. Б. Уголовный процесс современных зарубежных государств. 2000, с. 16; Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. 2005, с. 29-30).

Першу характеристика мирової юстиції Німеччини після проведеної реформи вказує на те, що досліджувана нами юстиція була представлена в шеффенському (дільничному) суді, де справи меншої важливості (проступки) розглядалися за спрощеною процедурою одноособово суддями.

При цьому сам порядок спрощеного розгляду стосувався не лише судового провадження, а й досудового розслідування. Адже суть розгляду справи в спрощеному порядку, передбачала можливість її розглядати навіть без проведення попереднього слідства чи навіть без наявності в письмовому вигляді обвинувального акта. Крім того, якщо обставини вчинення проступку не є складаними, а винуватість особи очевидна та доказується достовірними доказами, прокурор на підставі ст.ст. 447-452 СКС Німеччини міг запропонувати таким суддям взагалі розглянути справу без судового розгляду, якщо цього не вимагатиме обвинувачений (Муравьев Н. В. Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности. 1889, с. 307-308; Калиновский К. Б. Уголовный процесс современных зарубежных государств. 2000, с. 16; Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. 2005, с. 121).

Іншими особливостями діяльності мирової юстиції було те, що обов'язковою умовою початку провадження по маловажних справах є наявність передусім скарги потерпілої особи, за винятком проступків, що посягали на інтереси суспільства. Щодо справ, які були підсудні цим судам, то ними були: 1) всі правопорушення; 2) проступки, за які передбачена відповідальність за законом не більше трьох місяців ув'язнення; 3) корисні майнові проступки, якщо вартість викраденого не перевищує 25 марок – по таких проступках суддя не обмежувався взагалі у виді покарання; 4) інші проступки, за які передбачено покарання понад три місяці тюремного ув'язнення, але якщо вони передані Земським судом на розгляд шеффенському (дільничному) суду, у зв'язку з тим, що по даній справі можливо призначити менше покарання, тобто в межах повноважень шеффенського (дільничного) суду; 5) всі справи приватного обвинувачення; 6) з 1908 року всі справи стосовно осіб, яким не виповнилося 18 років. За винятком особливо небезпечних справ, що були підсудні одразу Земському суду. У зв'язку з цим до таких суддів як додаткова вимога висувалась наявність педагогічного досвіду (Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. 1899, с. 28, 89-90, 120, 485).

Про подальший розвиток мирової юстиції в Німеччині можна судити, проаналізувавши зміни в кримінальному процесі цієї країни, а саме прийнятий 26 червня 1968 року Закон «Про внесення змін в кримінальне право», що запровадив принцип доцільності кримінального переслідування, згідно з яким прокурору надано право відмовитися від кримінального переслідування у справах про малозначні кримінально-карані злочини (Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств. 2001, с. 390).

При цьому із внесенням 9 травня 1975 року змін в судову систему Німеччини, що діють і до сьогодні, мирова юстиція в цій країні зберегла своє значення та існування (Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств. 2001, с. 430).

Колеснікова Т. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри кримінального права

НЕГАТИВНІ ЗМІНИ В ОБ'ЄКТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ: ДО ПИТАННЯ НАУКОВОГО ВИЗНАЧЕННЯ

В теорії кримінального права проблеми, пов'язані з визначенням негативних змін в об'єкті кримінально-правової охорони, постійно викликали і продовжують викликають глибокий інтерес. Саме наслідки злочину за своєю сутністю породжують певні зміни в об'єкті кримінально-правової охорони. Слід зазначити, що рівень пізнання утворених в об'єкті злочину змін – наслідків злочину, стосується характеристики тих із них, які втілюються у певні форми і здатні відчуватись й сприйматись безпосередньо людиною. Разом із цим не виключаються й випадки, коли такі зміни не об'єктивізуються зовні, а їх відповідні форми не здатні відчуватись або сприйматись органами чуття людини.

У теорії кримінального права одним із значень, у яких доцільно вживати термін «наслідки злочину» є найбільш широке розуміння результату поведінки суб'єкту злочину, який передбачає утворення шкідливих змін в соціальному середовищі. При описуванні наслідків злочину, законодавець вказує на негативні зміни взятих під кримінально-правову охорону соціальних цінностей, при цьому відображає якісний та кількісно-якісний типи існуючого зв'язку між взятою під кримінально-правову охорону соціальною цінністю та її ураженістю. Якісний зв'язок має місце тоді, коли вплив, якому піддаються з боку певної особи зазначені цінності, зумовлює утворення в них таких негативних змін, які виключають їх кількісний вимір або не потребують його. У даному разі утворені зміни можуть бути визначені з урахуванням внутрішньої єдності, цілісності явища, покладеного в основу розуміння об'єкта злочину, й не піддаються жодним «кількісним коливанням». Тому якісний тип такого зв'язку передбачає залежність змін в об'єкті злочину від такої специфіки останнього, яка повністю охоплює його як одне ціле, і не може бути відокремлена від нього. В цьому разі зміни в об'єкті є безпосереднім його відображенням, стосуються лише якісної визначеності його елементів (компонентів) і, зрештою, означають утворення іншого явища, якісно відмінного від того, яке вважається цим об'єктом. Кількісно-якісний зв'язок утворюється тоді, коли вплив, якому піддаються соціальні цінності, зумовлює наявність таких змін в об'єкті злочину, визначеність яких можлива за декількома показниками. Один із таких показників є кількісним (має кількісну специфіку), а інший – якісним. На відміну від якості, кількість – це завжди визначеність названих змін, яка являє собою величину, розмір, об'єм, обсяг, кількість.

За нашим переконанням, оскільки зазначені зміни мають різний характер і зміст, то об'єкт злочину може включати одночасно кілька їх різно-

видів. При цьому відбувається це незалежно від ступеня реалізації особою її злочинного наміру, спрямованого на ураження взятих під кримінально-правову охорону соціальних цінностей. Утворені в об'єкті злочину зміни, маючи місце в об'єктивній дійсності, відображуються як форми проявів сутності одного із її явищ, а саме – наслідків. Безпосередній характер змін передбачає їх утворення в результаті фактично вчиненого особою суспільно небезпечного діяння та повне їх передбачення (відображення) у змісті відповідного елемента складу злочину, зокрема, наслідків. Сукупність виділених характеристик негативних змін в об'єкті кримінально-правової охорони дозволяє визнати, що, з одного боку, ці зміни враховуються у змісті об'єкта злочину і пов'язані з ним, а з іншого – мають відносну самостійність при виділенні типової форми їх оцінки, яка враховується у змісті елементів об'єктивної сторони складу злочину.

Будь-який результат суспільно небезпечного діяння, визнаного злочином, має розглядатися як ураження відповідних елементів об'єкта кримінально-правової охорони і характеризуватися утворенням в ньому негативних змін. В тому випадку, коли така законодавча модель злочину певного виду чи його окремого різновиду, як склад злочину включає у свій зміст злочинні наслідки, останні слід розглядати відносно самостійним юридичним фактом (типом або моделлю таких фактів), який подається як обов'язковий елемент об'єктивної сторони у цьому складі і охоплює: а) ураження певних компонентів (елементів) об'єкта кримінально-правової охорони, що характеризується утворенням в ньому негативних змін, та б) вплив цих змін на визнання типовою формою їх оцінки в кримінальному праві – шкоди. Для найменування такого обов'язкового елемента доцільно вживати термінологічний зворот «наслідки як елемент складу злочину» або рівнозначний йому зворот «злочинні наслідки як елемент складу злочину».

Взаємозв'язок змісту кожного із виділених різновидів суспільно небезпечного діяння (активності) особи (кримінальних правопорушень та інших, передбачених КК діянь, які в силу різних причин як злочини не кваліфікуються) із конкретними заходами кримінально-правового впливу означає, що для найменування системи цих заходів, які застосовуються за вчинення названого діяння (активності) доцільно вживати термінологічний зворот «кримінально-правові наслідки».

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що врахування цих положень дозволяє з'ясувати місце наслідків в механізмі злочинного посягання, коли вони сприймаються не просто як результат діяння, а фактор, що руйнує, пошкоджує соціальне життя та вносить негативні зміни в об'єкті кримінально-правової охорони.

РОЗДІЛ 20
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНОЛОГІЇ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

Дрёмин В. Н.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», проректор по научной работе, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины

ПРИЗОНИЗАЦИЯ КАК СОЦИАЛЬНАЯ И КРИМИНОЛОГИЧЕСКАЯ ПРОБЛЕМА

Известный норвежский криминолог, пенитенциарист Нильс Кристи обоснованно отмечает, что «нельзя понять общество, не понимая преступности, нельзя понять преступность, не понимая общество» *(*д.ю.н., проф. *Перевод с норвежского Е. Рачинской. – М.: РОО «Центр содействия реформе уголовного правосудия», 2001. – С. 6.)*

Считается, что тюремное сообщество заключенных во многом отражает общество в целом. Действительно, среди осужденных мы можем встретить взрослых и детей, мужчин и женщин, представителей всех социальных групп и профессий, интеллектуально развитых и необразованных, психически здоровых и больных и т. д. Объединяет их только одно обстоятельство – они все лишены свободы. Находясь в тюремных камерах, исправительных учреждениях, эти люди становятся одинаковыми и именуются также одинаково – «контингент». В криминологии и в пенитенциарной науке получает широкое распространение термин «призонизация» (от англ. prison – тюрьма), т. е. «отюремнивание» обычной жизни, распространение традиций и культуры тюремной среды. Призонизация является по сути одним из механизмов формирования тюрьмы как особого тотального (И. Гофман) института.

Как показывает судебная статистика, в Украине постепенно формируется устойчивая криминальная среда, основу которой составляют лица, осужденные к лишению свободы, рецидивисты и участники организованных преступных формирований. Именно эти категории преступников формируют особую культуру, которая получила название «криминальной» или «тюремной» субкультурой.

Общепринято считать, что в современных условиях тюремное заключение направлено на коррекцию поведения – реабилитацию преступников и превращение их в законопослушных граждан. Любопытно, что Мишель Фуко, критически оценивая «наказательную» практику, писал, что «возникновение тюремного заключения как типичной карательной санкции в современном обществе может быть объяснено местом тюрьмы в более широкой системе дисциплинарных институтов и практик, предна-

значенных для управления индивидами в самых разных ситуациях и с самыми различными целями» *(Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. – К.: Основы, 1999. – С. 14.).*

Влияние на общество людей, прошедших через жернова тюремной системы, несомненно и неоднозначно. Почему тюремная субкультура притягивает к себе людей? В социологической литературе чаще всего в качестве причин анализируемого явления называют отчуждение от социально-полезной среды, потребность в самовыражении, поиск своего «я», бездуховность и другие аналогичные факторы. Признавая важность подобных выводов, следует всё же обратить внимание на то, что далеко не все люди, находящиеся в аналогичном психологическом состоянии, тянутся к криминальной, тюремной или блатной «романтике». Проблема значительно сложнее и её решение связано с изучением широкого комплекса социальных, социально-психологических, педагогических и иных факторов, среди которых наиболее заметными являются реальная криминальная практика и лица, в неё вовлечённые, социальный статус преступников в современном обществе.

Уровень преступности, измеряемой миллионами совершенных преступлений и преступников, свидетельствует о широкой распространенности преступного образа жизни, который для многих людей стал нормальной средой обитания. Наличие преступности, в том числе организованной, профессиональной, расширяет «поле возможностей» при выборе индивидом того или иного варианта поведения: пока существует преступность, «поле возможностей» включает и преступный вариант. Изучение преступной среды, как уже отмечалось выше, приводит к выводу об относительной самостоятельности преступности и её тенденции к самовоспроизводству, в том числе и за счёт самодетерминации. Преступность, испытывая на себе влияние среды, оказывает на нее обратное воздействие, т. е. происходит процесс взаимной детерминации. Нельзя не заметить возросшую активность преступного мира, начавшего настоящее наступление на общественные ценности и правопорядок. Меняется характер преступности, соответственно меняется облик преступника. Последствием широкого распространения в обществе криминальной практики является формирование особого слоя людей, отличающихся образом жизни, мировоззрением, духовными ценностями.

Нельзя не признать, что в то время, когда экономические и финансовые преступники чувствуют себя «хозяевами жизни», в местах лишения свободы находятся, преимущественно, люди, жившие за чертой бедности. Как свидетельствуют опросы сотрудников исправительных учреждений, а также изучение дел осужденных, количество заключенных в местах лишения свободы растет не за счет участников преступных группировок в сфере экономики, а за счет осужденных, совершивших куда менее опасные деяния.

Эта тенденция не является случайной. Согласно обзорам, которые подготовлены в разные годы Комитетом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, во многих странах органы уголовной юстиции основные усилия направляют на борьбу с преступностью среди социально незащищенных слоев населения. Особенно это касается стран бывшего социалистического лагеря, в том числе, Украины. Учитывая это, наиболее острой проблемой в современной уголовной политике следует определить проблему сокращения тюремной популяции и повышения уровня криминологической обоснованности наказаний.

Голина В. В.

Национальный университет «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», заведующий кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права, доктор юридических наук, профессор

СОЦИАЛЬНЫЕ И КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ГЕННОЙ ИНЖЕНЕРИИ

1. Познание закономерностей внешнего и внутреннего мира человека, человечества, природы – движущая сила цивилизаций. То или иное научное направление можно на какое-то время приостановить, даже запретить по светским мировоззренческим или религиозным мотивам. Однако полностью запретить науку нельзя. Как нельзя, а точнее невозможно оградить любую из них, в том числе криминологию от использования для адекватного объяснения своего предмета и противодействия криминологическим угрозам знаний и достижений других, особенно методологического характера, наук. Как отмечается в специальной литературе (В. С. Овчинский, Ю. Е. Пудовочкин), одним из актуальных требований современной криминологии является обновление ставших уже традиционными методологических принципов и исследовательских схем. Это связано с широким и осмысленным привнесением в криминологию новых философских, социологических, технологических знаний о состоянии, особенностях современного и наступающего за ним социума и человека их социальными, технологическими и криминологическими проблемами. Еще до появления криминологии как науки, в XIX в. Отмечалось, что исходная точка и фундамент каждой социальной науки кроется в философии, уклоняться от которой – значит строить на воздухе и начинать науку без всякого принципа, что равносильно отказу от характера научности (БернерА.Ф. Учебник уголовного права. Т. 1. Часть Общая. – СПб, 1865. – С. 3). Именно на принципах философских мировоззрений натурализма, эволюционизма, антропологизма, позитивизма, материализма, идеализма и т. д. возникли теоретические основы различных направлений криминологии, которые при практической их интерпретации принесли социуму не только положительные, но и известные отрицательные последствия.

2. Криминологического осмысления и прочтения требуют криминологические концепции или их фрагменты в работах З. Баумана, Ф. Фукуямы, Э. Тоффлера, А. Барда и Я. Зодерквиста (философия нетократии), гуманолога М. Эпштейна, Д. Нейсбита, Ю. Хабермаса, А. Ф. Спирина, Ю. М. Осипова, С. Хантингтона и др. Их теоретические рассуждения по проблемам детерминации преступности и поддержания общественного порядка, личности преступника и механизма преступного поведения, признания генетической составляющей в общественном поведении и социального контроля над преступностью, структуры будущего общества, организации в нем власти и управления, объяснения экстремизма и противодействия терроризму, становления информационного общества и возникновения в связи с этим криминологических вызовов, медийного насилия, генных технологий и т. д., в совокупности с апробированными постулатами современной криминологии способны, на наш взгляд, приблизить человечество к пониманию, разгадке генезиса преступного поведения и преступности. «Разгадка», если она состоится, может быть парадоксальной.

3. Особую обеспокоенность общественности вызывают эксперименты в сфере генной инженерии. Из области футурологических предсказаний проблема манипулирования с геномом человека и животных стала уже реальностью. За фасадом гуманитарной привлекательности биотехнологий (избавление человечества от ряда ныне неизлечимых болезней, врожденных отклонений, продление жизни, клонирование животных и даже человека и т. д.) таится наибольший потенциал противоречий. В ряде документов ООН отмечается, что если у людей появится реальная возможность создавать собственные генетические копии или копии других лиц, то в этой связи возникнут фундаментальные вопросы, касающиеся, в частности, социального детерминизма. Генетический детерминизм отбрасывает такую основу современной этики, как свобода воли, которая лежит в основе ответственности человека, в том числе уголовной. Следовательно, исчезнут понятия субъекта преступления и личности преступника, а с ними современные конструкции состава преступления и преступности. Небывалое в истории человечества медийное наступление на человечество (информационное насилие) также ставит под сомнение вопрос о свободе воли.

Коммерциализация генетических технологий (а она неизбежна, несмотря ни на какие международные и национальные запреты) создаст особый подвид «людей» – клонов, роботов, кибергов, терминаторов и т. д. Как и по каким законам они будут нести ответственность? И можно ли ожидать «преступность клонов»?

4. В тезисах поднята лишь незначительная часть проблем информатизации и биотехнологий не учитывать которые при проведении криминологических исследований уже нельзя.

Березовський А. А.
Міжнародний гуманітарний університет,
директор інституту національного та міжнародного права, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОБЛЕМА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ НА ЗЛОЧИННІСТЬ В ДОКТРИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

1. Дослідження кримінально-правового впливу, особливостей його трансформації та ефективності у сучасних правових реаліях, його структурних, функціональних та інших характеристик є одним з найглибших та актуальніших завдань кримінально-правової теорії та кримінології. Незважаючи на те, що у наш час поняття «кримінально-правовий вплив» є одним із найбільш вживаних та розповсюджених, спостерігається брак методологічного інструментарію, який допоміг би по-новому розкрити усі грані та аспекти цього феномену, усвідомити ті його системні характеристики, в яких виражено соціальну ефективність сучасного кримінального права.

2. Кримінально-правовий вплив є частиною системи більш високого порядку – дії кримінального права. Можливість дії кримінального права зумовлюється специфікою його функцій.

Найбільш яскраво функціональне призначення кримінального права виражене у спеціально юридичній функції охорони та захисту, яка безпосередньо пов'язана з регулятивною функцією. Насамперед, охоронна функція кримінального права не може здійснюватися інакше, аніж за допомогою кримінально-правового регулювання відповідних соціальних відносин. Таким чином, констатація такого ключового призначення кримінального права як охорона певних соціально значущих цінностей веде до визнання глибинного зв'язку двох його функцій: охоронної та регулятивної, які, будучи необхідними для реалізації вказаного соціального призначення, є тісно взаємопов'язаними і не можуть реалізовуватися одна без іншої.

3. Серед принципів, які характеризують дію кримінального права, в науковій літературі виділяють:

1) принцип економії кримінальної репресії;

2) принцип справедливості;

3) принцип соціальної доцільності;

4) принцип просторової та персональної однорідності.

4. Інтегративний підхід до розуміння кримінально-правового впливу дозволяє розкрити усю систему правового виміру тих явищ, які охоплюються поняттям «злочинне», а тому виходять як за межі кримінального законодавства, так і за межі кримінального права як такого, включаючи в

себе соціальні аспекти детермінації злочинності, політичні питання криміналізації, пеналізації та лібералізації впливу на злочинців та злочинність у цілому.

Принциповим та важливим компонентом кримінально-правового впливу є правозастосовна та пенальна практика, що характеризується власною системою принципів та методів. З позицій інтегративного підходу питання щодо властивостей та ознак кримінально-правового впливу набуває іншого забарвлення. Перш за все, слід виділити таку його ознаку як інтегральність, тобто цілісність в контексті існування, функціонування та реалізації усієї системи державного та правового впливу на злочинність як невід'ємний компонент суспільства. Система кримінально-правових заходів, кримінальної політики, кримінального законодавства, кримінально-правової правозастосовчої та правоінтерпретаційної діяльності – усе це об'єднується єдиною метою та стратегічними засобами протидії злочинності.

5. Ключова характеристика кримінально-правового впливу – його ціннісно-нормативний характер, який виражається у поєднанні нормативних та позанормативних компонентів впливу на злочинність. Взаємодоповнюваність та взаємозумовленість норм та цінностей, які існують у правовій сфері, поширюючи свій вплив на кримінально-правову сферу, виражена в соціальному сприйнятті інститутів, пов'язаних зі злочинністю (кримінальна відповідальність, кримінальне покарання тощо), що дозволяє визначати кримінально-правовий вплив як інтегративний (цілісний) аспект дії права, що виражається в формуванні та реалізації правових норм, принципів та цінностей у кримінально-правовій сфері.

7. Механізм кримінально-правового впливу – це функціональна система, в якій за допомогою нормативних та позанормативних засобів здійснюється об'єктивація критеріїв та форм злочинної поведінки, а також реалізується регулятивний і ціннісно-інформаційний вплив на суспільні відносини та правосвідомість людей з метою попередження, запобігання та протидії злочинності.

8. В науковій літературі представлена позиція, що об'єктом кримінально-правового впливу виступає не окрема особистість і навіть не її правовий статус, а широке коло людей, соціальні групи та навіть суспільство у цілому. У цьому сенсі кримінально-правовий вплив розглядається в опосередкованому контексті: факт кримінального засудження винної особи справляє потужний вплив на її близьких, а через них – на весь соціум. Розгляд злочинності як об'єкту кримінально-правового впливу виявляє себе в сучасних кримінологічних та кримінально-правових дослідженнях. Злочинність як система, а не окремі злочинці, представлена як феномен, на протидію якій націлено механізм кримінально-правового впливу.

Міняйло Н.Є.
Національниа академія прокуратури України,
професор кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННОМУ ОБІГУ ВОГНЕПАЛЬНОЇ ЗБРОЇ В УКРАЇНІ

Питання правового забезпечення обігу зброї у світі та проблема її незаконного і стрімкого розповсюдження стосуються кожної держави. Даними питаннями всебічно та найактивнішим чином займається Організація Об'єднаних Націй. Важливим етапом у формуванні міжнародно-правових норм у сфері протидії незаконному обігу вогнепальної зброї стало підписання 2 березня 2001 р. Протоколу проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності (далі – Протокол).

Найбільш розповсюдженою у світі є незаконна торгівля стрілецькою зброєю, враховуючи її легкість, доступність у користуванні та можливість швидкого поповнення боєприпасів до неї. Сама по собі зброя є законною, незаконним є її продаж забороненим покупцям. До таких покупців зазвичай відносять країни, уряди яких допускають конфлікти або порушення прав людини як у середині країни, так і за її межами.

Розповсюдження зброї давно набуло організованих форм, і головна причина його розквіту полягає у винятковій прибутковості. Головними постачальниками і посередниками обігу зброї на світовому ринку є, передусім, транснаціональна організована злочинність. Саме ці організації здебільшого діють у районах збройних конфліктів і сусідніх країнах. Так, значна активність руху зброї спостерігається в районах етнічних конфліктів на Балканському півострові, Кавказі, у Східній і Західній Африці, Західній Азії, на Близькому Сході (Репецкая А. Л. Транснациональная организованная преступность : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08 / Репецкая Анна Леонидовна. – Иркутск, 2001. – 388 с.).

За даними ООН, громадяни України та її зареєстровані підприємства неодноразово були причетні до транснаціональних незаконних поставок зброї та боєприпасів. Незважаючи на всі зусилля, зброю українського походження досі поставляють до країн, що перебувають під санкціями ООН, а саме: Демократичної Республіки Конго та Південного Судану. Так, чеська фірма «Імекс Груп» придбала в Україні 4000 пістолетів Макарова, надавши сертифікат кінцевого користувача, виданий урядом Афганістану. За матеріалами розслідування Державного департаменту США, «Імекс Груп» здійснювала незаконні поставки стрілецької зброї у країни, що перебувають під санкціями ООН. Директора фірми «Імекс Груп» було засуджено в Чеській Республіці за контрабанду гранатометів і стрілецької зброї до Демократичної Республіки Конго та Словаччини (Chivers, C.,

E. Schmitt and N. Wood, 'Supplier Under Scrutiny on Arms for Afghans', New-York Times, 27 March 2008, p.5.).

Подібні дані вказують на те, що Україна останнім часом є не лише вигідною транзитною територією контрабандного руху зброї завдяки своєму геополітичному розташуванню, а й набуває статусу країни-виробника й постачальника зброї та боєприпасів у світі. В Україні є досить високі технології озброєнь, а після розпаду Радянського Союзу значна частина складів військового майна радянської армії залишилася саме в нашій державі і його надлишкова частина може бути реалізована нашою державою.

За статистичними даними наданими міністерством внутрішніх справ, в Україні учинено злочинів з незаконного обігу зброї організованими групами і злочинними організаціями (ст. ст. 262, 263 КК) у 2010 році – 54; у 2011 – 19; за 10 міс. 2012 – 34. Учинено злочинів з використанням вогнепальної зброї – у 2010 році – 370; у 2011 – 422; за 10 міс. 2012 – 357. Вилучено зброї у 2010 році – 3293; у 2011 – 3026; за 10 міс. 2012 – 3271 та боєприпасів у 2010 році – 132341; у 2011 – 128310; за 10 міс. 2012 – 112793 одиниці. Разом з тим, виявлено організованих груп і злочинних організацій з міжнародними зв'язками у 2010 році – 40; у 2011 – 28; за 10 міс. 2012 – 28 (Статистика МВС.Стан та структура злочинності в Україні.[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http: / www.mvs.gov.ua). Зважаючи на наведені дані, ситуація з незаконним обігом вогнепальної зброї за останні роки в Україні докорінно не змінилась. Наша держава і надалі залишається привабливою територією для транзиту та розповсюдження вогнепальної зброї.

Цьому сприяє і те, що сьогодні в Україні відносини, пов'язані з обігом зброї, регулюють близько 90 нормативно-правових актів, серед яких в основному інструкції, накази, постанови, укази. Але в законодавстві відсутній головний документ щодо обігу зброї, який вже давно прийнятий у багатьох країнах світу, зокрема в Росії. Одним з перспективних у цьому напрямі є законопроект «Про обіг зброї невійськового призначення» від 09 лютого 2009 року, реєстр. № 2105, який було подано на заміну проекту Закону України «Про зброю» від 22 серпня 2008 року, реєстр. № 3069. Вказаний законопроект прийнято в першому читанні 14 квітня 2010 р., проте, він ще досі готується на друге читання. Варто відмітити, що Україна все ж намагається привести своє законодавство про обіг зброї до міжнародних стандартів і вимог. Так до Верховної Ради України подано проект Закону про ратифікацію Імплементаційної угоди між Кабінетом Міністрів України та Організацією НАТО з матеріально-технічного забезпечення і обслуговування (ОМТЗО) про утилізацію стрілецької зброї й легких озброєнь, звичайних боєприпасів та протипіхотних мін типу ПФМ-1; проект Закону про приєднання України до Протоколу; та проект Закону про внесення зміни до статті 263-1 Кримінального кодексу України у зв'язку з приєднанням України до Протоколу (щодо фальсифікації зброї, незаконного видалення чи зміни її маркування).

Прийняття вказаних законопроектів дозволить зміцнити правову базу протидії незаконному обігу вогнепальної зброї на території України та сприятимуть запровадженню реальних механізмів з відстеження руху зброї від її виробника до кінцевого покупця. Подальше приведення внутрішньодержавного законодавства до міжнародних стандартів є безумовною необхідністю, що становить цілеспрямовану та ефективну основу для протидії поширенню транснаціональної злочинної діяльності у сфері незаконного обігу вогнепальної зброї, попередження наслідків її використання та незаконного збагачення від її розповсюдження.

Мандриченко Ж. В.
Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Розвиток економіки характеризується наявністю значної кількості чинників, які негативно впливають на інвестиційну діяльність суб'єктів господарювання в Україні.

Однією з найважливіших складових яка впливає на всі ці процеси є соціально-правова модель інвестиційної діяльності тим паче, що обсяг зовнішніх іноземних інвестицій є одним із показників інтегрованості країни у світове товариство. Інвестиційна складова повинна сприяти піднесенню економіки, підвищенню ефективності виробництва, забезпеченню соціально-економічної стабільності та вирішенню інших проблем, але все це повинно відбуватися на підставі кримінологічно-обґрунтованих та функціонально результативних механізмів.

Законодавчий механізм державного регулювання інвестиційної діяльності в Україні визначається законами «Про інвестиційну діяльність», «Про режим іноземного інвестування, «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про загальні засади створення та функціонування спеціальних (вільних) економічних зон», «Про підприємництво», «Про господарські товариства» тощо. Крім того, діє низка указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України, які формують основні вектори державного регулювання інвестиційної діяльності в нашій країні.

Відповідно до Концепції Державної цільової економічної програми розвитку інвестиційної діяльності на 2011–2015, оптимальним варіантом розвитку та активізації інвестиційної діяльності в Україні є проведення активної державної політики у цій сфері. Розбудова системи державного інвестування має здійснюватися за напрямами, які включають в себе удосконалення методології розроблення, оцінювання та відбору інвестицій-

них проектів для надання першочергової державної фінансової підтримки, забезпечення розвитку системи прямих державних інвестицій та прозорості процесу державної фінансової підтримки інвестиційних проектів, здійснення контролю за ефективним використанням бюджетних коштів, наданих для реалізації інвестиційних проектів (Концепція розвитку інвестиційної діяльності на 2011–2015 роки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.in.gov.ua.]).

Серед основних причин, що пов'язанні із низьким рівнем інвестиційної діяльності в Україні фахівці називають:

– законодавча розмитість, а як наслідок диференційованість підходу до податкових та інших пільг інвесторам;

– невизначеність та неврегульованість основних форм та сфер інвестування;

– відсутність надійного, доступного й оперативного інформаційно-організаційного забезпечення;

– політичну та економічну нестабільність;

– високий рівень корумпованості та криміногенності;

– нестабільність державної інвестиційної політики (зокрема правозастосовні аспекти).

За даними Міжнародної фінансової корпорації (IFC) за підтримки дослідницьких структур з Канади, Нідерландів, Швеції, Швейцарії, Україна займає 152 місце серед 183 країн світу в рейтингу Doing Business 2012, який є показником сприятливості інвестиційного клімату. При цьому таке «високе» місце досягнуто завдяки 24 місцю щодо можливості отримання кредитів та 44 місця за виконанням контрактів. У той же час Україна впевнено займає 181 місце за кількістю і складністю сплати податків та 180 місце за умовами отримання дозволів на будівництво. Для порівняння: Казахстан посідає 47 місце в рейтингу Doing Business 2012, Польща – 62, Республіка Білорусь – 69, Киргизія – 70, Молдова – 81, Російська Федерація – 120.

Також потрібно звернути увагу на криміногенні інвестиції, що потрапляють в Україну і сприяють привласненню державних стратегічно важливих об'єктів за легальними схемами. Саме за такими інвестиційними схемами аналітики прогнозують обіг земельних ділянок та перехід на них права власності. Зазначимо, що основні концепти протидії покладені на міжурядова організація з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням доходів та фінансуванням тероризму (FATF). В авангарді глобальної системи протидії відмиванню брудних грошей ФАТФ виставила фінансові установи, через послуги яких недоброчесні клієнти мають можливість маскувати злочинний прибуток, надаючи йому законного вигляду. «Фінансові установи повинні ставитися до клієнтів з обачливістю, що включає необхідність ідентифікувати та перевіряти особу своїх клієнтів » – зазначено в п'ятій Рекомендації ФАТФ.

Отже питання розвитку внутрішніх та зовнішніх інвестиційній завжди знаходились у центрі інтегрованих у світове товариство соціально-правових держав. Тим паче, що в сучасних умовах інвестиції виступають найважливішим способом забезпечення умов виходу держави з економічної кризи, сприяють впровадженню нових технологій, модернізованих видів устаткування, передового досвіду іноземних підприємств, методів управління та виробничої культури, збільшенню продуктивності праці, підвищенню добробуту населення тощо. Тому питання про стан інвестицій в Україні та перспективи їх збільшення особливо нагальне на сучасному етапі економічного розвитку держави.

Бугера О.І.

Київський національний лінгвістичний університет,
доцент кафедри права, кандидат юридичних наук, доцент

ЗАСОБИ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ: МОЖЛИВІСТЬ ДЕСТРУКТИВНОГО ВПЛИВУ НА ПРОТИПРАВНУ ПОВЕДІНКУ НЕПОВНОЛІТНІХ

Розглядаючи можливість деструктивного впливу засобів масової інформації на протиправну поведінку неповнолітніх необхідно зазначити, що підгрунття цього впливу базується як на інформаційній складовій, так і на соціальній незрілості та фізіологічній не сформованості організму неповнолітніх, що проявляються у прагненні пізнати нові відчуття, допитливості, недостатній здатності передбачати наслідки своїх дій тощо. Але головне – в яке русло будуть спрямовані їхні бажання та інтереси. Потрібно вміти дати їм вихід у позитивному напрямі, а ті, що мають яскраво виражений негативний характер, – нейтралізувати. Це означає, що треба здійснювати послідовний процес виховання підлітка у сім'ї, школі, на виробництві. На жаль, це робиться далеко не завжди, і тоді психологічні особливості неповнолітнього дістають вихід в асоціальну сферу. Залежно від ступеня педагогічної занедбаності неповнолітнього, антисуспільна поведінка може спочатку набувати характеру дрібного хуліганства, дрібних крадіжок тощо. Однак у процесі подальшої десоціалізації «втрачаються» мотиви, властиві законослухняному підлітку. Залишаючись часто-густо безкарним, він швидко засвоює злочинний досвід. Тут вже повністю включаються такі мотиви, як бажання жити на широку ногу, пиячити, вживати наркотики, вести розпусний спосіб життя. Чинниками, які обумовлюють злочини неповнолітніх, традиційно вважаються: негативний вплив у сім'ї, недоліки у шкільному вихованні, незайнятість суспільно корисною працею, негативний вплив мікросередовища, вади у діяльності правоохоронних органів щодо профілактики злочинів (Джужа О. М., Кондратьєв Я. Ю., Кулик О. Г., Михайленко П. П. Кримінологія. 2002, с. 270–273).

Можна стверджувати, що в сучасних умовах стрімкого розвитку інформаційних технологій деструктивним чинником впливу на протиправну поведінку неповнолітніх можуть виступати засоби масової інформації і, в тому числі, мережа Інтернет.

Дані дослідження впливу засобів масової інформації на підлітків викликають тривогу у соціологів. З'ясувалось, що майже кожен другий учень 8–10 класів свій вільний час проводить за комп'ютером. Як результат – близько третини опитаних школярів уже мають ознаки інтернет-залежності. Зокрема в опитуваннях взяли участь сім тисяч київських школярів. «Найцікавішим засобом інформації» понад 92 % з них назвали Інтернет. Хоч як дивно, але найбільше приваблює Всесвітня мережа дітей можливістю спілкування у різноманітних соцмережах, форумах та чатах. І в цьому криється величезна загроза: з ким та про що переписуються діти, проконтролювати можуть далеко не всі батьки. Тим часом 97 % опитаних підлітків сказали, що знаходять нових друзів саме в Інтернеті. Та найтривожніше те, що близько 3 % школярів зізналися, що відвідують сайти для дорослих. Віртуальне спілку-вання може свідчити про самотність підлітка та нереалізованість його потреби у живому спілкуванні. А тому батьки повинні на бесіду з дитиною щодня виділяти, як мінімум, одну годину часу. І намагатися знайти альтернативу комп'ютеру.

Але для чималої кількості українських сімей організація дозвілля дитини – непід'ємний фінансовий тягар. Безкоштовні гуртки при школах – скоріше винятки, аніж правило. І повертаючись з уроків, багато хто з учнів сам собі вигадує розважальну програму, в якій телевізор та комп'ютер – головні герої. І це при тому, що уже доведено, що постійний нелімітований перегляд ТВ-передач і гра на комп'ютері – дуже шкідливі речі для здоров'я дитини, причому як фізичного, так і психологічного. Адже це може не тільки зіпсувати, скажімо, зір, а й завдати чималої шкоди ще несформованій психіці. Є кілька найпоширеніших симптомів та ознак, за якими можна розпізнати, що у дитини комп'ютерна залежність, як-от: харчування за комп'ютером, відчуття спустошеності та роздратованості у період перебування поза Інтернетом, залежність настрою від використання комп'ютера, порушення сну. І це – вершина айсберга. Залежність від Інтернету призводить до величезних проблем у спілкуванні в реальному житті і навіть до проявів агресії.

Що робити, аби цього не сталося? Максимально обмежувати перебування дитини в Інтернеті. Причому саме обмежувати, а не повністю забороняти. В ідеалі ж, батьки повинні зробити так, щоб реальне життя дитини було цікавішим за віртуальне. І почати необхідно із запроваджень сімейних традицій вихідного дня. Або просто завантажити дитину так, щоб на «зависання» в Інтернеті у неї не було часу (Дейнека В. Кожен третій підліток–комп'ютерно залежний. 2012, с.1,6).

Державне регулювання щодо вирішення вказаних проблем передбачає зокрема випробуванням нової форми маркування телевізійних програм. Спеціально розроблені «розумні символи» попереджатимуть глядачів про сцени сексу, насильства, вживання наркотиків та нецензурної лексики. Відповідне рішення було прийняте на засіданні Міжвідомчої робочої групи з впровадження національної системи міток для захисту дітей від інформації, яка може шкодити їхньому здоров'ю та розвитку, повідомляє Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення. У Нацраді зазначили, що в більшості європейських країн уже давно впроваджені ефективні системи маркування продукції, яка поширюється традиційними електронними засобами масової інформації та новими медіа. В Україні вже розроблено проект так званих «розумних символів», який покликаний замінити існуюче маркування. Нагадаємо, наразі телеконтент маркується зеленим колом (програма для всієї родини), жовтим трикутником (перегляд неповнолітнім дозволений тільки в присутності батьків) і червоним квадратом (тільки для дорослих). Новий метод передбачає позначення сцен насильства, сексу, нецензурної лайки, вживання наркотиків («Розумні символи» попереджують про насильство на телебаченні [Електронний ресурс]: Режим доступу – http:/www.pechersk.kyiv-city.gov.ua/ukr/?mode=news&need__id=1037).

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що неконтрольований доступ неповнолітніх до інформаційних ресурсів, які присутні в засобах масової інформації і, в тому числі, в мережі Інтернет може сприяти їх протиправній поведінці. При цьому вирішення проблеми необхідно здійснювати комплексно: шляхом удосконалення чинного законодавства; застосуванням технічних можливостей обмеження доступу неповнолітніх до негативної інформації; формуванням відповідних виховних заходів за участі батьків та педагогів.

Мельничук Т. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права,
кандидат юридичних наук, доцент

ПОКАЗНИК ЦІНИ ЗЛОЧИННОСТІ В ЗАРУБІЖНІЙ КРИМІНОЛОГІЇ

Кримінологічна наука в арсеналі статистичних можливостей оцінки криміногенної ситуації оперує показником «ціни» злочинності, який покликаний визначити наслідки індивідуальної та масової злочинної поведінки у їх вартісному вираженні. На відміну від пострадянської кримінологічної науки, представники якої здебільшого надають перевагу емпірично-описовому рівню методології визначення ціни злочиннос-

ті, у зарубіжній кримінології цей показник аналізується за допомогою економіко-математичних моделей.

Дослідження ціни злочинності невід'ємне від загальної концепції економічного аналізу злочинності. Одні з перших розробок економіки злочинності пов'язують з іменем американського неоінституціоналіста Г. Беккера, який аналізував злочинність як діяльність раціонального індивіда, який прагне максимізувати свою вигоду. На його думку, оптимальний розподіл ресурсів, що спрямовуються на боротьбу зі злочинністю, вимагає точної оцінки соціальних втрат від злочину. У вартість шкідливих наслідків злочину він включав прямі збитки потерпілих, витрати держави на боротьбу зі злочинністю (при чому граничні витрати повинні встановлюватися на рівні граничної шкоди від злочинів), і втрати суспільства від непрацездатності правопорушників (Див. Becker G.S. Crime and Punishment: An Economic Approach // Journal of Political Economy. 1968. Vol. 76. P. 169-217).

Вплив ідей економістів на розвиток кримінологічних вчень підтверджується висунутими гіпотезами про те, що діяльність системи кримінальної юстиції якісно не відрізняється від будь-якого іншого економічного виробничого процесу. У зв'язку з цим пропонувалося визначати сукупні витрати суспільства на злочинність за наступною формулою: $TC = w_*L + r_*OF$, де TC – сукупні витрати (total costs), w – вартість одиниці ресурсів, r – виражені в грошових одиницях середні втрати від кожного злочину, OF – рівень злочинності (offence ratio), L – ресурси кримінальної юстиції (Phillips L., Votey H. L. Jr. The Economics of Crime Control. Beverly Hills etc., 1981. – P. 24-33; Reynolds M.M. The Economics of Criminal Activity // The Economics of Crime. N.Y. etc., 1980. – P. 27-70).

Вивчення ціни злочинності, що проводилось у США з кінця 80-х років XX ст., в основному було зосереджено на визначенні безпосереднього збитку (шкоди), завданого жертві вчиненням злочину без врахування інших витрат. Так, Едвін Зедлевський вирахував пов'язані зі злочинністю витрати на вогнепальну зброю, сторожових собак, віктимологічні витрати, кримінальне правосуддя і комерційну безпеку та оцінив їх у 160 млрд. дол. на рік. У цю суму він не включав витрати на забезпечення безпеки житлових приміщень, альтернативні і непрямі витрати (Zedlewski Edwin W. When Have We Punished Enough? 45 Pub. Admin. Rev. 771 (November 1985)).

Марк Коен оцінював приблизну вартість злочинності для жертв, зокрема витрати на тамування болю, страждання, і відвернення ризику смерті в результаті вчинення злочину, але не враховував витрати на профілактику, альтернативні та непрямі витрати. За його даними, сукупна річна ціна злочинів проти особи та домогосподарств в США складає для жертв 113 млрд. дол. (Cohen Mark A.A Note on the Cost of Crime to Victims, 27 Urb. Stud. 139 (1990)).

Петсі А. Клаус визначає прямі економічні втрати, пов'язані із злочинністю, на рівні 19 млрд. дол. щорічно на основі Національного огляду злочинності та віктимізації, зміст якого зосереджений на зґвалтуваннях, пограбуваннях, нападах, крадіжках з проникненням у житло, особистих і побутових крадіжках, викраденнях транспортних засобів (Patsy A. Klaus, The Cost of Crime to Victims (U. S. Dept. Just. Crime Data Brief NCJ-145865, January 1994).

На відміну від попередніх дослідників Д. Андерсон акцентує увагу на побічних (непрямих) втратах для вирахування ціни злочинності в США і обґрунтовує валовий річний показник ціни на рівні 1,705 млрд. дол., що у перерахунку на душу населення становить 4,118 дол. Він групує наслідки злочину на кілька категорій залежно від того, як вони впливають на розподіл пов'язаних зі злочинністю ресурсів, які могли б бути використані більш продуктивно на інші, наприклад, соціальні цілі:

1) витрати, зумовлені злочинністю або похідні від неї / Crime-Induced Production (397 млрд. дол.) – витрати на незаконні товари та послуги (наприклад, наркотичні засоби), а також витрати на засоби захисту від злочинності та усунення її наслідків (встановлення охоронних систем, функціонування виправних установ, витрати на медичну допомогу). За відсутності злочинності час, гроші та інші ресурси були б спрямовані «для отримання вигоди, а не уникнення шкоди». Іншими словами, «двадцять доларів, витрачених на замок дверей, дорівнюють двадцяти доларам, які не можуть бути витрачені на продукти харчування». Тому такі витрати становлять упущену вигоду для суспільства.

2) вартість втрачених можливостей / Opportunity Costs (130 млрд. дол.) – втрати для суспільства в результаті незайнятості злочинців у суспільно корисній праці та непрацездатності жертв злочинів. Потенційними продуктивними працівниками є ув'язнені, кількість яких неухильно збільшується. Частина злочинців спрямовує підприємницький хист у протиправну діяльність замість досягнення успіху у сфері легального бізнесу. Додаткові витрати виникають внаслідок втрати часткової або повної працездатності жертвами, витрат часу на встановлення технічних засобів захисту власності, патрулювання околиць тощо.

3) ціна ризику для життя і здоров'я / The Value of Risks to Life and Health (574 млрд.дол.) – неочевидні втрати від насильницьких злочинів включають страх бути пораненим або вбитим, гнів, страждання від перебування жертвою злочину.

4) трансфертні втрати / Transfers (603 млрд. дол.) – втрати легального сектору у зв'язку із переходом майна в нелегальний обіг. Зокрема, одним з наслідків шахрайства або крадіжки є перехід майна від жертви до злочинця, який може передати його третій особі, замінюючи на гроші, але це не усуває нелегального статусу активу. Таким чином, створюються механізми перетікання ресурсів з легального сектору у нелегальний.

Крім того, жертва змушена витрачати додаткові кошти на придбання майна, аналогічного викраденому (Anderson David A. The Aggregate Burden of Crime // Journal of Law and Economics, Vol. 42, No. 2. (Oct., 1999), pp. 611-642.). Таким чином, хоча й спостерігається певна наукова єдність про те, що злочинність в США зумовлює значні втрати, консенсусу щодо їх величини немає.

Стрелковская Ю. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права, кандидат юридических наук

ВИКТИМНОСТЬ И ВИКТИМИЗАЦИЯ МАРГИНАЛЬНЫХ ГРУПП НАСЕЛЕНИЯ

Изменение социальной структуры украинского общества в последние годы характеризуется интенсификацией маргинализационных процессов, обусловленных ухудшением экономической ситуации в стране и ее последствиями. В результате этого увеличивается не только количество представителей «классических» маргинальных групп населения, но и пополняются ряды «новых» маргиналов, в первую очередь за счет «постспециалистов». Указанная тенденции вызывает обеспокоенность ученых-криминологов, поскольку маргинальность является одним из факторов, детерминирующих преступность. В последнее время все чаще в научной литературе можно увидеть предложения о необходимости выделения самостоятельного вида преступности – маргинальной (Н. А. Лопашенко, А. М. Черныш, М. А. Черныш).

В криминологической литературе уже отмечались отдельные аспекты взаимосвязи процессов маргинализации и преступности. Такие ученые как В. М. Волосевич, А. Ю. Голодняк, В. М. Дрёмин, И. И. Карпец, М. В. Краснов, В. В. Лунеев, Э. Ф. Побегайло, Е. В. Садков, Р. Ф. Степаненко в своих работах обращали внимание на криминогенность маргинальности, указывали на причины криминализации маргинальных слоев общества. Что же касается «обратного» процесса – виктимизации маргинальных групп населения, следует отметить, что данное направление практически не изучено, несмотря на то, что «именно в маргинальной среде генерируются преступность и виктимность в ее наиболее грубых общеуголовных формах» (Туляков В. А. Виктимология (социальные и криминологические проблемы). – О.: Юр. літ-ра, 2000. – С. 203-204).

Исследования показывают, что маргинальные личности обладают рядом специфических характеристик, наличие которых может свидетельствовать о повышенной виктимности указанной категории лиц. Процесс маргинализации характеризуется полным либо частичным разрывом экономических, культурных и других связей с прежней социальной средой,

и, как следствие, утратой социальной самоидентификации, серьезными сомнениями в своей личностной ценности, наличием нереализованных социальных ожиданий. Вышеуказанные факторы обуславливают поиск новой социальной общности, в которой индивид сможет реализовывать свои притязания.

Поскольку в рамках данной работы маргинальность рассматривается как следствие изменившегося социального статуса, необходимо отметить, что часть лиц, подвергшихся процессу маргинализации, оказывается на «социальном дне» общества, которое в себя включает лиц без определенного места жительства, беспризорных детей, нищих, проституток и другие подобные категории населения. Повышенная виктимность указанных групп в первую очередь связана с их образом жизни. Установлено, что беспризорные несовершеннолетние «в силу своего характера и образа жизни легко втягиваются в виктимные ситуации, чаще всего в ночное время, и становятся удобным «объектом». Близость несовершеннолетних к преступному миру (к ранее судимым, к лицам, безнаказанно совершающим преступления) создает в конце концов благоприятные условия для повышенной виктимизации; с этим связано около 25 % преступлений, в том числе убийств» (Орлова Ю. Р. Виктимологический аспект безнадзорности несовершеннолетних /Ю. Р. Орлова // Закон и порядок. – 2003. – № 4. – С. 39-40.). Кроме того, маргинальный статус рассматриваемой группы существенно увеличивает риск для некоторых представителей стать жертвой торговли людьми и сексуальной эксплуатации. Отдельного внимания заслуживает проблема вовлечения беспризорных несовершеннолетних в преступную деятельность.

Наряду с представителями «социального дна», существующего длительное время, в современном обществе появились «новые» маргиналы, источником которых является «нисходящее социальное перемещение групп, еще не отторгнутых от общества, но постепенно теряющих прежние социальные позиции, статус, престиж и условия жизни». В данном случае в основном речь идет об изменении социально-профессионального статуса в сторону его снижения. В результате подобного явления возможно возникновение конфликта социальных ролей, выполняемых индивидом в различных социальных общностях, который сам по себе выступает фактором, повышающим виктимность (Туляков В. А. Указ. работа – С. 143).

Из рассмотренных выше примеров можно сделать вывод, что процесс виктимизации маргинальных личностей проходит по такой схеме: лицо, ввиду своего маргинального статуса обладает специфическими признаками, которые обуславливают его повышенную виктимность. Сказанное существенно увеличивает вероятность становления такого лица жертвой преступления. Таким образом, можно сказать, что в данном контексте маргинальность является условием процесса виктимизации.

Необходимо обратить внимание также и на другой аспект взаимосвязи маргинальности и виктимизации: совершение в отношении лица преступления может спровоцировать процесс его маргинализации, т. е. имеет место обратная связь рассматриваемых явлений. В результате, появляется маргинальная личность, чья повышенная виктимность может привести к ее вторичной виктимизации. Можно выделить определенный цикл: «виктимизация» – «маргинализация» – «вторичная виктимизация». Однако возможен и другой вариант: вместо вторичной виктимизации лица, оно само совершает преступление – криминализируется. Не случайно отмечается, что 64 % людей, ставших в детстве или юности жертвами преступлений, во взрослом возрасте становятся преступниками, а из тех, кто в детстве или юности не был жертвой, – только 22 % (Орлова Ю. Р. Указ. работа. – С. 40).

Таким образом, можно сделать вывод, что процессы маргинализации и виктимизации населения взаимодетерминируют друг друга, в связи с чем, воздействуя на один из них, мы влияем и на второй. Данное обстоятельство необходимо учитывать при изучении причин преступности и в профилактической деятельности. Рассмотренные вопросы не исчерпывают поставленную проблему, а отражают некоторые направления исследований в данной области.

Цехан Д. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права, кандидат юридичних наук

СОЦІАЛЬНЕ ОБСТЕЖЕННЯ ЯК ЗАСІБ ОПТИМІЗАЦІЇ ПРИЗНАЧЕННЯ ТА ВИКОНАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ

Сучасна кримінально-виконавча політика нашої держави зорієнтована у бік економії кримінальної репресії та гуманізації виконання кримінальних покарань. У зв'язку з цим науковці здійснюють активний пошук шляхів оптимізації виконання існуючих кримінальних покарань та обґрунтовують необхідність перегляду їх системи на основі концепту гуманізму. Водночас, розуміючи важливість таких розробок, необхідно звернути ґрунтовну увагу на процес призначення кримінального покарання конкретній особі.

Так, відповідно до ч.2 ст. 65 КК України особі, яка вчинила злочин, має бути призначено покарання, необхідне на достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів. Зокрема, І.М. Рагімов зазначає: «у зв'язку з тим, що суд здійснює такий вплив на долю особи, яка вчинила злочин, який ніхто ніколи не здійснював, то держава має право вимагати від органу правосуддя передбачати, який карально-виховний вплив необхідно здійснювати на особу і якими будуть результати виконання виро-

ку (Рагимов И. М. Преступность и наказание. М.: ОЛМА Медиа Групп, 2012. – 304 с.). Водночас, виконання функції прогнозування залишається малоефективним, оскільки суд відправляє у місця позбавлення волі засудженого на певний строк, по суті не знаючи останнього (Рагимов И. М. Преступность и наказание. М.: ОЛМА Медиа Групп, 2012. – 304 с.).

Такий стан справ призводить до формалізації принципу індивідуалізації та диференціації призначення кримінального покарання, його виконання і, як наслідок, необґрунтоване застосування тих чи інших форм кримінального примусу.

З метою ґрунтовнішого висвітлення цього питання необхідно проаналізувати форми вивчення особи під час всього періоду кримінального переслідування. Так, у значній кількості випадків особа може привернути увагу правоохоронних органів ще до вчинення нею злочину та початку кримінального переслідування, отримавши неформальний статус *«особи, яка становить оперативний інтерес»*. Фактично з цього моменту працівниками оперативних підрозділів здійснюється її ґрунтовне вивчення на предмет причетності до злочинної діяльності або кримінального середовища. Особливо важливим є те, що на цьому етапі працівники оперативних підрозділів за допомогою установчих заходів, збирають значну кількість інформації щодо соціально-психологічної характеристики особи: контакти, відносини у сім'ї та за місцем роботи, особливості психологічного портрету, авторитетність та роль в окремих соціальних групах, зокрема й негативної спрямованості. Водночас, як свідчить практика у переважній більшості такі дані використовуються для:

– планування та вибору конкретних тактичних прийомів проведення оперативно-розшукових заходів та визначення можливих оперативних підходів до особи;

– наповнення інформаційно-аналітичних обліків оперативного призначення (якщо інформація має стратегічне значення, або потенційну цінність для боротьби зі злочинністю).

Фактично внаслідок реалізації матеріалів оперативно-розшукової діяльності, лише невелика частина зібраних даних щодо особи передається слідчому. Аналізуючи безпосередньо кримінальне провадження наголосимо, що ч.4 ст. 91 КПК України до обставин, які підлягають доказуванню, відносить обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання або є підставою закриття кримінального провадження. Таким чином, законодавець зобов'язав слідчого зібрати матеріали, які характеризують особу крізь призму різних критеріїв. Водночас вивчення матеріалів кримінальних проваджень свідчить, що слідчим витребовуються: характеристика особи за місцем роботи та проживання, довідка про склад сім'ї, про попередні судимості чи наявні інші кримінальні провадження, довідка про стан здоров'я (у результаті ці-

льового направлення для проходження медичної комісії). Традиційно, ці документи характеризуються високим ступенем формалізму і не можуть у повному обсязі забезпечити всебічну характеристику особи відносно якої здійснюється кримінальне переслідування.

Таким чином, фактично після направлення матеріалів кримінального провадження до суду, у ньому міститься лише фрагментарна та не завжди об'єктивна характеристика обвинуваченого. У таких умовах забезпечення ефективності прогнозування результатів виконання вироку ускладнюється. На нашу думку, під час прогнозування результатів призначеного покарання судді необхідно врахувати:

– можливість досягнення мети кримінального покарання (ч. 2 ст. 50 КК України та ст.1 КВК України);

– вплив покарання на зміну психічного стану засудженого, зокрема розвитку психічних аномалій, а також можливість соматичних захворювань;

– вплив покарання на соціальне становище засудженого та його оточення (можлива стигматизація родини та обмеження її соціальних зв'язків);

– вплив покарання на кримінальне середовище (розпад організованого злочинного угруповання внаслідок нейтралізації діяльності лідера).

Ми солідаризуємось із позицією В. Н. Кудрявцева, який наголошує, що перспективні напрями індивідуального прогнозування можуть відкритись у випадку вирішення проблеми вимірну соціальних та індивідуальних властивостей особистості, глибина її анти суспільних поглядів, інтенсивність (спрямованість) життєвої ситуації, повнота передбачення наслідків своєї поведінки (Кудрявцев В. Н. Причинность в криминологии. О структуре индивидуального преступного поведения : Монография /В. Н. Кудрявцев. – М., ТК Велби 1982.). У свою чергу, А. Ф. Глоточкін та В. Ф. Пірожков відзначають, що знання причин впливу і динаміки різноманітних психічних процесів дозволить виявити типові психічні стани, які повторюються у схожих обставинах і, таким чином, передбачити поведінку засудженого (Глоточкин А. Ф., Пирожков В. Ф. Психические состояния человека лишенного свободы. Под ред. К. К. Платонова. М., 1968. – 42 с.).

Така ситуація вимагає пошуку нових шляхів та методик всебічного вивчення особистості злочинця під час здійснення кримінального переслідування і до моменту постановлення вироку. У контексті викладеного цікавим є досвід США, де суди, розпочинаючи з 1985 року, під час призначення покарання повинні керуватись не лише відповідним законодавством, але й рекомендаціями комісії з призначення покарань, яка складається з експертів різних галузей права, економіки, психології, і діє як незалежний орган у судовій системі США. Ця комісія враховує рівень небезпеки злочинця і його категорію, що слугує орієнтиром під час призначення покарання.

Мінімальні стандартні правила ООН щодо заходів, не пов'язаних з ув'язненням, визначають, що у разі наявності можливості складання доповідей відносно соціального обстеження, судовий орган може використати цю доповідь, яка підготовлена компетентною особою чи органом. Доповідь має містити соціальну інформацію про правопорушника, яка має відношення до злочину, вчиненого особою в минулому та теперішнього правопорушення. Доповідь також має містити інформацію та рекомендації щодо процедури винесення вироку та складається на підставі фактичного, об'єктивного та неупередженого матеріалу, а також чітко викладається.

Вважаємо, що в Україні можлива апробація такого досвіду, що дозволить оптимізувати діяльність судді щодо призначення кримінальних покарань. Наголосимо, що вивчення та використання результатів соціальних обстежень ні в якому разі не є «посяганням» на внутрішнє переконання судді, а є лише інструментом інформаційного забезпечення останнього.

Раковська Ю. В.

Черкаський факультет

Національного університету «Одеська юридична академія»,

доцент кафедри загально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

«КУЛЬТУРА ЗҐВАЛТУВАННЯ» ЯК ДЕТЕРМІНАНТ ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ

О. Бурмакова використовує термін «культура згвалтування» (rape culture), яка є складовою «культурою насильства», розуміючи під ним комплекс переконань, які заохочують сексуальну агресію у чоловіків і схвалюють насильство проти жінок (Бурмакова О. Культура изнасилования / О. Бурмакова // Частный корреспондент. – 2010. – 6 марта [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.chaskor.ru/article/kultura_iznasilovaniya_15767).

Культура згвалтування – це об'єктифікація жінок, частина процесу дегуманізації, в результаті якого отримання згоди стає непотрібним. У культурі згвалтування жіночі тіла розглядаються як суспільна власність; результат цього – домагання на вулицях і сексуальні дотики в громадському транспорті.

У культурі згвалтування вважається, що сексуальне бажання і сексуальна активність жінки повинні бути повністю підконтрольні чоловікові; в той же час на жінку покладається відповідальність за дії чоловіка, вчинені під впливом сексуального бажання, тому що його провокує жіноча сексуальність.

В культурі згвалтування жорстокість вважається сексуальною, а сексуальність жорстокою. Згвалтування вважається компліментом, проявом нестримної пристрасті, яку красива жінка пробуджує в здоровому чоловікові, так що він не може протистояти бажанням зірвати з неї одяг,

притиснути її до стіни або огорожі, або смикнути за волосся, або жбурнути на ліжко, або втілити один із мільйона інших образів сексуальної бійки, які тиражуються у фільмах, телепередачах, на обкладинках любовних романів і зображують прояви жорстокості як невід'ємну частину (гетеросексуальної) сексуальності. Культура зґвалтування пов'язана з воєнізованою культурою і є «природним продуктом усіх воєн, у всьому світі, в усі часи і в усіх формах». Зґвалтування використовується в якості зброї, інструменту війни, геноциду та утисків (Бурмакова О. Культура изнасилования / О. Бурмакова // Частный корреспондент. – 2010. – 6 марта. [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://www.chaskor.ru/article/kultura_iznasilovaniya_15767).

Сексуальність більше не є інтимною справою людини, а постає доступним торговим артикулом, за допомогою якого продають різні побутові товари й навіть новини. Наприклад, у вуличній рекламі використовують еротичні жіночі фігури для рекламування і білизни, й автомобільних шин. У молоді поступово вкоріняються думка, що торгувати молодими жінками й сексуальністю – явище звичне (Ерохина Л. Д. Торговля женщинами и детьми в социальной и криминологической перспективе / Л. Д. Ерохина, М. Ю. Буряк. – М. : Норма, 2002. – С. 84-89). Толерантність до нібито другорядних напрямів сексуальної експлуатації опосередковано сприяє підвищенню попиту на проституцію й порнографію. Постійний показ жінок як сексуальних об'єктів та використання сексуальності як стратегії продажу формує уявлення про інтелект і стереотипи поведінки не лише жінок, а й чоловіків. Порнофікація суспільного простору зумовлює формування підґрунтя для терпимості щодо сексуальної експлуатації та її виправдання (Паюметс М. Предупреждение торговли людьми : методология работы с молодежью / Марион Паюметс, Тийу Лаан. – Таллинн : Международная Организация по Миграции, Представительство в Таллинне, 2005. – С.40). Це стало основою для створення подвійної моралі, оскільки для створення ілюзії матеріальних благ можна поступитися деякими моральними принципами, зокрема торгувати своїм тілом (Вилкс А. Я. Проституция: исторический и криминологический аспекты / А. Я. Вилкс, Л. В. Тэсс. – РИГА, 2005. – С.4).

Творці такої подвійної моралі усвідомлено чи неусвідомлено формують у представників чоловічої статі думку про власну перевагу над жінками, виховують зневагу до жінки як «хтивого паразита», який прагне долучитися до фінансових успіхів чоловіка. Саме з тих, хто з молодих років привчений зневажати жінку, організована злочинність набирає собі кадри, для цих «споживачів» живого товару вона і існує (Выступление Татьяны Узаковой, координатора проекта «Защити меня» (Коалиция «Ангел», Россия, г. Москва), на форуме женщин стран СНГ, прошедшем осенью 2007 г. в Воронеже (Россия) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.ruvek.ru/print-version/22E1734498533923C325740300409D61.html).

Сучасність переводить на закони ринку будь-яку діяльність людини, зокрема й сексуальну, унаслідок чого секс стає об'єктом купівлі-продажу чи видом споживання з метою розваги (Гилинский Я. И. Девиантность в обществе потребления / Я. И. Гилинский // Криминологический журнал Алтайского государственного университете экономики и права. – 2009. – № 4. – С. 7). «Чоловіки ґвалтують жінок не тому, що вони ненавидять жінок, а тому, що вони просто байдужі до жінок або, принаймні, до тих жінок, яких вони ґвалтують, зазначає Боб Дейтч (Дейтч Боб. Анатомия культуры изнасилования / Боб Дейтч. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.dorogaksvobode.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=140: – – q--q&catid=44:2009-06-11-14-42-28&Itemid=160). Як результат, сексуальне насильство в процесі торгівлі людьми є способом впоратися з почуттям власної неповноцінності і продемонструвати силу, чоловічу домінантність, констатувати власну чоловічу ідентичність.

Чоловічий попит у сфері секс-послуг є основною передумовою зростання масштабів сексуальної індустрії, тому без нього постачання жінок на ринок сексуальних послуг було б украй невигідним для сутенерів і торговців людьми. Без попиту сексуальний ринок просто збанкрутує.

Поширеність «культури зґвалтування» як складової «культури насильства» у різних формах та серед різних груп населення у сучасному світі призвело до того, що як винні, так як і суспільство не вважають жертв такими, оскільки, вони переконані, що особа сама винна у тому, що стала жертвою.

Ілько С. А.
Національний університет «Одеська юридична академія», старший викладач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

РОЛЬ СОЦІОКУЛЬТУРНОЇ ДИНАМІКИ В ДЕТЕРМІНАЦІЇ ДЕВІАНТНИХ ПРАКТИК МОЛОДІ

Наркотизм – складне комплексне поняття, що визначає негативне явище, яке характеризується медичними, соціальними й правовими характеристиками. Під наркотизмом представляється доцільним розуміти складне соціальне явище, що складається в масовому поширенні немедичного вживання наркотичних засобів, а також незаконних діях з ними; яке породжує формування й функціонування специфічних соціальних відносин, щодо замкнутих соціальних груп, виникнення специфічної субкультури й, як наслідок, – трансформацію соціальної структури (*Сердюк О. О.* Наркотизм як соціальне явище: його тенденції та напрямки профілактики. 2003).

Як відомо, механізм втягнення конкретної людини в соціальне поле наркотизму містить дві взаємопов'язані ланки особистісні характеристики і зовнішню середу. Зовнішня середа і особистісні характеристики не мо-

жуть розглядатися ізольовано, у відриві. Адже середа з необхідністю формує мотив вживання наркотичних засобів і психотропних речовин, в той же час внутрішні характеристики виступають базою такого формування. Важливим формуючим механізмом виступають культурний вплив: саме культура виконує функцію передачі життєвого досвіду. В контексті дослідження механізмів наркотизації особи необхідно вивчення, по-перше, впливу найбільш розповсюджених культурних утворень, що існують в суспільстві (враховуючи, що культура включає такі явища, як родина, релігія, моральні цінності, етнічна свідомість, громадянськість та історичні традиції), по-друге, вивчення специфічних субкультурних утворень в рамках суспільної культури, які як окрему цінність мають вживання наркотичних речовин.

Криміногенна роль наркотизму проявляється в тому, що він служить каталізатором духовної, культурної, интелектуальної, моральної, физичної, генетичної деградації великої кількості членів суспільства. І в цьому сенсі його можна назвати фактором злочинності.

В той же час слід зауважити, що розповсюдження наркотизму є значною мірою логічним результатом глибоких і складних соціокультурних змін, вплив яких на соціально-психологічні та індивідуально-психологічні процеси є безсумнівним, але складно прогнозованим. Ще соціологічна теорія соціальної еволюції Е. Дюркгейма зауважувала на стані соціуму перехідних періодів. Він визначає цей стан як соціальну дезорганізацію і характеризує його послабленням дії соціальних норм, відсутністю твердих соціальних орієнтирів, високим ступенем відчудження окремих осіб від відчуття колективної солідарності. Все це веде до того, що в суспільстві надто велику роль починають відігравати людські пристрасті окремих індивідуумів (Дюркгейм Э. О разделении общественного труда, 1996).

За П. Сорокіним, криза є тривалим і глибоким явищем, носить не звичайний, а екстраординарний характер. Це – не просто економічні або політичні негаразди, криза торкається одночасно майже всієї западної культури та суспільства, всіх їхніх головних інститутів (мистецтва і науки, філософії та релігії, права та моралі, способу життя уявлень, всіх форм соціальної, політичної та економічної організацій, включаючи форми шлюбу та сім'ї). Криза стосується майже всього життя, способу мислення і поведінки, властивих західному суспільству. Якщо точніше, ця криза полягає в розпаді основоположних форм західної культури і суспільства останніх чотирьох століть (Сорокин П. А. Социокультурная динамика. Человек. Цивилизация. Общество. 1992).

Таким чином, відсутність соціальних обмежень для різномаїття егоїстичних індивідуальних мотивацій та поведінкових форм веде до зростання соціальних девіацій. П. Штомпка навіть вводить у зв'язку з цим поняття соціокультурної травми: це наслідок зіткнення культурних цінностей соціуму з «чужим» та ворожим оточенням, яке викликає дисфункціональні

зміни в соціальному житті (Штомпка П. Социальное изменение как травма. 2001). В принципі, будь-які зміни соціуму можна вважати травмою (П. Штомпка неодноразово підкреслює цю тезу). Це дозволяє аналізувати механізм дії соціокультурних змін у взаємозв'язку з різноманітними факторами соціального та особистісного характеру. Глибокі та сутнісні соціальні перетворення, що приводять до розколу та дезорганізації в стабільному світі, переживаються як психологічна травма. Обов'язковим атрибутом соціокультурної травми є загублення сенсів, що раніше сприймалися як природно існуючі, руйнування звичного способу життя, ломка традиційних моделей поведінки, дій та мислення. Одним з виходів з травматичного стану стає делінквентність, адже культурна травма, як соціальне явище, пов'язана з аномією та ціннісним вакуумом (відсутністю чітких ціннісних приоритетів та переваг, байдужістю до морально-правового боку вчинків, якщо це не загрожує санкціями), моральним релятивізмом, «прагматизацією» морально-ціннісної сфери (Клинтух И. И. Делинквентное поведение: социокультурная обусловленность. 2009).

Діти та підлітки в таких умовах є однією з найуразливіших груп населення, що пов'язано з віковою нормативною кризою розвитку. Саме аномічність соціального середовища призводить до дезорієнтації нормативно-ціннісних орієнтирів. Накладення різних за природою факторів призводить до їхньої соціальної дезадаптації. Виділяють такі основні причини соціальної дезадаптації: дисфункціональність сім'ї; особистісні особливості дитини (характерологічні особлвості, темперамент, психічні відхилення и т.і.); шкільна дезадаптація; вплив асоціально орієнтованого неформального середовища (Профилактика патологических форм зависимого поведения в трех томах. Том І. Позитивное большинство: технологии влияния на личный выбор. 2010).

Ці процеси попребують детального вивчення і врахування при побудові дійсно ефективної системи профілактики девіантних поведінкових відхилень підлітків і молоді.

Кльован Н. В.

ВСП «Миколаївський інститут права»
Національного університету «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

КЛАСИФІКАЦІЇ ФУНКЦІЙ РЕЖИМУ В МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

Функцій режиму є множинними і різнопорядковими, а отже потребують класифікації і групування. Проблема виділення і класифікації функцій режиму не є новою для науки кримінально-виконавчого права і супроводжувала зміни підходів до призначення і ролі режиму, змісту основних його вимог і правил, змісту основних напрямків кримінально-

виконавчої діяльності. Визначення і класифікації функцій режиму в місцях позбавлення волі вимагає практика виконання покарань.

В спеціальній літературі зустрічаються різні класифікації функцій. Так, професор В. М. Трубніков вказує на одночасне виконання двох функцій: функцію виконання покарання і виховну (Кримінально-виконавче право України / за заг. ред. В. М. Трубникова. – Х.: Право, 2001. – С. 150). В. Б. Василець виділяє основні – ті, для яких він створений і врегульований законом, і ті, які забезпечують їх виконання. До основних він відносить каральну, забезпечення ефективного застосування заходів виправного впливу, виховну, функцію регулювання кримінально-правової кари, функцію спеціального та загального попередження (Кримінально-виконавче право України: Загальна та особлива частини // За заг. ред. Джужи О. М. – К.: «Юрінком Інтер», 2002. – С. 222-223). Т. А. Денисова, Г. С. Семаков, І. С. Яковець вказують чотири основних функції режиму: каральну, виховну, забезпечувальну, соціального контролю (профілактичну) (Кримінально-виконавче право: навчальний посібник / за ред. Т. А. Денисової. – К.: Істина, 2010. –С. 205-206; Гель А. П., Семаков Г. С., Яковець І.С. Кримінально-виконавче право України: Навч. посібник / За ред. А. Х. Степанюка. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 389-392).

Більшість учених використовують просту одноплощинну класифікацію функцій режиму, уникаючи їхньої множинності завдяки виділенню основних із них, іноді зводять різнопорядкові функції в одну групу. Проте функції режиму є доволі різноманітними і представлені системою різнопорядкових видів функцій, що розрізняються критеріями класифікації.

Аналіз завдань, які висуваються перед режимом у місцях позбавлення волі діючим кримінально-виконавчим законодавством, вимог міжнародної спільноти до пенітенціарної діяльності, а також спеціальних досліджень з даної проблематики, дозволив виділити критерії до класифікацій даного інституту кримінально-виконавчого права. Підставами для розмежування функцій режиму в місцях позбавлення волі можуть виступати об'єкти впливу, способи і засоби впливу, умови впливу режиму на суспільні відносини у місцях позбавлення волі.

Основними об'єктами впливу даного інституту кримінально-виконавчого права є сфера виконання покарань, пов'язаних з позбавленням волі, моральна сфера осіб, які утримуються у місцях позбавлення волі, і сфера запобігання злочинності і злочинним проявам, що дозоляє виділити відповідно кримінально-виконавчі, психолого-педагогічні і кримінологічні функції режиму. Кримінально-виконавча функція полягає у забезпеченні виконання рішень суду у кримінальних провадженнях щодо осіб, засуджених та попередньо ув'язнених. Психолого-педагогічна функція, яку КВК України називає виховною (п. 5 ст. 123), проявляє себе у здійсненні виховного впливу на ув'язнених осіб з метою їх виправлення та полягає у створенні режимом передумови для переоцінки засудженими

своєї поведінки і завдяки різним соціально-психологічним заходам впливає та змінює пріоритети та ціннісні орієнтири засуджених. Вважається, що педагогічний вплив режиму обмежений, проте зазначається, що багаторазові повторення режимних правил сприяють виникненню динамічного стереотипу, звиканню до належної поведінки. Таким чином режим сприяє формуванню навичок позитивної поведінки, вміння правильно та раціонально діяти (Гель А. П., Семаков Г. С., Яковець І.С. Кримінально-виконавче право України: Навч. посібник / За ред. А. Х. Степанюка. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 391). Кримінологічна функція полягає у недопущенні та припиненні злочинних проявів з боку засуджених, зменшення потенційної соціальної небезпеки їх дій, у запобіганні вчиненню нових злочинів ув'язненими як під час їх перебування у кримінально-виконавчій установі, так і після звільнення з неї, а також недопущенні злочинних проявів з боку персоналу кримінально-виконавчої установи та інших осіб, що можуть перебувати на об'єктах установи і на яких розповсюджується дія режиму.

За способами і засобами здійснення основних напрямів впливу режиму в місцях позбавлення волі на суспільні відносини, що є предметом регулювання даного інституту, можна виділити регулятивну, охоронну, контрольну, організаційну, забезпечувальну, інформаційну, аксіологічну функцію та інші. Регулятивну функцію можна вважати однією з найважливіших, оскільки вона виражає основні напрямки впливу режиму на кримінально-виконавчі правовідносини у місцях позбавлення волі з метою забезпечення їх оптимального функціонування шляхом утворення певних правил, стандартів таких відносин.

Умови здійснення впливу режиму на суспільні відносини, як критерії класифікації його функцій, можна поділити на темпоральні (часові), територіальні (просторові), суб'єктні. За часовою ознакою функції режиму поділяються на постійні і тимчасові; за просторовою ознакою функції режиму діють на всіх об'єктах і територіях у межах установи та прилеглих до неї, які входять в склад установи виконання покарань, а також можуть розповсюджуватися на місця тимчасового перебування ув'язненого (палата лікарні, де засуджений отримує медичну допомогу); за суб'єктами впливу їх можна поділити на такі, що визначають напрямки і види діяльності персоналу установи, поведінку ув'язнених та впливають на поведінку інших осіб, при цьому, одні функції впивають на всіх суб'єктів і учасників кримінально-виконавчих правовідносин, інші функції чинять вплив тільки на окремі їх категорії.

Отже, функції режиму представлені не лінійним рядом різнопорядкових функцій, а групами однорідних функцій, які утворюють систему як сукупність упорядкованих напрямів і видів впливу режиму на суспільні відносини у сфері виконання позбавлення волі.

Цитряк В. Я.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ОСОБЛИВОСТІ СОЦІАЛЬНО-ДЕМОГРАФІЧНИХ ОЗНАК УЧАСНИКІВ КОРУПЦІЙНОГО ПІДКУПУ У ПУБЛІЧНІЙ СФЕРІ

Для кримінологічної характеристики підкупу у державному секторі важливе значення має вивчення особи винного, чиї кримінально-правові, соціально-демографічні та морально-психологічні якості виступають причинами його індивідуальної злочинної поведінки. Особа злочинця займає чи не головну роль у механізмі злочинної поведінки, тому і не дивно, що остання є об'єктом кримінологічного дослідження, без якого існування кримінології неможливе. За допомогою вивчення винного вирішується головне завдання кримінології – пояснення злочинності (Антонян Ю. М. Изучение личности преступника. Учебное пособие. – М.: ВНИИ МВД СССР, 1982, с.42).

Хоч у кримінологічній науці немає єдності думок щодо розуміння особи злочинця, проте найчастіше її визначають через сукупність властивостей, певних рис та якостей, систему відносно стійких соціальних та психологічних характеристик, які у поєднанні з певними об'єктивними обставинами обумовлюють вибір нею злочинного варіанту поведінки. Вказана система рис та властивостей зазвичай структурується кримінологами, що дозволяє говорити про структуру особистості злочинця, яку традиційно складають кримінально-правові, соціально-демографічні, морально-психологічні та соціально-рольові характеристики. Особливе місце у структурі особи злочинця займають соціально-демографічні ознаки.

Соціально-демографічні характеристики особи злочинця спираються, у першу чергу, на такі ознаки, як стать, вік, рід занять, приналежність до місцевості проживання (міська чи сільська). Самі по собі ці ознаки притаманні кожній окремій людині, групі людей і всьому суспільству у цілому, проте взяті у статистичному вираженні стосовно осіб, винних у хабарництві, вказують на суттєві зрушення у характеристиці зазначеної категорії осіб, тобто дають важливу кримінологічну інформацію, що має як теоретичне так і прикладене значення.

Оскільки підкуп у сфері державної службової діяльності є обопільною угодою декількох осіб, а саме хабароодержувача – належного суб'єкта та хабародавця, доцільною є розподільна характеристика притаманних їм соціально-демографічних ознак.

Аналіз статистичних даних останніх років, наданих Департаментом інформаційно-аналітичного забезпечення МВС України, та вибірковий аналіз кримінальних справ (усього 115) показує, що переважна більшість осіб, винних у пасивному підкупі, – чоловіки. Співвідношення виявлених осіб-хабарників за статевою ознакою демонструє досить відчутне зрос-

тання протягом 2002-2004 років частки жінок у загальній кількості винних осіб (24,7 % у 2002 році, 25,1 % – у 2003 році та 28 % у 2004 році) та певну її стабілізацію за останні п'ять років. Слід відмітити один принциповий момент: середнє значення винних в активному та пасивному підкупі жінок складає 24 %, що майже у два рази перевищує середнє значення питомої ваги жінок у загальній кількості виявлених осіб за злочини у цілому (13 %).

Такий значний відсоток та збільшення кримінальної активності жінок у відносинах підкупу продажності традиційно пояснюється активним втягненням жінок в процеси адміністративного управління, переважанням жінок у професійному середовищі деяких сфер (освіта, медицина, галузь соціального обслуговування), зростанням ділової активності жінок.

Вивчення вікової категорії осіб, винних у активному та пасивному підкупі, показує, що основний контингент складають особи у віці від 29 років і старше, а меншою кримінальною активністю характеризуються особи від 18 до 29 років. Слід зазначити, що на хабароодержувачів у віці від 18 до 29 років (у загальнокримінальному плані найбільш активна вікова група), припадає шоста частина всіх фактів одержання хабара. Причина даного феномену криється у тому, що особи старшого віку через більший професійний та життєвий досвід куди частіше призначаються на відповідальні посади.

Достатньо високий віковий ценз виявлених у одержанні хабара осіб і займані ними посади свідчать про їх високий рівень освіти. Проведений аналіз показав, що частка осіб із повною та базовою вищою освітою серед осіб, винних у одержанні хабара (77,6 %), у 2,5 разів перевищує аналогічний показник серед осіб, винних у даванні хабара (32,9 %). Даний факт не свідчить про те, що особи, винні у хабарництві, характеризуються високою культурою та високим морально-правовим станом свідомості.

Вивчення кримінальних справ приводить до висновку, що стосовно хабарників не знаходить втілення ідея про сім'ю як стримуючий фактор, а можливо, навпаки, наявність сімейних відносин вимагає у суб'єкта необхідність звернення до додаткових в тому числі і незаконних доходів, направлених на більш гідне її утримання. Дослідження показало, що серед виявлених у хабарництві осіб на момент вчинення злочину і провадження досудового слідства 79 % хабарників перебували у шлюбі і відповідно 21 % у шлюбі не були, хоча деяка частка із них могла перебувати у фактичних шлюбних відносинах.

Досить важливе кримінологічне значення у характеристиці особи хабарника має громадянство і місце її проживання.

Аналіз показує, що за останні десять років серед усіх виявлених у одержанні хабара 99,78 % є громадянами України, що цілком природно й логічно і лише 0,22 % – громадяни іноземних держав, особи без громадянства. А серед усіх виявлених у даванні хабара доля іноземних громадян

та осіб без громадянства буде трохи більшою ніж при одержанні хабара і складає 2,37 %. Громадян України серед виявлених в одержанні хабара, відповідно, 97,67 %.

Із загальної кількості виявлених хабарників невеликий відсоток раніше засуджених осіб (1-1,5 %). Це обумовлено, передусім, що основу виявлених хабарників складають хабароодержувачі. А для цього необхідно займати відповідну посаду, яку раніше засуджені особи займати переважно не можуть. Отож, вивчення характеристик осіб-учасників корупційного підкупу у сфері службової діяльності має принципово важливе значення у світлі вироблення більш дієвих заходів його протидії.

Марчук А. І.

Національний університет «Одеська юридична академія»
асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ВТОРИННА КЛАСИФІКАЦІЯ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ЗА КРИТЕРІЄМ ПСИХІЧНОГО ЗДОРОВ'Я

Вторинна класифікація засуджених є необхідним елементом системи класифікації, яка продовжує вивчати особистість злочинця у період перебування його в установі виконання покарання, формує однотипні соціальні групи для спільного освоєння засудженими інструментів ресоціалізації та виправлення, спрямована на виявлення засуджених, які за своїми кримінологічними ознаками схильні до вчинення злочинів під час відбування покарання.

На сучасному етапі можна спостерігати відродження концепції «соціального захисту», основи якої було сформульовано ще у XIX столітті представниками антропологічної школи (Ч. Ломброзо, Е. Феррі, Р. Гарофало, Д. Дріль). Ця школа розглядала злочин, як прояв хворобливого, тобто небезпечного стану особи, що в багатьох випадках був зумовлений психічними аномаліями засуджених до позбавлення волі. Внаслідок цього в багатьох країнах на законодавчому рівні прийняті рішення про формування груп засуджених за критерієм психічного здоров'я. Ці групи засуджених осіб, ізольовані від загальної маси і відбувають покарання в так званих «громадських медико-юридичних центрах».

Зазначимо, що міжнародні документи рекомендують відокремлювати осіб, які страждають на розумові хвороби або стан розумового здоров'я яких несумісний з тюремним ув'язненням (Європейські тюремні правила).

Українська пенітенціарна практика свідчить про збільшення засуджених осіб, які мають психічні відхилення та відбувають покарання у кримінально-виконавчих установах: від 3, 8 тис – у 2011 році до 4,3 тис – у 2012. Проаналізувавши діяльність психологічної служби Чорноморської виправної колонії Державної пенітенціарної служби України в Одеській області (№ 74) за грудень 2010 року, вдалося з'ясувати, що 14 % засудже-

них, які перебувають на професійному обліку – це особи з психічними аномаліями.

Проведене нами анкетування засуджених щодо сумісного проживання засуджених, виявило, що спільним для усіх засуджених, не залежно від статі та рівня безпеки колонії є те, що вони хотіли б уникнути сумісного проживання з особами, які схильні до вживання наркотичних засобів, особами, які страждають на психічні захворювання.

Засуджені, які мають психічні аномалії володіють рядом особливостей, що дозволяє говорити про особливий їх тип – особу злочинця з психічними аномаліями, які істотно змінюють мотиваційну сферу людини, її емоційні відносини, потреби і ціннісні орієнтації, впливають на мислення. Такі особи відрізняються низькою суттєвих соціально-демографічних, соціально-рольових, кримінально-правових та психологічних особливостей. Психічні аномалії приводять до відхилень у поведінці засуджених а також складнощів адаптації особи в місцях позбавлення волі. Найбільш розповсюдженими видами психічних аномалій серед осіб, які вчинили насильницькі злочини, сьогодні є: хронічний алкоголізм – такі особи становлять 34,0 % злочинців, психопатія – 20,7 % осіб; олігофренія – 16,0 %; наркоманія – 13,3 %; органічне ураження головного мозку – 11,3 %; статеві розлади (розлади особистості) – 2 %; педагогічна занедбаність – 1,3 %; епілепсія – 0,67 %; маніакально-депресивний психоз – 0,67 %. (О. О. Ходимчук Психічні аномалії: кримінологічний аспект. 2005, с. 10). Ці засуджені, частіше вчиняють убивства в кримінально-виконавчих установах, самогубства, втечі, не працюють, грубо порушують режим відбування покарання, тобто стан психічних аномалій виступає каталізатором небезпечної кримінальної поведінки останніх. Крім того, найбільш високий рівень рецидиву у осіб з психічними аномаліями, які вчинили насильницькі злочини. Деякі вчені відмічають кореляційні зв'язки між вчиненням повторного злочину та наявністю психічних аномалій. Так, майже в 53 % рецидивістів, стосовно яких проводилось відповідне експертне дослідження констатовані ті чи інші розлади психічної діяльності, які не виключали осудності. (В. С. Батиргареєва Рецидивна злочинність в Україні: соціально-правові та кримінологічні проблеми. 2009, с. 311). Цей дослідницький масив в основному склали особи, засуджені за насильницькі та корисливо-насильницькі злочини. Очевидно, що відсоток таких рецидивістів, засуджених за злочини, пов'язані із вживанням психоактивних речовин, ще вищий, оскільки спостерігається збільшення кількості засуджених, схильних до вживання наркотичних засобів від 2, 4 тис – у 2011 році до 3 тис. – у 2012.

Однак, потрібно чітко розмежовувати психічні аномалії та деякі психологічні стани засуджених, зумовлених інституційною природою кримінально-виконавчих установ. Умови ізоляції не витримує психологічно більше третини засуджених, які не мали видимих патологій до

засудження. Згідно офіційних даних понад 35 % осіб, які звільняються з колоній, потребують спеціальної психологічної чи психіатричної допомоги. (Колб О. Г. Запобігання злочинності у місцях позбавлення волі. 2005, с. 34).

Таким чином, вищенаведені показники дають змогу сформувати висновок про необхідність окремого утримання вищезазначених груп засуджених в межах структурних дільниць кримінально-виконавчих установ, виходячи з позицій попередження рецидиву злочину. Оскільки, у цих засуджених психологічні якості й властивості стають однією із внутрішніх причин вчинення ними злочинів та відрізняють їх від загальної маси засуджених. Доцільно закріпити дане положення на законодавчому рівні, доповнивши ч. 2 ст. 96 КВК України таким змістом «Особи, які мають психічні аномалії утримуються в окремих жилих приміщеннях ізольовано від інших засуджених».

Потрібно також враховувати, що відповідні зміни потребують постійних психолого-психіатричних досліджень засуджених. В результаті недостатньої кількості психологів в кримінально-виконавчих установах, а також надмірного навантаження кількості засуджених на одиницю персоналу колонії (417 осіб на одного психолога) потрібно укомплектувати соціально-психологічну службу потрібними кадрами.

Федчун Н. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

СУБ'ЄКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ СУДНОПЛАВСТВА

Розв'язання завдань із забезпечення кримінологічної безпеки судноплавства вимагає участі численних органів і організацій, застосування різних форм залучення до цієї діяльності морської спільноти, а тому спільна діяльність означених суб'єктів повинна бути системною (Шелухін М. Л. Кримінологічна безпека на транспорті: організаційно-управлінське та оперативно-розшукове забезпечення. / М. Л. Шелухін. – Донецьк : Вебер. Донец. від-ня, 2008. – С.114).

Суб'єктами, що забезпечують кримінологічну безпеку судноплавства є такі:

- Міжнародні організації та державні органи, організації, що займаються діяльністю із забезпечення безпеки на морі, в тому числі кримінологічної;
- Різноманітні наукові та інші організації, Асоціації, що розробляють проекти документів;
- Державні морські адміністрації, Міністерства, інспекції, що виконують функції держави прапору;

• Підприємства морського транспорту.

До першої групи суб'єктів відносимо міжнародні організації (ІМО, МОП). Ці організації на базі вивчення стану безпеки судноплавства в різних частинах Світового океану, ініціюють, розробляють в комітетах, приймають на пленарних засіданнях конвенції, резолюції, з якими звертаються до країн та інших суб'єктів морської діяльності з пропозиціями до приєднання та імплементації у внутрішньодержавне законодавство. Треба зауважити, що абсолютна більшість морських конвенцій світового та регіонального рівнів присвячена проблемам безпеки на морях з точки зору безпеки судноплавства. Морські держави, в тому числі і Україна, є учасницями цих конвенцій та імплементують їх положення в морське, адміністративне та кримінальне законодавство. Захист безпеки судноплавства суто морськими та технічними нормами регламентований морським законодавством. Кримінально-правовий захист безпеки на морському транспорті є найвпливовішим та найрезультативнішим та здійснюється через імплементацію міжнародних морських конвенцій у статті Кримінального кодексу. Вказані норми міжнародного та внутрішньодержавного морського та кримінального законодавства є взаємопов'язаними, взаємодоповнюючими саме тому, що мають єдину мету – забезпечення кримінологічної безпеки судноплавства та морської діяльності. Для вищезазначених міжнародних міжурядових організацій розробляють проекти міжнародних угод, резолюцій різноманітні наукові організації світового рівня, асоціації судновласників (BIMCO), експедиторів (FIATA), та ін., предметом діяльності яких є морський транспорт. На державному рівні питання імплементації та реалізації в транспортні процеси вирішують Морські адміністрації і спеціальні морські інспекції. В Україні це відповідно Міністерство інфраструктури з департаментом морського та річкового транспорту та Українська морська та річкова інспекція.

Міністерство здійснює регулятивні функції відносно флоту під прапором держави, портів і морських шляхів під юрисдикцією України, насамперед функції управління безпекою.

Інспекція інтегрує функції контролюючого органу за безпекою щодо організаційно-технічних заходів на підприємствах і суднах морського транспорту, підготовкою та дипломування моряків, реєстрацією суден, антитерористичної діяльності. Інспекційні функції виконують і класифікаційні товариства, технічний нагляд яких сприяє убезпеченню суден, причалів тощо і перешкоджає злочинним проявам, пов'язаним з порушенням правил експлуатації флоту та інших об'єктів (Інтерв'ю голови Державної інспекції України з безпеки на морському та річковому транспорті Григорія Соболевського [Електронний ресурс] // Газета «Урядовий кур'єр». – 2012. – № 14. – Режим доступу до газети: http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=244943733).

Підприємства морського транспорту, зокрема судновласники є інституціями, які безпосередньо організовують управління безпечною експлуатацією суден у відповідності до Міжнародного кодексу управляння безпекою та нормативних актів України. С другого боку обов'язком менеджмента є недопущення злочинних проявів з боку плавскладу, а також належна організація охорони від незаконних актів.

До другої групи входять спеціальні суб'єкти, які обслуговують судна та підприємства морського транспорту (служба безпеки, воєнізована охорона та ін.), напівспеціальні суб'єкти (юридична, фінансова, медична та інші служби), а також штатні працівники об'єктів транспорту, які також піклуються про безпеку суден та свого підприємства.

До третьої групи суб'єктів належать ті, що перебувають поза межами морського транспортного процесу й не підпорядковані морській транспортній системі. Це, органи, які створюють умови для забезпечення кримінологічної безпеки підприємства: судові органи, правоохоронні органи, тобто ті, що мають пряме призначення охорони безпеки у примусовий спосіб, а також громадяни, які є суб'єктами непрямого призначення.

Виходячи зі статистики морських подій та причин та умов, що їм передували, і що мають ознаки злочину, можна до таких суб'єктів віднести: працівників морського транспорту (безпосередньо – плавсклад – капітанів, членів екіпажів), керівників підприємств та менеджерів, обов'язками яких є управління безпекою, особи, які незаконно втручаються у морську діяльність.

Безумовно, розглянуті питання визначення суб'єктів забезпечення кримінологічної безпеки судноплавства, не вичерпують проблему, а лише окреслюють коло проблем, які потребують подальшої розробки.

Ізовіта А. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ПОЛІТИКО-ІДЕОЛОГІЧНІ ФАКТОРИ ДЕТЕРМІНАЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ В СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНОГО РИНКУ

Ефективна протидія злочинності в сфері земельного ринку залежить від встановлення чинників, які сприяють її поширенню. Сучасний стан злочинності на ринку земель детермінований як загальними факторами, характерними для злочинності в сфері економіки, так і особливими, притаманними саме даному різновиду. Наявність специфічних рис злочинності на ринку земель зумовлене, крім іншого, політичними чинниками.

В кримінологічній науці дослідженню політико-ідеологічних факторів детермінації злочинності в різних сферах економіки, на нашу думку, не заслужено приділено мало уваги. Зазвичай, вони розглядаються як явища, що належать до сфери розробки і реалізації економічної політики держа-

ви і найбільш інтенсивно впливають на стан і зміни у детермінації цього виду злочинної поведінки. (Кальман О. Г. Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження [Текст] : дис.. д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Кальман Олександр Григорович; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – С.163) Проте аналіз становлення та розвитку сучасних ринкових відносин в нашій країні вказує на існування тісного взаємозв'язку між політичною системою та економікою, а також їх впливом на злочинність в економічній сфері, визначаючи, таким чином, актуальність дослідження детермінантів даної групи.

Успішний перехід від адміністративно-командної системи до системи ринкового типу багато в чому залежить від спрямованості реформування самої політичної системи. В період становлення інститутів ринку відчувається посилений вплив політичних процесів та їх домінування над економікою в цілому. Як зазначає А. Бойко: «практика реформування підтверджує, що політичний вибір і воля нової влади визначають загальну спрямованість і етапи змін в економіці. При цьому успішне впровадження реформ переважно залежить від якості самих політичних рішень, наявності правильно обраних пріоритетів». (Бойко А. Політичні причини та умови економічної злочинності в Україні у період переходу до ринкової економіки // Вісник Львівського університету : Сер. юридична: [Збірник статей] . 1961. 2004. Вип.39 . 610 с. — С.427) Тенденція прийняття владними органами рішень в економічній сфері під впливом кон'юнктурних політичних міркувань на шкоду економічної доцільності призводить до послаблення дисципліни серед інститутів виконавчої ланки, втрати контролю за діяльністю державних чиновників, що у свою чергу є живильним середовищем для корупційних зловживань, протекціонізму, лобізму інтересів певних груп та участі державних службовців у діяльності комерційних структур.

Орієнтація влади на реформування суспільних відносин на засадах демократії та створення економіки ринкового типу передбачала кардинальної трансформації земельних відносин, результатом якої повинен був стати цивілізований земельний ринок. За для цього, Верховною радою Української РСР 18 грудня 1990 року була прийнята Постанова «Про земельну реформу», яка започаткувала процес перерозподілу земель з одночасною передачею їх у приватну та колективну власність, а також у користування юридичним та фізичним особам з метою створення умов для розвитку ринкових відносин в земельній сфері. Проте складність перехідного періоду за умов розбалансованості владних механізмів та відсутності політичної волі у прийнятті стратегічних рішень в даній сфері уповільнили темпи реформування.

Земельну реформу умовно можна розподілити на такі основі етапи: 1) передача земель у колективну та приватну власність; 2) паювання

(сертифікація) земельних ділянок, переданих у колективну власність; 3) розпаювання (ресертифікація) земель, переданих у колективну власність. (Мирошниченко А. М. Земельне право України: Підручник. – 2-ге видання, допов. і перероб. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – С.103) На даному етапі земельна реформа з реформування відносин власності перетворюється на землевпорядну та кадастрову. (Природоресурсове право України: Навч. пос. / За ред. І. І. Каракаша. – К.: Істина, 2005. – С. 47)

Труднощі та нестабільний стан економіки в перші етапи проведення земельної реформи укорінили у політичної еліти думку про можливість швидкого досягнення поставлених цілей шляхом зосередження повноважень в «одних руках». В наслідок чого, трансформація земельних відносин здійснювалась не за допомогою нормотворчої діяльності законодавчого органу, а відповідно до політичного курсу Президента України.

Проте не слід забувати, що, як правило, концентрація влади в одних руках чи в руках вузької олігархічної групи збільшують в рази можливість прийняття неправильних або недалекоглядних рішень. Видання Президентом значної кількості указів, направлених на реформування земельної сфери створило масу неузгодженостей, протиріч та колізій в земельному законодавстві, сприяло активізації тіньових процесів та зловживань влади.

Спроба влади вирішити критичну ситуацію, яка склалась на початку 2000-х років, за допомогою прийняття нового Земельного кодексу, який би подолав розрізненість земельного законодавства та створив надійний механізм захисту прав громадян на землю, не досягла наміченої цілі. Ліквідація колективної форми власності з передачею земельних ділянок в приватну власність та одночасного введення заборони (мораторію) на відчуження деяких категорій земель створили умови для подальшої тінізації та криміналізації земельних відносин.

Як наслідок, неефективність впроваджуваної економічної політики в земельній сфері не дають можливість завершити її в найближчій перспективі.

Неузгодженість в питаннях перспектив розвитку земельного ринку серед політичних діячів, постійна зміна «правил гри» обігу земель, невдалі спроби впровадження ринкових механізмів обігу земельних ділянок сільськогосподарського призначення вплинули і на формування поглядів людей з цих питань. Соціологічне дослідження з оцінки проведення земельної реформи, проведене Центром соціальних експертиз Інституту соціології НАН України у 2011 році показало розкол в українському суспільстві з головних питань реформування земельного ринку. (Соціологічне дослідження з оцінки проведення земельної реформи, 2011 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zemreforma.com.ua/sotsdosldzhennya/sotsologchne-dosldzhennya-z-otsnki-provedennya-zemelnoi-reformi-2011.html)

Таким чином, аналіз політико-ідеологічних умов формування та функціонування ринку земель в Україні висвітлив причини багатьох деформацій ринкових відносин, які полягають передусім у спонтанному характері реформ, розгулі управлінського суб'єктивізму, лобізму інтересів певних груп, некритичному перенесенні західного досвіду на весь своєрідний ґрунт України. Відповідно, для подолання негативних явищ в цій сфері рух земельного ринку повинен бути політично зваженим, обумовленим тими соціальними та економічними процесами, що відбуваються в державі.

Петренко О. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», ассистент кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права

К ВОПРОСУ О ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПОНЯТИЙ «БЕСПРИЗОРНОСТЬ» И «БЕЗНАДЗОРНОСТЬ» НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Научную общественность проблема беспризорности заинтересовала еще в начале 20-х годов прошлого века. Однако систематических исследований в масштабах Украины или крупных регионов не проводилось. Причина – отсутствие собственных средств и бюджетных ассигнований у научных учреждений, а также отсутствие интереса к данной проблеме у властей, как местных, так и на государственном уровне.

Нельзя не отметить, что преступность беспризорных детей развивается и растёт в переходные для государства периоды, а именно – в 20-е годы (послереволюционное время), в 40-е годы (послевоенное время), в 90-е годы (период перестройки).

Первые попытки определения беспризорности были сделаны в 1913 г. первым Съездом деятелей детского суда в выработанном им проекте закона о беспризорных детях (Труды первого Съезда деятелей по вопросам суда для малолетних: Санкт-Петербург. 1913 г. Декабрь. СПб., 1915). В 1921 г. на конференции по вопросам социально-правовой охраны несовершеннолетних была принята резолюция, в которой воспроизведено полностью определение «беспризорности», данное в упомянутом проекте 1913 г., но с заменой термина «малолетние» термином «несовершеннолетние». Подобное определение содержится и в в сборнике «Охрана детства» (Охрана детства: Сб. Киев, 1922.)., данное Главсоцвосом Наркомпроса Украинской ССР в 1922 г. Оно мало чем отличается от вышеприведенного определения, однако содержит перечень категорий беспризорных. В частности, беспризорными считают несовершеннолетних в возрасте до 18 лет в случаях: 1) оставления их родителями, или лицами их заменяющими без всякого надзора и попечения; 2) жестокого обращения с ними лиц, указанных в п. 1; 3) непредоставления необходимого минимума воспитания и обучения, предусмотренного действующими законоположениями; 4)

развращающего влияния домашней обстановки; 5) ведения самими несовершеннолетними порочного образа жизни, а равно нищенство или бродяжничество; 6) занятия всякого рода торговлей.

В постановлении ВЦИК и Совнаркома РСФСР от 8 марта 1926 г. «Об утверждении положения о мероприятиях по борьбе с детской беспризорностью в РСФСР» определение понятия беспризорности изложено крайне сжато, с уклоном в сторону перечисления форм беспризорности (Н. С. Сажина Проблема беспризорности в 1920-е гг.: сущность и причины / Н. С. Сажина [электронный ресурс]: режим доступа http://do.teleclinica.ru/184639/).

Первое наиболее полное, но не законодательное определение беспризорности можно найти в Большой Советской Энциклопедии, изданной в 1930 году. Термина «безнадзорность» Большая Советская Энциклопедия не содержала, однако это понятие в современном его значении входило в смысл общего понятия детской беспризорности. В официальных документах периода становления Советской власти также вместо терминов «безнадзорность» и «беспризорность» фигурировало понятие детской беспризорности, объединявшее в себе по смысловой нагрузке оба этих термина. Таким образом, в 20 – 30-е годы XX века различия между понятиями «беспризорность» и «безнадзорность» практически не существовало.

Термин «безнадзорность» в сочетании с термином «детская беспризорность» появился в официальных документах, а также в законодательных актах только с 1935 года. В годы Великой Отечественной войны в постановлениях Правительства также использовались оба термина, однако их определений в законодательных актах того времени не было (Бреева Е. Б. Социальное сиротство. Опыт социологического обследования /Бреева Е. Б.// Социс. – 2004. – № 4 (240). – С. 45).

Законодательство Украины об основах социальной защиты бездомных лиц и беспризорных детей основывается на Конституции Украины и состоит из законов Украины «Об основах социальной защиты бездомных лиц и беспризорных детей» от 02.06.2005 года, «О социальных услугах» 2003 г. «Об охране детства» 2001 г., «Об обеспечении организационно-правовых условий социальной защиты детей-сирот и детей, лишенных родительской опеки» 2005 г., «О жилищном фонде социального назначения» 2006 г., «О свободе передвижения и свободном выборе места проживания в Украине» 2004 г., Указов Президента Украины «О первоочередных мерах по защите прав детей» от 11.07.2008 № 1086, «О дополнительных мерах по защите прав и законных интересов детей» от 04.05.2007 № 376 и «О мерах по обеспечению защиты прав и законных интересов детей» от 05.05.2008 № 411 и других нормативно-правовых актов. Так же были разработаны ряд государственных программ, направленных на преодоление причин и условий, способствующих распространению детской безнадзорности и беспризорности. В первой государственной программе по предот-

вращению детской безнадзорности 2003 года впервые на уровне государства был определен комплекс мероприятий, которые способствовали решению указанной проблемы. В отношении определении терминологии надо сказать, что ни первая, ни вторая государственная программа по преодолению детской беспризорности и безнадзорности на 2006-2010 четко не определили такие понятия как «беспризорность» и «безнадзорность». Говоря о «беспризорности» и «безнадзорности» как о социальном явлении. Согласно второй государственной программе беспризорными и безнадзорными детьми являются дети, которые были покинуты родителями или сами покинули семью, в которой не создано нормальных условий для жизни и полноценного развития, занимающиеся бродяжничеством, попрошайничеством, кражами, систематически употребляющие алкогольные напитки, токсичные и наркотические вещества.

На сегодняшний день основным законом, определяющим терминологию и положение беспризорных и безнадзорных детей, является закон Украины «Про основы социальной защиты бездомных лиц и беспризорных детей» от 02.06.2005 года. В нем устанавливаются такие понятия как «бездомность», «бездомное лицо», «беспризорное лицо», «беспризорные дети», «дети-сироты». Надо отметить, что данные определения далеки от совершенства, некоторые страдают явными неточностями и тавтологией. Например, такое понятие как «бездомное лицо» – лицо, которое находится в социальном положении бездомности. Определение понятия через это же понятие. Далее: к бездомным лицам принадлежат беспризорные лица и лица, которые имеют убежище. Возникает вопрос, что понимать под понятием «убежище»? Понятие «беспризорного лица» непонятно зачем ограничивается ещё и возрастными рамками («беспризорное лицо – совершеннолетнее лицо»), после чего ниже дается определение «беспризорных детей».

Все эти неточности порождают определенную путаницу при определении тех категории лиц, на которых распространяется действие данного закона и государственной программы, что снижает эффективность борьбы и профилактики с данным явлением. Данная ситуация требует дальнейшего изучения и усовершенствования.

Калініна А. В.

Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, аспірант

ЗЛОЧИННІСТЬ ІНОЗЕМЦІВ ТА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА ЯК ВАГОМА СКЛАДОВА ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ

Міграція в сучасному світі все більше набуває глобального характеру. Зміна місця проживання для людини є природним процесом, пов'язаним з її прагненням до покращення умов життя. Але міграційні

процеси на рубежі XX – XXI ст. набули настільки масштабного характеру, що їх почали порівнювати з Великим переселенням народів середньовічної доби. Найбільші потоки мігрантів прямують із країн так званого Третього світу до індустріально розвинених регіонів Північної Америки та Європи. Процес міграції охоплює два явища: еміграцію (виїзд громадян за межі країни проживання в іншу країну на довгострокове перебування або постійне проживання, який обов'язково передбачає перетинання державного кордону) та імміграцію (в'їзд громадян інших держав у країну на довгострокове перебування або постійне проживання).

Імміграція з моменту її наукового виокремлення як особливого суспільного феномену завжди розглядалася в якомусь контексті – економічному чи соціальному, історичному чи культурному, демографічному чи етнічному. Імміграційні процеси зазвичай сильно детерміновані змінами, які відбуваються в житті суспільства, і в цьому сенсі вони є своєрідним індикатором розвитку будь-якої з його сторін – політичної, правової, економічної, етносоціальної и. т.п., тобто охоплюють декілька аспектів одночасно (Черепанов И. З. Вопросы исследования иммиграции в контексте безопасности // Юридические науки. – 2007. – № 4. – С. 34).

Для приймаючих держав імміграція є одночасно і вирішенням, і джерелом проблем. З одного боку, саме за рахунок міграції заповнюються прогалини в галузях народного господарства. З іншого боку, імміграція робить свій вклад у загострення соціальних, політичних та соціально-психологічних проблем у приймаючих державах (Малахов В. С. Иммиграционные режимы в государствах запада и в России: теоретико-политический аспект. Часть I // Полис. – 2010. – № 3. – С.60). Іммігрантами окрім громадян іноземних держав є також особи без громадянства.

Імміграційні процеси не оминають своїм впливом і криміногенну ситуацію в державі. Контент-аналіз повідомлень у засобах масової інформації загострює увагу на актуальності дослідження цього аспекту української злочинності. У спектрі уваги вищезазначеної проблеми знаходяться злочини, які вчиняються іноземними громадянами (особами без громадянства), що короткостроково знаходяться на території України (наприклад, приїхали у гості до родичів чи у відпустку), іноземними громадянами (особами без громадянства), які обирають Україну як транзитну державу на шляху до Російської Федерації чи держав Євросоюзу та іноземними громадянами (особами без громадянства), які тривалий час знаходяться в Україні через різні причини і обставини.

Офіційні статистичні дані останніми роками підтверджують стабільну тенденцію до зростання кількості злочинних діянь, які вчиняються іноземними громадянами (статистика злочинів, вчинених особами без громадянства офіційно не ведеться). Так, за статистичними даними МВС України кількість злочинів загальнокримінальної спрямованості, скоєних

іноземними громадянами у 2008 році становила 2788 діянь, у 2009 – 2998, у 2010 – 3524, у 2011 – 3778, у перші 9 місяців 2012 року – 2874 діяння (після набуття чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року відбулися зміни у статистичному обліку МВС). Зростає і кількість іноземних осіб, які вчинюють злочини: у 2008 році цей показник складав 1722 особи, у 2009 – 1727, у 2010 – 2134, у 2011 – 2651, у перші 9 місяців 2012 року – 1924 особи.

Тобто імміграційні процеси в Україні здійснюють досить суттєвий негативний вплив на кримінологічну безпеку країни. Російські кримінологи визначають цей вид державної безпеки як об'єктивний стан захищеності життєво важливих та інших істотних інтересів особи, суспільства та держави від злочинних посягань, які породжуються різного роду криміногенними факторами (явищами та процесами), а також усвідомлення людьми такої своєї захищеності (Див. Нечевина Н. Д., Плешаков В. А. Криминологическая безопасность в системе общественной безопасности. 1999, с.138).

Однією з основних проблем, пов'язаних з міграцією населення, є значна кількість нелегальних іммігрантів. Такі особи не тільки повноцінно не користуються власними правами, але й не можуть виконувати обов'язки, визначені державою. До того ж зв'язок нелегальних міграційних процесів із організованою злочинністю та тероризмом стає дедалі очевиднішим.

Необхідно також зазначити, що злочинність іммігрантів характеризується високим рівнем латентності, оскільки вона фіксується саме як злочинність іноземців (осіб без громадянства) лише в разі розкриття злочину та виявленні винного. Об'єктивно існують певні труднощі в розкритті такого роду справ, оскільки злочин може бути вчинено особою, яка перебувала на території України нетривалий час та на момент виявлення злочину могла вже виїхати за межі держави, на відміну від осілих іммігрантів, які тривалий час проживають в Україні, поступово асимілювалися чи можуть бути вже вивчені з точки зору спрямованості їх протиправних діянь, зв'язків з кримінальною спільнотою тощо.

Отже, виходячи з класичного визначення злочинності, злочинність іноземців та осіб без громадянства можна визначити як відносно масове, історично мінливе соціальне явище, яке має певну територіальну і часову поширеність, являє собою цілісну, засновану на статистичних закономірностях систему одиничних суспільно небезпечних діянь, заборонених кримінальним законом, суб'єктом яких є іноземець або особа без громадянства (Кримінологія: Загальна та Особлива частини: за заг. ред. проф. В. В. Голіни. 2009, с. 23).

Таким чином, злочинність іноземців та осіб без громадянства є важливою складовою української злочинності, що підтверджується офіційними статистичними даними, рівнем латентності та зростаючою кількістю повідомлень у засобах масової інформації про непоодинокі випадки злочинної діяльності цієї категорії осіб.

Мірошниченко І.С.
Національна академія прокуратури України,
здобувач кафедри кримінального права та кримінології

ШАХРАЙСТВО ЯК РІЗНОВИД ЗЛОЧИННИХ ПРОЯВІВ ЩОДО ОСІБ ПОХИЛОГО ВІКУ

Шахрайство, тобто заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою, відноситься до категорії злочинів проти власності.

Злочинний результат при шахрайстві, на відміну від інших злочинів, досягається специфічним способом, через «посередницьку» діяльність самої жертви, яка полягає у безпосередній участі постраждалого при передачі майнових цінностей злочинцю, тобто у добровільності дій жертви (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Каннон, А.С.К., 2003, с. 476). Враховуючи вказане, важко переоцінити важливість дослідження характерних властивостей потерпілого та його поведінки у вказаній категорії злочинів.

Протягом останніх років злочинність у сфері шахрайства має стійку тенденцію до зростання. Так, відповідно до статистичних даних МВС України, за 9 місяців 2012 року в Україні зареєстровано понад 20 тис. таких злочинів, що на 10,7 % більше ніж за аналогічний період 2011 року (близько 18 тис.). При цьому рівень їх розкриття у значній мірі не перевищує половини зареєстрованих (12 тис. із загальної кількості). Крім того викликає занепокоєння значний залишок нерозкритих злочинів минулих років, який становить близько 95 тис. шахрайств. (Офіційний веб-сайт Міністерства внутрішніх справ України [Електронний ресурс] – http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/813157 – посилання станом на 16.04.2013).

Надзвичайно високий рівень латентності шахрайства не дозволяє однозначно робити висновки не тільки про фактичну кількість суспільно небезпечних діянь, які містять ознаки шахрайства, але й про реальні тенденції у динаміці показників цього виду злочинів. (Мельник А. Мошенничество // Законность. – 2002. – № 6, с. 33).

Приховування особами похилого віку фактів вчинення щодо них корисливих злочинів, у тому числі, шахрайства, може бути наслідком багатьох причин. Так, до них можливо віднести необізнаність потерпілих похилого віку щодо того, як діяти у таких випадках. Інші літні люди не повідомляють про вчинені відносно них злочини своїм рідним та близьким через почуття ніяковості, сорому та ошуканості. У окремих випадках злочинці залякують потерпілих, яким бракує сміливості заявити про вчинені щодо них злочини до правоохоронних органів.

Як зазначає Мусієнко О. Л., для досягнення своєї мети шахраї найчастіше використовують такі види психологічного впливу як: інформування (передача інформації), переконання (вплив з метою змінити позицію, або поведінку жертви), навіювання (вплив, що пов'язаний зі зниженням свідомості й критичності до одержаної інформації) (Мусієнко О. Л. Теоретичні засади розслідування шахрайства в сучасних умовах: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / О.Л. Мусієнко. – Х., 2007, с.14). Обман та зловживання довірою як способи вчинення шахрайства, зазвичай, проявляються у активних діях злочинців (повідомлення неправдивої інформації щодо будь-яких подій, обставин, фактів).

Нерідко вирішальним фактором при вчиненні злочинів відносно літніх осіб стає відсутність у них, з огляду на вік, сучасних правових знань, нерозуміння швидкоплинних ринкових процесів. На цьому тлі найбільшого поширення останніми роками набули такі різновиди шахрайств: отримання банківських кредитів від імені інших осіб, фіктивні угоди з нерухомим майном (купівля-продаж, обмін, оренда житла), вигадані повідомлення від імені співробітників міліції з використанням стільникового (мобільного) зв'язку про можливість звільнення нібито затриманих родичів від кримінальної відповідальності за певну (негайну) винагороду, розіграші цінних подарунків, передоплати за товар, бонусні компенсації на лікарські засоби, пропозиції безкоштовної (заниженої вартості) продукції тощо.

Останнім часом одинокі особи похилого віку дедалі частіше стають потерпілими внаслідок укладення договорів довічного утримання взамін належних їм об'єктів нерухомості, насамперед, житла. Для прикладу можна навести події у Кримській автономії, які свого часу набули широкого розголосу.

Так, вироком Київського районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим декілька років тому було засуджено громадянина К. (авт.), який обманом заволодів квартирами чотирьох одиноких літніх людей, уклавши з ними завідомо невиконувані договори довічного утримання. Суд встановив, що троє з потерпілих на час укладення угод не могли усвідомлювати своїх дій та керувати ними. Ухвалою Верховного Суду України від 04.02.2010 № 5-5010км09 постановлені судами рішення залишено без змін.

Разом із тим, слід визнати, що більшість подібних шахрайських дій не знаходять своєї правової оцінки у кримінальному судочинстві з огляду на довготривалу підготовку схем заволодіння чужим майном та фактичну правову безграмотність, з огляду на вік, літніх людей.

Всі види шахрайств, у тому числі, вищенаведені, безпосередньо пов'язані з фізичним станом літніх осіб, зокрема з властивими для їхнього віку вадами їх зору, слуху, уваги та пам'яті. Окремо слід вказати на такі

характерні для літніх людей ознаки, як неуважність, необізнаність та надмірну довірливість, недостатнє матеріальне забезпечення, соціальну незахищеність, а також одинокість.

Жертвами шахрайства, зазвичай, стають особи, які довіряють власній інтуїції і легко погоджуються на переконання, оскільки шахраї досить часто використовують при спілкуванні відповідні психологічні прийоми. Крім того, особам похилого віку можуть бути властиві такі психологічні особливості як низький самоконтроль, імпульсивність, схильність до випадкових рішень, надмірна самовпевненість, необов'язковість чи, навпаки, занижена самооцінка, емоційна неврівноваженість.

Таким чином, можливо зробити висновок, що шахрайські дії щодо осіб похилого віку обумовлені специфічними якостями особистості літніх людей. Саме тому їх дослідження сприятиме визначенню шляхів віктимологічної профілактики як перспективного напряму у протидії злочинності.

Ромашова М. М.

Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, аспірант кафедри кримінології, конфліктології та соціології

ПРИЧИНИ Й УМОВИ УМИСНОГО ЗНИЩЕННЯ МАЙНА ШЛЯХОМ ПІДПАЛУ АБО ВИБУХУ

Неодмінною вимогою своєчасного попередження умисного знищенням майна шляхом підпалу або вибуху (ч. 2 ст. 194 Кримінального кодексу України), як резонансного злочину із великою суспільною небезпекою, що посягає на захищені Конституцією України цінності, спричиняє значну матеріальну, моральну шкоду людині й державі, є знання уповноважених підрозділів ОВС щодо причин і умов їх учинення.

Проведений нами аналіз літератури дає змогу констатувати, що основними причинами й умовами перетворення підпалів і вибухів у інструмент вирішення побутових, соціально-економічних і навіть політичних питань в українському суспільстві переважно є наступні:

– порушення стійких соціальних зв'язків між людьми, збільшення психологічних навантажень, стресів і емоційних зривів, породжувані необхідністю адаптації до нових економічних умов, культ насильства й жорстокості, авторитет силового вирішення будь-яких конфліктів;

– неефективна діяльність правоохоронних органів щодо контролю за психічно хворими особами, які стоять на обліку в лікувальних закладах і страждають на піроманію, а також проведення з ними профілактичної роботи;

– недостатньо ефективна діяльність правоохоронних органів щодо контролю за особами, які мають офіціальний допуск до робіт із застосуванням вибухівки;

– зміна соціальної структури суспільства (поява великої кількості безробітних, що мають високу кваліфікацію, зокрема в області вибухової справи; створення різноманітних формальних і неформальних організацій, що здійснюють спеціальну військову підготовку своїх членів);

– негативні наслідки невдалих реформ в Збройних силах – відтік висококваліфікованих військових фахівців до організованих злочинних груп, слабкий контроль за зберіганням боєприпасів і вибухових речовин у місцях постійної дислокації військ;

– розвиток промисловості й сучасних технологій, що дозволяє створювати засоби подвійного призначення – комунікаційні зв'язки (радіотелефони, пейджери, оптоволоконні системи, стільникові телефони), джерела живлення (багатофункціональні, комбіновані батареї й акумулятори), високодозвільні автоматичні системи контролю й охорони (чутливі датчики, реле, підсилювачі й мікропроцесори – аналізатори), які можуть бути використані як компоненти детонаторів саморобних вибухових пристроїв різного призначення й принципу дії;

– інформаційна революція, пов'язана з широким впровадженням комп'ютерних (цифрових) технологій, а також безконтрольний потік «вільних» публікацій (зокрема екстремістського характеру). Інформація, що стосується закритої тематики (зазвичай, секретної), стала доступною для всіх, хто цікавиться;

– відсутність єдиного підходу, скоординованих дій між правоохоронними структурами, уповноваженими здійснювати протидію окремим супутнім злочинам (наприклад, незаконному обігу вибухових речовим і пристроїв), що виступає важливою передумовою ефективного попередження умисного знищення майна шляхом підпалу або вибуху тощо.

Вказані, як втім і інші причини і умови умисного знищення майна шляхом підпалу або вибуху визначають сутність попереджувальних заходів ОВС, основні з яких можна поділити на загальні й спеціальні.

До основних попереджувальних заходів відносяться:

– створення державою належних умов для забезпечення захисту життя і здоров'я людини від протиправних посягань;

– протидія зростанню культу насильства, жорстокості, авторитету силового вирішення будь-яких конфліктів;

– покращення економічного і соціального забезпечення населення;

– контроль за створенням різноманітних формальних і неформальних організацій військового типу;

– проведення масово роз'яснювальної роботи з питань кримінальної відповідальності за умисне знищення майна шляхом підпалу або вибуху тощо.

До спеціальних попереджувальних заходів відносяться:

– шляхом перевірки заяв і повідомлень громадян виявлення осіб, від яких судячи за їхньою поведінкою можна чекати учинення зазначе-

них злочинів, проведення з ними індивідуальної профілактичної роботи, у тому числі з залученням людей, які користуються довірою, авторитетом, мають позитивний на них вплив;

– виявлення осіб, які можуть бути причетні до незаконного виготовлення, збуту й використання легкозаймистих сумішей, вибухових речовин і вибухових пристроїв, спонукання їх до відмови від учинення протиправних дій;

– налагодження чіткої координованості дій між правоохоронними структурами, уповноваженими здійснювати попередження умисного знищення майна шляхом підпалу або вибуху;

– штучне створення умов, що виключають можливість учинення злочинних дій (наприклад, адміністративне затримання, вилучення легкозаймистих сумішей, вибухових речовин тощо).

Викладені причини й умови умисного знищення майна шляхом підпалу або вибуху як втім і напрями його попередження не є вичерпаними, а в деяких випадках є дискусійними. Сподіваємося на їх обговорення між учасниками міжнародної науково-практичної конференції.

Чернишов Г. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права

ПЕРЕДУМОВИ ТІНІЗАЦІЇ БУДІВЕЛЬНОЇ СФЕРИ УКРАЇНИ

Говорячи про процеси тінізації у тій чи іншій сфері економіки, перш за все, необхідно проаналізувати об'єктивні чинники, які зумовлюють негативні тенденції її розвитку.

На сьогодні ситуація на легальному будівельному та житловому ринках характеризується рядом проблем, зокрема:

1) різке зниження темпів будівництва з часу отримання Україною незалежності;

2) соціальна напруга та незадовільне забезпечення населення житлом;

3) незадовільне вирішення питання оновлення застарілого житлового фонду (кожен третій будинок потребує капітальної реконструкції) тощо.

На фоні цих проблем спостерігаються процеси тінізації та криміналізації відносин у будівельній сфері.

Проаналізувавши дані Державного комітету статистики України, зазначимо, що будівництво житла після здобуття Україною незалежності значно скоротилося. Так, кількість збудованих квартир різко зменшилась з 279 тисяч квартир у 1990 році до 118 тисяч у 1995 році. Далі темпи будівництва впали ще більше: до 63 тисяч у 2000 році, 62 тисяч у 2003 році. Відносне збільшення будівництва житлової нерухомості розпочалось лише з 2005 року: до 76 тисяч збудованих квартир у 2005 році, 82 тис. – у

2006, 95 та 94 тисяч – у 2007 та 2008 роках відповідно. Але через кризу у 2009 році темпи будівництва знову зменшилися: в 2009 році до 66 тисяч, а у 2010 – до 77 тисяч квартир на рік. В 2011 та 2012 роках було збудовано 83 та 91 тисяч квартир відповідно.

Для переконливості порівняємо ці дані у контексті доволі різкого падіння показників отриманого житла особами, які «стоять у черзі» на його отримання, на противагу доволі повільному скороченню кількості таких осіб. Так, згідно с офіційними статистичними даними кількість сімей та одинаків, які перебували квартирному обліку на кінець звітного року скоротилася з 2638000 у 1990 році до 2411000 у 1995 році, а у 2011 році до 1084000. А кількість сімей та одинаків, які одержали житло протягом року, з кожним роком все меншає: 235000 у 1990 році, 82000 у 1995 році, 7000 у 2011 році (Дані Державного комітету статистики України [Електронний ресурс]. – Режим доступу – http://www.ukrstat.gov.ua/).

Окрім цього в Україні доволі гострою та нагальною є проблема оновлення застарілого житлового фонду, в тому числі шляхом реконструкції застарілих об'єктів. Адже проживання в таких домах та квартирах не тільки викликає чисельні незручності (необхідність постійного ремонту тощо), але й може загрожувати здоров'ю й навіть життю її мешканців та інших осіб.

Згідно з офіційними статистичними даними (на 01.01.2004 р.) кожен третій будинок потребує капітального ремонту. В аварійних та вкрай застарілих будинках мешкає більш, ніж 300 тисяч мешканців, які вже зараз потребують відселення з наданням необхідного житла.

Невідкладного відновлюючого ремонту потребують близько 60 % (43 млн.кв.м), а 0,8 – 1,2 % (до 7,8 млн. кв. м) невідкладного відселення, вкрай застарілі та аварійні будівлі складають від 0,4 до 0,8 %, або більш ніж 4 млн. кв. м. Виникає глобальна проблема масового відселення з будинків сотень тисяч сімей. Для цього, навіть по нині існуючих соціальних нормах, потрібно буде побудувати в 1,5 раз більше нових жилих площ, а це близько 300 млн. кв. м (Неурядова програма масового оновлення та збереження житлового фонду України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу – http://www.politics.in.ua/index.php?go=News&in=view&id=10945).

Як бачимо, проблема забезпечення населення житлом вирішується повільними темпами, тобто «квартирне питання» для багатьох сімей залишається невирішеним.

Висока ринкова вартість житла й фактична неможливість його придбати за власні кошти для більшості громадян України ще більше загострює соціальну напругу навколо цієї проблеми. Цікаву та наглядну інформацію щодо цін на житло та перспектив його придбання надало інтернет-видання «Кореспондент» з посиланням на ФИНАНСЫ bigmir) net. Як підрахувало видання, киянам потрібно 110 років, щоб купити елітне житло і майже 15 – щоб накопичити на звичайну двокімнатну квар-

тиру, і це – відкладаючи практично всю зарплату (за умови, що середня зарплата дорівнює 4800 грн. на місяць) (Цифры: Сколько лет украинцу нужно копить на квартиру // [Электронный ресурс]. – Режим доступа – http://korrespondent.net/business/realestate/1339316-cifry-skolko-let-ukraincu-nuzhno-kopit-na-kvartiru).

Слід констатувати, що помітною є тенденція збільшення фінансування будівництва житла шляхом залучення коштів фізичних осіб. Так, житлове будівництво протягом 2006-2010 рр. здійснювалось переважно за рахунок залучення коштів громадян (64,3 %).

Без сумніву, перераховані вище обставини, що існують в секторі легального будівництва, детермінують та зумовлюють процеси його тінізації та криміналізації.

Тінізація будівельної сфери полягає, перш за все, у:

1) порушеннях під час ведення будівельної діяльності:

– самовільне будівництво;

– порушення державних норм, стандартів будівельної діяльності тощо;

2) порушеннях вимог податкового законодавства під час проведення будівельної діяльності;

3) порушеннях трудового законодавства (як правило, осіб, занятих у будівництві);

4) фінансових порушеннях:

– осіб, котрі виступають інвесторами будівництва;

– осіб, котрі здійснюють кредитування будівельної діяльності тощо.

Як вказує Борін Б. В., правопорушення в будівництві відбуваються на всіх стадіях технологічного циклу – виділення органами влади земельних ділянок під забудову, залучення підрядчиків, кредитів та інвесторів, процес будівельно-монтажних робіт, процедура прийому збудованого об'єкту (здачі в експлуатацію), реалізація квартир на первинному ринку, перепродаж квартир через ріелторські фірми або «чорних» маклерів на вторинному ринку (Борин Б. В. Характеристика криминогенной обстановки в строительной сфере // Российский следователь. – 2007. – № 11. – с. 17).

Окремої уваги заслуговує небезпечне явище фінансового шахрайства в будівельному бізнесі. Попова І.М. звертає увагу на існуванні тенденції збільшення випадків вчинення таких шахрайств: у 2000-2003 рр. – 58 випадків; 2006-2010 рр. – 286 випадків (Попова І.М. Розслідування шахрайств, пов'язаних із залученням коштів громадян на будівництво житла: автореф. дис. .. канд. юрид. наук : 12.00.09 / І.М. Попова ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2011. – с. 1). Збитки від таких діянь, які завдаються перш за все приватним інвесторам, сягають сотні мільйонів гривень.

Отже, в будівельній сфері України, яка без перебільшень є вкрай важливою для національно економіки, існує ряд актуальних проблем. Чи не головною серед таких проблем є процеси тінізації та криміналізації галузі.

Слободзян А. П.
Національна академія прокуратури України, здобувач

ПРОБЛЕМИ ДЕТЕРМІНАЦІЇ СЛУЖБОВОГО ПІДРОБЛЕННЯ

Дедалі більше розширюються сфера й способи використання документів як засобів фіксації інформації. Одночасно офіційні документи частіше стають предметом злочинних зазіхань або виступають засобами вчинення злочину. Перекручення істини в офіційному документі службовою особою з використанням свого службового становища виявляється тільки в її активній поведінці і може бути вчинене однією з декількох альтернативно передбачених у ч. 1 ст. 366 КК України дій: внесення до документів неправдивих відомостей; інше підроблення документів; складання неправдивих документів; видача неправдивих документів.

Службове підроблення є досить поширеним злочином у сфері службової діяльності. Так, за інформацією МВС України за 2007 рік, службові підроблення складають 44 %, у 2008 та 2009 – 49 %, у 2010 – 46 %, 2011 – 40 %, а за 9 місяців 2012 – 42 % (Звітність про злочинність МВС України, Форма № 1) від загальної кількості службових злочинів, займаючи чільне місце у структурі цього різновиду злочинності.

Простежуючи зростання службових підроблень, варто визначити причини та умови, що спонукають, дозволяють та призводять до їх скоєння. Причини службового підроблення, як і саме життя, постійно змінюються та доповнюються залежно від умов, що оточують особу, тому вказати вичерпний перелік причин та умов неможливо. Фахівці називають причинами злочинності всі обставини, без яких злочинність не могла б виникнути та існувати, підкреслюючи, що причинами конкретного злочину є умови, які зацікавлюють та мотивують до скоєння злочину (Шаргородский М. Д. Преступность, ее причины и условия в социалистическом обществе. 1966, с. 30). Водночас Г. Ф. Хохряков, досліджуючи причини та умови злочинності, слушно наголошував на постійній їх зміні, оскільки в кожному конкретному кримінологічному дослідженні «причиною стає те, що в іншому було умовою, і навпаки» (Хохряков Г. Ф. Криминология. 2002, с. 31). З огляду на викладене вище комплекси причин і умов, спільна дія яких викликає наслідок – службове підроблення – називаються кримінологічними детермінантами (Там само с. 32).

При дослідженні детермінант службового підроблення слід виходити з того, що злочинність об'єктивно пов'язана з багатьма економічними, соціальними, суспільно-психологічними, організаційно-управлінськими й іншими процесами та обставинами. Потрібно враховувати, що життя службової особи протікає в межах відомих об'єктивних умов, у зв'язку з якими згідно з її характером у неї виробляються відповідні цілі і способи їх реалізації. Людина хоче мати родину, досягти належного соціального статусу, службового, майнового стану, зробити кар'єру, забезпечити собі певний рівень добробуту тощо, обираючи для цього певні шляхи, і якими

прямує мірою своїх здібностей, енергії і готівкових коштів. З уміння її досягти життєвих цілей і певного рівня добробуту з'являються більш-менш сильні навички уникати всього, що може перешкодити цьому, зруйнувати або загальмувати уклад життя (С. В. Познышев Криминальная психология. Преступные типы. Ел. ресур. http://yurpsy.fatal.ru). Отже, взаємодія службової особи та середовища, що її оточує, іноді призводить до незаконних дій – службового підроблення. Г. Ф. Хохряков підкреслював важливість оточення, в якому знаходиться особа, вказуючи, що «важливіше не те розуміння сенсу життя, яке закладено у сформованому світогляді, а ситуація, що пробуджує у свідомості вищі цінності і спонукає до дії», та через які особа намагається «реалізувати свої ідеали в різних життєвих ситуаціях» (Хохряков Г. Ф. Криминология. 2002, с. 39).

Розглядаючи проблеми визначення причин та умов службового підроблення, варто виходити з того, що з розвитком держави і суспільства потреби службових осіб розширюються, примножуються, ускладнюються та змінюються, і не лише кількісно, але й якісно. Разом зі змінами соціально-економічних умов потреби урізноманітнюються, змінюється їхня структура, пріоритетність, вчасне визначення яких надасть можливість більш суворого контролю та реагування у певних напрямах службової діяльності, які породжують службові підроблення.

Незмінною залишається і особиста зацікавленість службової особи – досить часто це корисна мета. Мотивація, що спонукає до скоєння цього злочину, створюється, підтримується й поновлюється людьми. Отож, саме сфера соціальних відносин, в якій можливе вчинення підроблення, зокрема недосконаліть нормативного регулювання державного управління та місцевого самоврядування, і є об'єктивними обставинами, які визначають умови службового підроблення. Отож підготовка та скоєння правопорушення є наслідком не тільки рис характеру самого злочинця, а й потреб, які ставить перед собою особа, та методів отримання бажаного.

Сукупність соціально значимих властивостей службової особи та морально-психологічні якості, що впливають у поєднанні із зовнішніми умовами на формування рішення про скоєння підроблення та подальшу злочинну поведінку, виокремлюють таку людину з-поміж інших членів суспільства. Службові особи розглядають підроблення документів як альтернативу вирішення питань на різних рівнях та напрямах. Їхні злочинні дії полягають в аналізі інформації і розрахунку наслідків, при цьому особа вивчає й оцінює наявні можливості та потенційний прибуток в кожному випадку, звертаючи особливу увагу на формальний ризик вчинення злочину. Характерним є невизнання принципів законності та справедливості, яке перебуває в безпосередньому зв'язку з негативним ставленням цих осіб до суспільних інтересів, з гіпертрофованим пріоритетом особистих потреб (найчастіше корисливих), з прагненням до незаконного збагачення, реалізації своїх цілей протиправним шляхом, з використанням свого

службового становища. У більшості випадків зовсім не матеріальні труднощі, а саме низький моральний рівень і нехтування усталеними нормами закону спонукають службових осіб до підробки.

Таким чином, детермінанти службового підроблення визначаються як соціальне явище, що охоплює всю сукупність об'єктивних недоліків у сфері соціальних відносин, пов'язаних з державним управлінням та місцевим самоврядуванням, а також наявність специфічних соціально значимих властивостей та морально-психологічних якостей службової особи, які призводять до вчинення певних усвідомлених діянь, пов'язаних з неправомірним використанням особами наданих їм службових повноважень та існуючих можливостей з метою задоволення особистих інтересів чи інтересів третіх осіб.

РОЗДІЛ 21
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

Підрозділ 21.1
Проблеми реалізації норм нового кримінального процесуального законодавства

Аленін Ю. П.
Національний університет «Одеська юридична академія», завідувач кафедри кримінального процесу, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України

ПІДСТАВИ ЗУПИНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

Зупинення досудового розслідування – це вимушене тимчасове зупинення прокурором, слідчим процесуальної діяльності в кримінальному провадженні, яке викликане наявністю обставин, які не перешкоджають подальшому провадженню і закінченню досудового розслідування. Ці обставини визначені законом (ч. 1 ст. 280 КПК). Перерва триває до тих пір, поки ці обставини не будуть усунені або не щезнуть за об'єктивними причинами.

Перелік підстав для зупинення розслідування, передбачений ч. 1 ст. 280 КПК, є вичерпним. Ніякі інші обставини, що перешкоджають закінченню слідства (наприклад, відсутність або хвороба свідка, неможливість їх явки до місця проведення розслідування, тривале проведення експертизи, від'їзд підозрюваного у відрядження або за кордон та ін., в тому числі надумані причини) не можуть слугувати підставою для зупинення провадження. В такому випадку досудове розслідування повинно тривати, а якщо при цьому закінчується строк досудового розслідування, то необхідно порушити клопотання про продовження досудового розслідування.

П. 1 ч. 1 ст. 280 КПК у якості підстави до зупинення називає те, що підозрюваний захворів на тяжку хворобу, яка перешкоджає його участі в кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком.

В законі не наводяться ні ознаки тяжкого захворювання, ні перелік таких захворювань. Загальною умовою є неможливість участі підозрюваного в провадженні, яка перешкоджає розслідуванню. Захворювання підозрюваного може бути підставою для зупинення досудового розслідування тільки в разі наявності висновку (довідки) лікаря, висновку судово-медичної або судово-психіатричної експертизи, де видно, що воно: а) тяжке, тобто таке, при якому стан здоров'я підозрюваного тривалий час не

дозволяє допитати його, залучити його до участі в інших слідчих (розшукових) діях; б) не хронічне, а тимчасове, яке піддається лікуванню і можна чекати видужання підозрюваного. Інакше необхідно буде вирішувати питання про звільнення підозрюваного від кримінальної відповідальності у зв'язку з тим, що внаслідок зміни обстановки особа перестала бути суспільно небезпечною (ст. 48 КК), а при хронічному душевному захворюванні, яке потребує тривалого часу лікування із застосуванням примусового заходу медичного характеру, складати клопотання про застосування цих заходів (ст. 292 КПК, Гл. 39 КПК).

У тих випадках, коли у зв'язку з психічним захворюванням підозрюваного і сумнівами відносно його осудності проводиться стаціонарна психіатрична експертиза (ч. 2 ст. 509 КПК), кримінальне провадження зупинятися не повинно. Призначення та проведення експертизи є слідчою дією, а тому під час її проведення розслідування триває. В разі, коли розслідуванням буде встановлено, що підозрюваний після вчинення кримінального правопорушення тимчасово тяжко захворів, то слідчий припиняє провадження з дотриманням вимог частини 1 п. 1 ст. 280 КПК до видужання підозрюваного. При цьому обраний стосовно підозрюваного запобіжний захід може бути залишений без зміни, або скасований, а після видужання підозрюваного розслідування відновлюється і закінчується провадженням на загальних підставах (ст. 282 КПК).

Якщо особа скоїла правопорушення в стані неосудності, або захворіла після його вчинення невиліковною душевною хворобою, що підтверджено висновком експертизи, то в такому разі мова про зупинення розслідування йти не може. Розслідування продовжується, але вже за правилами, передбаченими Гл. 39 КПК, щодо провадження про застосування примусових заходів медичного характеру.

Після одужання особи, яка захворіла в період розслідування тимчасовим психічним розладом, суд своєю ухвалою на підставі висновку лікувальної установи і у відповідності з положенням ст. 515 КПК скасовує застосування примусових заходів медичного характеру і направляє матеріали кримінального провадження для продовження досудового розслідування.

Наступною підставою зупинення КПК є така, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності і його місцезнаходження невідоме. Досудове розслідування зупиняється, якщо підозрюваний свідомо переховується від органів слідства та суду і прокурор, слідчий мають про це достовірні дані.

Таким чином, суть цієї підстави полягає в тому, що слідчий або прокурор знає, хто вчинив кримінальне правопорушення, але не знає, де ця особа знаходиться. Причому, місцеперебування підозрюваного може бути невідоме в силу різних причин і вони обов'язково повинні встановлюватися, оскільки кожна з них тягне за собою різні кримінально-процесуальні

та кримінально-правові наслідки. Так, коли підозрюваний відомий, але невідоме його місцезнаходження та він не має мети переховуватися від органів слідства і суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності, то перебіг строків давності притягнення до кримінальної відповідальності не зупиняється і після їх закінчення кримінальне провадження повинно бути закрито. Коли ж особа свідомо переховується від органів слідства та суду – це обумовлює можливість її затримання, обрання щодо неї більш суворого запобіжного заходу або навіть притягнення до кримінальної відповідальності, наприклад, якщо переховування було пов'язане із втечею з під варти. Крім того, у цьому випадку перебіг строків давності зупиняється і відновлюється лише після затримання підозрюваного чи його явки (ст. 49 КПК). До зупинення розслідування слідчий, прокурор оголошує розшук підозрюваного місцезнаходження якого невідоме (ст. 281 КПК).

Новою для кримінального процесуального законодавства України є така підстава зупинення досудового розслідування наявна необхідність виконання процесуальних дій в межах міжнародного співробітництва; але обов'язковою умовою для зупинення досудового розслідування на цій підставі – це існування в матеріалах кримінального провадження запиту, який складений відповідно до ст. 552 КПК, і документів, що до нього додаються.

Зупинення досудового розслідування, коли не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, закон, на відміну від УПУ 1960 р., не передбачає. Тут мова йде про випадки, коли слідчий має достатньо доказів, що злочин мав місце, але хто його вчинив, встановити не уявляється можливим, тобто злочин залишився нерозкритим і слідчий, прокурор не виконав основного завдання стадії досудового розслідування. Слідчий, прокурор повинен продовжувати здійснювати всі можливі дії, спрямовані на розкриття злочину і встановлення особи, яка його скоїла.

Гловюк І.В.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ

Розширення меж дії принципу диспозитивності у новому КПК торкнулося у тому числі і провадження у формі приватного обвинувачення. У новому КПК у ст. 477 до кримінальних правопорушень, провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, віднесено велику кількість складів злочинів, у тому числі і тих, де публічний елемент для початку кримінального провадження не є зайвим (наприклад, ч. 1 та ч. 2 ст. 122 КК, ч. 1 ст. 139 КК, ч. 1 ст. 142 КК, ч. 1 ст. 162 КК, ст. 365^2 КК, ч. 2 ст. 126 КК, ч. 1 ст. 146 КК).

Однак, на жаль, ні в КПК, ні у роз'ясненнях Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ немає відповіді на деякі питання, що виникають у практиці, наприклад: чи необхідно приймати заяву близького родича особи, постраждалої від злочинів, передбачених ст. 477 КПК; чи повинен прокурор брати участь у судовому розгляді у провадженні, що здійснюється за злочинами, передбаченими ст. 477 КПК; чи зобов'язаний прокурор передати потерпілому наявні у нього матеріали кримінального провадження у випадку відмови від підтримання державного обвинувачення у суді; як захистити права осіб, постраждалих від злочинів, передбачених ст. 477 КПК, які через свій безпорадний стан, залежність від особи, яка вчинила кримінальне правопорушення чи з інших причин не може захистити свої законні інтереси.

Що стосується прийняття заяви близького родича особи, постраждалої від злочинів, передбачених ст. 477 КПК, то, керуючись ч. 4 ст. 214 КПК, слідчий, прокурор зобов'язані прийняти таку заяву. Адже, у відповідності до цієї норми, слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається. Крім того, можливість подання такої заяви випливає із ч. 6 ст. 55 КПК. Водночас виникає колізія із ч. 4 ст. 26, яка передбачає, що кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення розпочинається лише на підставі *заяви потерпілого* (курсив мій – І.Г.). Відповідно, для того, щоб почати це провадження, прокурор, слідчий зобов'язані забезпечити явку постраждалої особи та отримати саме від неї заяву про вчинення кримінального правопорушення.

Що стосується участі прокурора у судовому розгляді провадження у формі приватного обвинувачення, то КПК чіткої відповіді на це питання не дає. Ст. 36 у ч. 3 указує, що участь прокурора в суді є обов'язковою, крім випадків, передбачених цим Кодексом; у КПК виключень для провадження у формі приватного обвинувачення не зроблено. Однак водночас як приватне розглядається обвинувачення, якщо прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення у провадженні у формі публічного обвинувачення (ч. 5 ст. 340). Чіткої відповіді на це питання немає і у Наказі Генерального прокурора України від 19.12.2012 р. № 4гн «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні», п. 14 якого установлює: забезпечувати участь прокурора в судовому провадженні з розгляду обвинувальних актів, крім випадків, передбачених законом. Натомість, Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 03.10.2012 р. «Про порядок здійснення підготовчого судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» передбачив необов'язковість участі прокурора у провадженні, яке здійснюється у формі приватного

обвинувачення: п. 2 цього листа закріпляє, що неприбуття для участі у підготовчому судовому засіданні учасників судового провадження (крім прокурора, за винятком випадків, коли кримінальне провадження здійснюється у формі приватного обвинувачення в порядку ч. 4 ст. 26 КПК), які належним чином повідомлені про дату, час і місце проведення такого засідання, не перешкоджає його проведенню. У доктрині визнається обов'язковість участі прокурора у судовому розгляді у цьому провадженні (С.І. Перепелиця, В. Г. Пожар).

Однак, аналізуючи ці положення, слід враховувати також наступні моменти. Так, якщо прокурор не братиме участі у судовому розгляді, то яким чином суду будуть надані докази, зібрані у стадії досудового розслідування? У КПК не закріплено обов'язок прокурора передавати ці докази потерплому; а потерпілий, хоч і наділений за ст. 93 правом збирати докази, зрозуміло, у свої можливостях щодо їх збирання не може бути порівняний із слідчим та прокурором. З іншого боку, якщо прокурор братиме участь у судовому розгляді, а потерпілий примириться із обвинуваченим, що є обов'язковою підставою для закриття кримінального провадження, то думка прокурора для суду сили не матиме, і суд винесе ухвалу про закриття кримінального провадження. Цей порядок істотно відрізняється від положень, які були закріплені у КПК 1960 р., коли справа, порушена суддею за скаргою потерпілого, у разі вступу у неї прокурора, у зв'язку з примиренням потерпілого з обвинуваченим, підсудним закриттю не підлягала.

Водночас, аналізуючи зміст ст. 325 КПК, можна стверджувати, що у ній не враховуються наслідки неявки потерпілого саме у провадженні, що здійснюється у формі приватного обвинувачення; наслідки повторної неявки потерпілого передбачені лише ч. 6 ст. 340 КПК.

У кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення потерпілий є стороною (цей висновок можна зробити, здійснюючи системне тлумачення положень ч. 4 ст. 26 та ч. 4,5 ст. 340; на жаль, Глава 36 КПК такої норми не містить). Однак, враховуючи, що функція обвинувачення за новим КПК починається з моменту затвердження або складання обвинувального акту прокурором (оскільки, у відповідності до ч. 4 ст. 110 КПК, обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування), то, відповідно, потерпілий може реалізувати права сторони лише у судовому провадженні. У зв'язку із цим викликає зауваження неузгодженість п. 7 ч. 1 ст. 284 (яка дозволяє прокурору закривати кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення, якщо потерпілий, а у випадках, передбачених КПК, його представник відмовився від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення) із ч.4 ст. 26 та ч. 4 ст. 110, адже, якщо реалізація функції обвинувачення починається з моменту затвердження або

складання обвинувального акту прокурором, то, відповідно, у досудовому провадженні, навіть якщо воно здійснюється у формі приватного обвинувачення, формально потерпілий не може відмовитися від обвинувачення, яке ще не сформульовано. Безумовно, враховуючи вимоги процесуальної економії у випадку, якщо потерпілий не бажає у цьому випадку продовження кримінального провадження, але при цьому не укладає угоду із підозрюваним, слід, використовуючи процесуальну аналогію, закривати кримінальне провадження на підставі п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК, оскільки це провадження не має судової перспективи. Однак, враховуючи вищевикладені змістовні неузгодженості законодавства, слід більш чітко визначити статус потерпілого у провадженні, що здійснюється у формі приватного обвинувачення.

Бобечко Н. Р.
Львівський національний університет імені Івана Франка,
доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРОВАДЖЕННЯ В СУДІ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ТА КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ: ЧИ ВІДПОВІДАЄ НАЗВА ГЛАВ 31 ТА 32 КПК УКРАЇНИ ЇХНЬОМУ ЗМІСТУ?

З метою ґрунтовного дослідження правового регулювання, теоретичних і практичних проблем проваджень з оскарження й перевірки судових рішень у вітчизняному кримінальному судочинстві необхідно визначитися із змістом наступних понять: «апеляційне провадження» («касаційне провадження»), «провадження в суді апеляційної інстанції» («провадження в суді касаційної інстанції»), «провадження в апеляційному порядку» («провадження у касаційному порядку»), «перевірка судових рішень в апеляційному порядку» («перевірка судових рішень у касаційному порядку») та «перегляд судових рішень в апеляційному порядку» («перегляд судових рішень у касаційному порядку»).

Апеляційне (касаційне) провадження становлять попередньо-перевірочна (з'ясування суддею-доповідачем питань стосовно відповідності апеляційної або касаційної скарги вимогам щодо її змісту та форми, її подання належним суб'єктом та на судові рішення, що можуть бути оскаржені в апеляційному чи касаційному порядку, у строки і з підстав, встановлених кримінально-процесуальним законом), організаційно-розпорядча (підготовка до апеляційного чи касаційного розгляду) та контрольно-перевірочна (власне апеляційний або касаційний розгляд) діяльність, регламентовані главами 31 і 32 КПК України.

Поняття «апеляційне провадження», «касаційне провадження», «провадження в суді апеляційної інстанції» (назва глави 31 КПК України) та «провадження в суді касаційної інстанції» (назва глави 32 КПК України) не

є однаковими за змістом та обсягом. Перші з них (апеляційне провадження, касаційне провадження) відображають суть, зміст та особливості даних форм оскарження і перевірки судових рішень, тобто мають суто функціональний аспект. У цьому значенні вони тотожні поняттям «провадження в апеляційному порядку» та «провадження у касаційному порядку». Поняття ж «провадження в суді апеляційної інстанції», «провадження в суді касаційної інстанції» вказують на те, в суді якої ланки системи судів загальної юрисдикції відбувається кримінальне провадження без прив'язки до його виду та процедури, що несе організаційне навантаження. Тобто фактично відтворюється зміст положення ч.2 ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. відповідно до якого для забезпечення справедливого та неупередженого розгляду справ у розумні строки, встановлені законом, в Україні діють суди першої, апеляційної, касаційної інстанцій і Верховний Суд України. Однак з назв глав 31 і 32 КПК України «Провадження в суді апеляційної інстанції» та «Провадження в суді касаційної інстанції» не цілком зрозуміло, про які форми оскарження й перевірки судових рішень йде мова, оскільки як апеляційне (касаційне) провадження, так і провадження за нововиявленими обставинами можуть відбуватися в суді апеляційної чи касаційної інстанції (чч. 2, 3, 5 ст. 33 КПК України). Звідси вказані терміни повною мірою не можуть розкрити специфіки аналізованих форм оскарження й перевірки судових рішень.

Якщо ж відкинути функціональний та організаційний аспекти категорій, що розглядаються, то з, одного боку, поняття «апеляційне провадження» є ширшим від поняття «провадження в суді апеляційної інстанції». Так, відповідно до п.1 ч.1 ст. 395 КПК України апеляційна скарга на судові рішення, ухвалені судом першої інстанції, подається через суд, що ухвалив судове рішення, на який згідно ст. 397 КПК України покладається обов'язок надіслати апеляційні скарги до суду апеляційної інстанції. Апеляційне провадження у цьому випадку розпочинається на основі взаємодії суб'єктів права на апеляційне оскарження та суду першої інстанції, і тільки після цього одержує своє продовження та завершення в апеляційному суді. У зв'язку з цим назва глави 31 «Провадження в суді апеляційної інстанції» КПК України не повністю охоплює її зміст. З іншого боку, аналізовані поняття можуть співпадати. Адже у разі оскарження ухвали слідчого судді, апеляційна скарга згідно п.2 ч.1 ст. 395 КПК України подається безпосередньо до суду апеляційної інстанції, де розпочинається, продовжується та завершується апеляційне провадження. Те саме стосується й порядку касаційного оскарження судових рішень (ч.1 ст. 426 КПК України). Утім, беручи до уваги вищенаведені аргументи, на законодавчому, науковому та практичному рівнях правильніше вживати саме поняття «апеляційне провадження» та «касаційне провадження».

Перевірка судових рішень в апеляційному та касаційному порядку є одним з елементів апеляційного та касаційного провадження, але еле-

ментом центральним, який покликаний дати відповідь по суті апеляційної та касаційної скарги про правосудність (неправосудність) оскарженого судового рішення. Перевірка судових рішень не завжди закінчується застосуванням процесуальних санкцій у вигляді їх скасування або зміни, апеляційний та касаційний суд можуть залишити вирок або ухвалу без змін (п.1 ч.1, п.1 ч. 3 ст. 407, п.1 ч.1 ст. 436 КПК України). Натомість перегляд судових рішень означає їх переоцінку, тобто як нову оцінку висновків суду нижчого рівня, так і нове вирішення питань, що розглядаються при ухваленні таких рішень з метою усунення виявлених судових помилок, що завжди завершується зміною або скасуванням вироку чи ухвали. З огляду на це, видається неточним вживання цього терміну у ряді статей (п.24 ст.3, ст. 24, ч.1 ст. 404, ст. 424, ч.2 ст. 433, ст. ст. 444, 445, 446, 447, 448, 449, ч.1 ст. 450, ч.4 ст. 451, ст. 452, ч.3 ст. 455, чч.1, 4 ст. 459, ст.ст. 460, 461, чч. 1, 2 ст. 462, ст. 463, ч.3 ст. 464, ст.ст. 465, 466. ч.1 ст. 467) і назві розділу V «Судове провадження з перегляду судових рішень» КПК України, а також у роз'ясненнях та рекомендаціях правозастосовних органів (Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання порядку здійснення судового провадження з перегляду судових рішень у суді першої інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 21 листопада 2012 р., Методичні рекомендації з участі прокурора в судовому провадженні з перегляду судових рішень в апеляційному порядку 2012 р.), оскільки з їх буквального тлумачення можна дійти помилкового висновку, що у кожному випадку оскарження вироку чи ухвали наперед відоме рішення апеляційного та касаційного суду, що немає нічого спільного з правосуддям. Вживанням терміну «перегляд» судових рішень ігнорується й вимога їх стабільності та непохитності. Термін «перевірка судових рішень» є ширшим за обсягом від терміну «перегляд судових рішень» і саме він має одержати відображення у назві та змісті розділу V КПК України.

Лисюк Ю. В.

Одеський державний університет внутрішніх справ,
начальник відділення юридичного забезпечення,
кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ, ЯК ЗАГАЛЬНОЇ ЗАСАДИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Повага до людини та її законних прав та інтересів надалі стає все актуальнішим та багатогранним явищем у будь-якій державі світу, починаючи з малорозвинених країн аж до великих демократичних економічно потужних країн світу. Для будь-якої держави світу повага, дотримання та захист прав і свобод людини є найважливішим та єдиним джерелом роз-

витку й становлення сильної економічної, розвинутої, правової, демократичної держави.

Відповідно до положень ст. 3 Конституції України (надалі – Конституція) людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю (Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. Ст.3). Відповідно до положень ст. 21 Конституції усі люди є вільними і рівними у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчутними та непорушними (Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. Ст.21). Згідно з положеннями ст. 55 Конституції права і свободи людини і громадянина захищаються судом, так кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. Ст.55). Цієї статті в Конституції було приділено особливу увагу, оскільки вона закріплює одну з найважливіших гарантій здійснення як конституційних, так й інших прав та свобод людини і громадянина. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене (Рішення Конституційного Суду № 9-зп від 25.12.97).

Не дивлячись на те, що Конституцією України чітко передбачено, що права і свободи людини є непорушними, все ще виникають деякі питання щодо забезпечення прав і свобод людини, в частині доступу до правосуддя під час здійснення кримінального провадження.

Згідно з положеннями ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (надалі – Кодекс) основним із завдань кримінального провадження є захист особи від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження (Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10. Ст.2). Згідно з положеннями ст. 7 Кодексу зміст та форма кримінального провадження повинна відповідати загальним засадам кримінального провадження, серед яких законність, забезпечення права на свободу та захист, доступ до правосуддя (Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10. Ст.7).

Відповідно до положень ст. 21 Кодексу кожен має право на участь у розгляді в суді будь-якої інстанції справи, що стосується його прав та обов'язків, у порядку, передбаченому цим Кодексом, кожному гарантується право на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону, кримінальне провадження не може бути перешкодою для доступу особи до

інших засобів правового захисту (Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9-10. Ст.21).

Таким чином, враховуючи існуючу проблематику стосовно окремих аспектів дотримання та захисту прав і свобод людини, виникає необхідність акцентувати увагу на деяких питаннях доступу до правосуддя під час здійснення кримінального провадження.

Доступ до правосуддя уявляє собою досить широке та багатогранне питання сутність якого полягає у тому, що людина повинна мати всі необхідні можливості для того щоб захистити себе та членів своєї сім'ї у судовому порядку. Під необхідними можливостями треба розуміти сукупність відповідних умов за наявністю яких людина може без труднощів мати доступ до правосуддя, тобто звернутися до суду за захистом своїх прав та свобод.

Кожна людина уявляє для себе різні умови з додержанням яких вона може мати безпроблемний доступ до правосуддя за захистом свої прав та свобод, однак існують універсальні умови завдяки яким людина буде дійсно спроможна захищати свої інтереси у судових органах.

Кожна людина повинна не тільки знати але й вміти користуватися своїми юридичними правами, так як вони мають певне абсолютне право використовувати відповідні судові органи для захисту власних прав та інтересів.

Кожна людина повинна розуміти, що її участь у судовому процесі забезпечить захист прав та відповідні заходи щодо відновлення порушених прав. Однак, існує переконання, що певний доступ до правосуддя існує не для кожної окремої людини, а тільки для осіб які можуть впливати на ті чи інші рішення судової влади.

Окремою проблемою щодо складності доступу до правосуддя можна вважати складність судового процесу. Це означає, що відповідні кроки у судовому процесі повинні бути простими та мати на меті допомогу учасникам процесу, адже як найчастіше буває людина яка в перше зіткнулася з проблемами судового розгляду не може до кінця правильно зрозуміти процедуру та порядок вирішення цієї проблеми.

І мабуть найважливіше, що кожна людина зможе мати доступ до правосуддя тільки якщо правова система забезпечить незалежні судові слухання та справедливий судовий розгляд на підставі закону незалежно від рівня доходів, статті та інше (Роздуми про доступ до правосуддя. Режим доступу: http:// khpg.org).

Таким чином, можна зробити висновок про те, що в Україні на сьогодні існує проблематика щодо порушення прав людини на окремих стадіях щодо доступу до правосуддя. Це в першу чергу зв'язано з недостатністю обізнаності людини щодо її прав та свобод, не повною довірою суспільства та окремо взятої людини до самої правової системи, та як наслідок недо-

віра до самої судової системи в державі, складність та напруженість під час судового розгляду, недоступність персоналу суду для громадян. Все це свідчить про те, що прагнення людини до поваги, захисту її прав та свобод існує, однак вищевказані окремі фактори стають для людини тієї непереборною силою в результаті чого вона стає обмеженою щодо вільного доступу до правосуддя під час здійснення кримінального провадження.

Багрій М. В.
Львівський національний університет імені Івана Франка,
доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики,
кандидат юридичних наук

ФОРМИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО З ОПЕРАТИВНИМИ ПІДРОЗДІЛАМИ

У зв'язку з прийняттям нового кримінального процесуального кодексу України (13 квітня 2012 року № 4651-VI) одночасно Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям кримінального процесуального кодексу України» (13 квітня 2012 року № 4651-VI), яким серед інших нормативно-правових актів було внесено зміни і до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Оскільки зазначені зміни прямо торкнулися питання щодо взаємодії слідчого з підрозділами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, то є необхідність детального аналізу зазначеного питання.

Новий КПК України (як і КПК 1960 року) не містить терміну «взаємодія», але він застосовується в інших законах України: «Про оперативно-розшукову діяльність» (п. 5 ст. 7), «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (розд. V). У зв'язку з цим цей термін та саме поняття «взаємодія» відрізняється від таких близьких до нього за змістом понять, як «взаємозв'язок», «узгоджені дії», «сприяння», «надання допомоги» та інші, зміст яких роз'яснюється у відповідних правових нормах або випливає з їх змісту.

Форми взаємодії слідчого та працівників підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність поділяються на: нормативно-правові (формальні), що випливають з положень КПК України, законів та організаційно-тактичні (неформальні).

Перша форма взаємодії стосується питань: 1) передачі слідчому матеріалів про виявлені шляхом оперативно-розшукових заходів ознаки кримінального правопорушення; 2) проведення слідчим процесуальних дій одночасно зі здійсненням оперативним підрозділом оперативних заходів; 3) проведення оперативно-розшукових заходів у провадженні, в якому не встановлено особу, яка вчинила кримінальне правопорушення;

4) виконання доручень слідчого щодо проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій; 5) здійснення заходів щодо встановлення особи підозрюваного (розшуку) після зупинення досудового розслідування; 6) привід підозрюваного, обвинуваченого, свідка.

Вперше право слідчого щодо доручень на проведення оперативно-розшукової діяльності передбачено зазначеним вище Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність». Так, у частині 2 статті 6 зазначено, що підстави здійснення оперативно-розшукової діяльності можуть міститись у письмових дорученнях і постановах слідчого. Законом України від 21.06.01 було внесено зміни до ст. 66 КПК України 1960 року, частиною 3 якої передбачалось, що у передбачених законом випадках особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі доручити підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, провести оперативно-розшукову діяльність, провести оперативно-розшукові заходи чи використати засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі.

Обов'язок підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність виконувати письмові доручення слідчого передбачено пунктом 2 статті 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та ч. 3 ст. 41 КПК України.

У якій формі слідчий повинен звертатись до органу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність? У частині 2 статті 6 зазначено, що це може бути письмове доручення чи постанова. На практиці слідчі, як правило, звертаються з письмовим дорученням. Але ч. 3 ст. 110 КПК України передбачено, що про рішення, прийняті слідчим під час провадження досудового слідства, складається постанова.

Як видається, слідчому у цій ситуації доцільно було б оформляти свої доручення лише постановами. Це завжди обгрунтований документ із постановкою конкретних питань і завдань. Необхідно застерегти слідчих від взаємодії з конкретними працівниками підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, які пропонують свої послуги у розкритті злочинів, посилаючись на те, що мають оперативну інформацію. Про таку інформацію слідчого повинен письмово повідомити той орган, який одержав таку інформацію. Тільки після цього слідчий може розглянути питання про необхідність доручення в порядку п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України.

Які саме доручення слідчий може давати підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність? Як випливає із норми ч. 2 ст. 40 КПК України це можуть бути доручення лише про проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій. Тобто доручати проведення інших процесуальних дій новий КПК України слідчого не уповноважує.

Основне правило – висловити у дорученні саме те, що повинен встановити в інтересах кримінального провадження орган, а не які заходи він повинен для цього здійснити. Слідчий може висловити доручення словами «здійснювати оперативно-розшукову діяльність з метою одержання джерел доказів у кримінальному провадженні», «з метою встановлення осіб, які вчинили кримінальне правопорушення», «з метою встановлення фактичних обставин вчинення кримінального правопорушення». Це ніби глобальна програма здійснення оперативно-розшукової діяльності. Але слідчий може зробити і більш конкретні доручення «з метою отримання інформації про контакти підозрюваного з іншими особами у якийсь проміжок часу», «з метою розшуку матеріальних цінностей, які належать підозрюваному». Можуть бути й інші питання, які в інтересах кримінального провадження повинні перевірятись шляхом здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Друга форма взаємодії полягає в безпосередній реалізації функціональних обов'язків слідчих та оперативних працівників у процесі розкриття й розслідування злочинів. Вона не має процесуального характеру і зазвичай регулюється відомчими нормативними актами, котрі передбачають організаційні заходи, спрямовані на забезпечення узгодженої та цілеспрямованої діяльності оперативного працівника й слідчого в межах кримінального судочинства. Відомча регламентація таких питань досить загальна й не конкретизує ці форми. Серед організаційно-тактичних форм взаємодії у справах про злочини, вчинені організованими групами, можна виділити: а) створення слідчо-оперативних груп, до складу яких входять слідчі й оперативні працівники; б) використання слідчим результатів оперативно-розшукової діяльності в процесі побудови версій у кримінальному провадженні; в) спільне планування роботи з розкриття та розслідування кримінальних правопорушень; г) інструктаж оперативних працівників, безпосередньо задіяних у слідчих діях і тактичних комбінаціях, криміналістичних операціях; д) взаємний обмін інформацією між слідчим та оперативно-розшуковим апаратом та ін.

Діяльність слідчого виключає поєднання процесуальних та оперативно-розшукових функцій, що безпосередньо зазначено в законі. Слідчий не повинен втручатися в оперативно-розшукову діяльність, а оперативний працівник – зазіхати на процесуальну самостійність слідчого.

Таким чином, працівники оперативно-розшукових підрозділів і слідчий виконують кожний свої функції, а успіх їх діяльності залежить від її узгодженості. Спільна робота слідчого та оперативно-розшукових працівників під час розслідування будь-якого виду злочинів, повинна ретельно узгоджуватися з планом розслідування й ґрунтуватися на результатах спільної оцінки слідчих та оперативно-розшукових ситуацій, що склалися.

Рибалка О. В.
Черкаський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри спеціально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ІНСТИТУТ ВІДНОВНОГО СУДОЧИНСТВА ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Проблема відновлення попереднього стану тому, кому несправедливо заподіювались шкода та моральны або фізичні страждання, є досить серйозною темою предмету наукових досліджень не лише у сфері права, але й філософії, де вчені висувають та обґрунтовують теорії справедливості у сучасних суспільствах та її відновлення.

У зв'язку з існуючим на даний час підвищенням рівня злочинного посягання на права та інтереси фізичних та юридичних осіб осіб, становище потерпілого від злочину є далеким від задовільного.

Проблема захисту кримінально-процесуальними засобами прав та законних інтересів потерпілих від злочину, насамперед, відшкодування завданої їм кримінальним деліктом майнової шкоди досліджувалася такими науковцями як Н. С. Таганцев, Д. Г. Тальберг, Б. М. Овчинніков, І.Я. Фойницький. В радянський період української державності цими питаннями займалися Ю. Д. Адоян, В. Г. Власенко, В. Г. Даєв, А. Г. Мазалов, В. Я. Понарін та інші.

Розвитком теорії про захист прав потерпілих від злочину з допомогою кримінально-процесуальних засобів зробили такі українські вчені: Т. В. Варфоломеєва, І.В. Войтюк, О. П. Кучинська, М. М. Михеєнко, О. Р. Михайленко, Н. В. Сібільова, В. П. Шибіко, М.Є. Шумило та ін.

Британське й американське законодавство, судові прецеденти оперують єдиним терміном для позначення «особи, що потерпіла від вчинення злочину» – «victim»– який з англійської перекладається як «жертва» (Англо-український словник. У 2 т. – близько 120 000 слів. – Склав М.І. Балла. – Київ: Освіта, 1996. – Т.2. – 712 с.).

Кодекс Айови в титулі 16-му параграфі 910 А.1. визначає жертву як особу, яка зазнала фізичної, емоційної або фінансової шкоди внаслідок вчинення публічного злочину; термін також включає членів сім'ї загиблої жертви або такої, що втратила дієздатність внаслідок вчинення проти неї злочину, а також тих, хто не досягнув віку 18 років на час вчинення злочину (Iowa Code, Title XVI. Доступно з. http://www2.legis.state.ia.us/IACODE).

§ 200Е кодексу Пенсиль-ванії дає таку дефініцію жертви: «Це особа, проти якої було вчинено злочин, окрім тої, яка ймовірно вчинила злочин».

За статтею 55 Кримінального процесуального кодексу України потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій

кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Права і обов'язки потерпілого виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого.

Відновне судочинство розглядають як процес. Мабуть, найбільш поширеною можна вважати визначення, яке запропонував один із його основоположників, британський вчений Т. Маршал. На його думку, «відновне судочинство – це процес, в якому небайдужі до злочину особи шляхом спільних зустрічей вирішують, яким чином вчинити з наслідками злочину та роблять висновки на майбутнє» (Marshall T. F. Restorative Justice: An Overview. London: Home Office, 1999. Доступно з http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf .)

Загалом погоджуючись з таким поняттям, що найбільш повно передає його зміст, Д. Брейтуейт вважає, що назване визначення потребує певних уточнень. Зокрема, він запропонував розуміти під «небайдужими до злочину особами» жертву (жертв), злочинця (злочинців) та громаду, яка постраждала від злочину, включаючи сім'ї сторін. Д. Брейтуейт визначив наступні елементи, які необхідно відновити: втрачене майно; фізичний стан; почуття безпеки; гідність; почуття упевненості в собі; дорадчу демократію ; гармонію, що базується на почутті досягнутої справедливості; соціальну підтримку (Braithwaite J. Restorative Justice and a Better Future. Dorothy J. Kil-liam Memorial Lectures: Dalhousie University, 1996. – 282 c.).

Відновне судочинство також розглядають як практичну діяльність. Коли йдеться про усталену в англо-американських наукових колах концепцію відновного судочинства, суттєвим є факт, що ВС отримало свій розвиток через практику конференцій з метою засудження та виправлення злочинців, зустрічей жертви і злочинця при посередництві медіаторів тощо. Дослідження провідних вчених у галузі відновного судочинства, таких як Х. Зер, Т. Маршал, Д. Брейтуейт, Х. Стренг базуються, як правило, на аналізі практики здійснення відновного судочинства та здійснення опитувань жертв про результати проведених конференцій. Тому намагання держави чітко врегулювати процедуру здійснення відновного судочинства може мати контр-продуктивнии ефект, оскільки базовою цінністю відновного судочинства є гнучкість процедури відправлення ВС та творчий підхід, креативність, як вважає ідеолог відновного судочинства (Т. Маршал Marshall T. F. Restorative Justice: An Overview. London: Home Office, 1999. Доступно з http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf).

Повноцінний захист прав та інтересів жертв злочину можливий лише за допомогою функціонування комплексу юридичних механіз мів і багаторівневості системи заходів, де один «страхує» іншого.

Розширення механізмів відновного судочинства у Великобританії і США, де захист надають через судові органи, через державні фонди ком-

пенсації потерпілим завданої злочином шкоди, та через спеціалізовані громадські організації, діяльність яких підтримує держава, є гарантією досягнення мети – максимально повного та ефективного захисту прав жертв злочину, передбачених законодавством.

Перспективи відновного судочинства є й в Україні є, але необхідно суттєво розширити умови його здійснення. Даному інституту варто надати позапроцесуальний характер, залучивши до нього членів громади та створивши умови з боку держави.

Гідулянова Є.М.

Національний університет «Одеська юридична академія»
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук

ВИДИ ПРОВАДЖЕНЬ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Говорячи про структуру кримінального процесу, окрім поділу його на стадії, критерієм чого є його динамічні характеристики, багато з вчених сходяться у думці про доцільність дослідження її за предметними характеристиками. Таке дослідження, безперечно, підкреслює соціальну цінність та призначення процесуальних проваджень, а також його індивідуальні ознаки, що присутні автономним утворенням. Так, можна говорити також, що сам кримінальний процес складається із сукупності проваджень, одні з яких є характерними для окремих стадій кримінального процесу (наприклад, судове провадження з перегляду судових рішень), інші фактично можливо назвати «особливими», оскільки вони передбачають особливі правила провадження окремих категорій справ на декількох, або на всіх стадіях кримінального процесу (Бенедик И.В., Горшенев В.М., Крупин В.Г., Мельников Ю.И., Олейников С.Н., Погребной И.М., Шахов И.Б.Теория юридического процесса / Под общей ред. проф. В. М. Горшенева, Харьков, Изд. при Харьковском государственном университете издательского объединения «Вища школа», 1985. – С.84-86). До останніх можна віднести і провадження щодо кримінальних правопорушень неповнолітніх та провадження по застосуванню примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності.

Кримінально-процесуальне законодавство України закріплює правило, згідно якого кримінальне провадження щодо неповнолітнього здійснюється у разі вчинення останнім суспільно небезпечного діяння у віці від одинадцяти до вісімнадцяти років. Щодо осіб, які на момент вчинення суспільно небезпечного діяння не досягли одинадцятирічного віку – кримінальне провадження підлягає закриттю згідно п.2.ч.1 ст.284 КПК України – за відсутністю у діянні складу кримінального правопорушен-

ня; застосування жодних заходів за вчинене суспільно небезпечне діяння до неповнолітніх, які не досягли одинадцяти років, законодавством не передбачене.

Іншим чином обстоїть справа із неповнолітніми, які досягли одинадцяти років. Залежно від того, чи досягли вони на момент вчинення суспільно небезпечного діяння віку з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності за відповідне кримінальне правопорушення (згідно ст. 22 КК України кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років, та лише за вчинення деяких злочинів передбачена можливість притягнення до кримінальної відповідальності від чотирнадцяти років) до них застосовується один з передбачених кримінальним процесуальним законодавством видів проваджень щодо неповнолітніх.

Таким чином кримінальне процесуальне законодавство розрізняє два види проваджень щодо неповнолітніх:

1.Кримінальне провадження щодо кримінальних правопорушень, вчинених особами, які не досягли вісімнадцяти років. Цей вид провадження здійснюється щодо неповнолітніх, які на момент вчинення кримінального правопорушення досягли віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності. Особливості кримінального провадження щодо таких неповнолітніх направлені, насамперед. на забезпечення додаткових, порівняно з дорослими, гарантій захисту прав та охоронюваних законом інтересів неповнолітніх.

Характеризуючи це провадження за критерієм спрямованості необхідно зазначити, що загальних завдань кримінального судочинства, предметом зазначеного виду провадження є пошук шляхів для виправлення та перевиховання неповнолітнього у рамках особливої правової процедури, де метою є не стільки покарання неповнолітнього за вчинене кримінальне правопорушення, а й застосування заходів, направлених на його виправлення та перевиховання, що передбачає як застосування до неповнолітніх особливостей звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання, де саме кримінальне провадження має носити виховний характер.

Характеризуючи кримінальне провадження щодо кримінальних правопорушень неповнолітніх за ступенем складності процесуальних форм необхідно зазначити, що цьому виду провадження притаманні більш складні процесуальні форми порівняно зі звичайним порядком провадження, що полягають у наданні додаткових процесуальних гарантій неповнолітнім підозрюваним та обвинуваченим.

2. Провадження у справах неповнолітніх, які на момент вчинення суспільно небезпечного діяння не досягли віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності. Таке провадження можливо визначити суто як провадження по вирішенню питання про застосування примусових заходів виховного характеру, оскільки в наслідок недосягнен-

ня віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності, такі неповнолітні не є суб'єктами кримінального правопорушення.

Характеризуючи це провадження за критерієм спрямованості необхідно зазначити, що предметом зазначеного виду провадження є встановлення наявності чи відсутності підстав для прийняття рішення про застосування примусових заходів виховного характеру; його завданням є встановлення наявності суспільно небезпечного діяння, вчинення цього діяння певною особою, забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб у кожному випадку, за наявності для цього підстав, примусові заходи виховного характеру були застосовані, і не було допущено жодного випадку необґрунтованого застосування примусових заходів виховного характеру.

Характеризуючи його за ступенем складності процесуальних форм необхідно зазначити, що цьому виду провадження, з одного боку, притаманні більш складні процесуальні форми порівняно зі звичайним порядком провадження, що полягають у наданні додаткових процесуальних гарантій малолітнім, які вчинили суспільно небезпечні діяння, а з іншого – притаманні даному виду провадження риси спрощеного (скороченого) провадження, а й у певних виключеннях з загальних правил: такі неповнолітні не можуть бути визнанні підозрюваними, обвинуваченими у кримінальному провадженні, можливість складання обвинувального акту у такому провадженні не передбачається, досудове розслідування у такому провадженні може закінчуватись лише закриттям кримінального провадження або складанням клопотання про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру, судовий розгляд, за відсутності підстав для закриття провадження, завершується постановленням ухвали про застосування примусових заходів виховного характеру або відмову в їх застосуванні.

Порядкам проваджень щодо неповнолітніх притаманні всі ознаки особливих серед яких слід виділити специфіку матеріально-правового предмету таких проваджень порівняно з іншими видам проваджень та специфіку їх мети. Характеризуючи провадження щодо неповнолітніх необхідно також зазначити, що їм обом притаманні більш складні процесуальні форми порівняно зі звичайним основним порядком кримінального провадження, що полягають у наданні додаткових процесуальних гарантій особам, які не досягли віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності.

Виходячи з вищенаведеного, уявляється доцільним охарактеризувати провадження щодо кримінальних правопорушень неповнолітніх та провадження про суспільно небезпечні діяння, вчиненні особами у віці від 11 років до досягнення віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності, як особливі провадження у кримінальному процесі.

Дехтяр О. Г.
Івано-Франківський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», здобувач кафедри кримінального права, процесу і криміналістики

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАСАДИ БЕЗПОСЕРЕДНОСТІ У СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Незважаючи на істотне значення засади безпосередності для прийняття процесуальних рішень та їх обґрунтування на підставі особисто сприйнятих та оцінених доказів, питання про коло стадій кримінального провадження, на які поширюється дія цієї засади, у юридичній літературі залишається дискусійним.

Так, одна група вчених вказує на поширення дії засади безпосередності виключно на судові стадії кримінального провадження, чим істотно обмежує її зміст. Зокрема, Б. Т. Безлєпкін, В. В. Васін і З.І. Сарбаєв відзначають, що безпосередність виступає засадою судового розгляду. Така позиція ґрунтується на нормативному закріпленні змісту засади безпосередності та віднесенні її як за ст. 257 КПК України 1960 року, так і за нормами КПК більшості країн пострадянського простору (зокрема, ст. 240 КПК Російської Федерації, ст. 286 КПК Республіки Білорусь, ст. 350 КПК Туркменістану тощо) до числа загальних положень (загальних умов) судового розгляду, а не до засад кримінального провадження.

При цьому окремі вчені, поділяючи позицію про поширення безпосередності виключно на судові стадії, розглядають її як одне із загальних положень судового розгляду та заперечують доцільність визнання її в якості самостійної засади кримінального провадження. Зокрема, Є.Г. Коваленко та В. Т. Маляренко визначають загальні положення судового розгляду як «сукупність (систему) процесуальних дій, що спрямовані на виконання основних завдань (принципів) кримінального судочинства» та відносять до їх числа безпосередність судового розгляду (Коваленко Є.Г. Кримінальний процес України: Підручник / Є.Г. Коваленко, В. Т. Маляренко. – 2-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – с.343). Аналогічну позицію відстоюють Ю. П. Аленін, О. О. Власов, А. А. Кайгородов, Д. А. Мезінов і В. Т. Томін, на думку яких безпосередність виступає загальною умовою судового розгляду.

Інша група вчених обґрунтовує доцільність поширення дії засади безпосередності не лише на судові стадії кримінального провадження, але й на стадію досудового розслідування. Так, визнаючи дію засади безпосередності у цій стадії, Т. Т. Алієв, В. К. Волошина, С. О. Гриненко, Ю. М. Грошевий, Н. О. Громов, О. В. Капліна, О. М. Ларін, В.Я. Лівшиць, Т.М. Мірошниченко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, Л. Д. Удалова, Д.В. Філін, В. М. Хотенець, В. П. Шибіко і В. Д. Шундіков вказують на наявність істотних обмежень в її реалізації у цій стадії. Така позиція зумовлена тим,

що докази підлягають особистому сприйняттю та оцінці не лише у ході судового провадження, але й під час досудового розслідування.

Поділяючи таку позицію, окремі вчені не лише визначають форми прояву засади безпосередності під час досудового розслідування, але й звертають увагу на важливість її реалізації у цій стадії кримінального провадження. Так, А. Н. Склізков відзначає, що «принцип безпосередності – обов'язковий елемент змагальної форми кримінального процесу, тому повинен слугувати орієнтиром у виборі засобів досягнення мети (призначення) кримінального судочинства, у тому числі й у досудовому провадженні» (Склизков А. Н. Принцип непосредственности уголовного судопроизводства: Дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Антон Николаевич Склизков. – Владивосток, 2007. – с.133).

Нормативне закріплення безпосередності у новому КПК України зумовлює необхідність перегляду кола стадій кримінального провадження, на які поширюється її дія. При цьому потрібно звернути увагу на те, що п. 16 ч. 1 ст. 7 і ст. 23 КПК України закріплюють безпосередність дослідження показань, речей і документів в якості однієї із загальних засад кримінального провадження. Кримінальне провадження у п. 10 ч. 1 ст. 7 КПК України визначається як досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, що дозволяє стверджувати про поширення дії засади безпосередності дослідження показань, речей і документів не лише на судові стадії кримінального провадження, але й на досудове розслідування. Хоча ст. 23 КПК України розкриває основні елементи змісту цієї засади лише стосовно судових стадій, проте ч. 1 ст. 7 КПК України закріплює, що зміст та форма кримінального провадження повинна відповідати загальним засадам кримінального провадження. У зв'язку з цим потрібно погодитися з думкою Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної, які відзначають, що «механізм дії принципу безпосередності, обумовлений нормативним змістом його структурних елементів, у цілому єдиний для всього кримінального процесу. Відмінності у його реалізації на тій чи іншій стадії пов'язані з рівнем гарантій даного принципу, які, у свою чергу, залежать від специфіки кримінально-процесуальної діяльності на відповідному етапі кримінального судочинства» (Кримінальний процес: підручник / [за ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної]. – Х.: Право, 2010. – с.66).

Таким чином, під час судового розгляду у першій інстанції засада безпосередності дослідження показань, речей і документів реалізується у повному обсязі з урахуванням особливостей, визначених нормами КПК України, а її реалізації в інших стадіях кримінального провадження, у тому числі й під час досудового розслідування, притаманна істотна специфіка, зумовлена значною кількістю винятків із загальних правил щодо особистого сприйняття та оцінки доказів.

Підгородинська А. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінального процесу,
кандидат юридичних наук

НОВЕЛИ У РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ ТА МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ УСТАНОВ

Новий Кримінальний процесуальний кодекс України містить положення, спрямовані на регламентацію інститута визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових установ. Регламентація вказаного інститута на національному рівні – це один із важливих кроків у виконанні Україною прийнятих міжнародно-правових зобов'язань відповідно до вимог міжнародних договорів України, з урахуванням національного законодавства України. Слід зазначити, що визнання та виконання рішень іноземних судів певний період часу з позицій національного законодавства розглядалося як частина процедури з передачі засуджених осіб до країни свого громадянства. Однак, у КПК 1960 р. були відсутні положення, які регулювали б належним чином як передачу засуджених осіб, так і виконання іноземного вироку, яке відбувається у запитуваній державі, як частину процедури.

Процесуальна регламентація вищевказаного інституту відбувалась відповідно до норм міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, у належному порядку та Інструкцією про порядок виконання європейських конвенцій з питань кримінального судочинства 1999 р. (яка хоча і мала обов'язковий для виконання характер, однак, з точки зору теорії кримінально-процесуального права, юридичним джерелом останнього не є). Слід зазначити, що інститут визнання та виконання рішень іноземних судів та міжнародних судових органів – це система правових норм, що регулюють відносини у сфері міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, діяльність уповноважених на те суб'єктів, яка полягає у проведенні процесуальних дій та прийнятті процесуальних рішень, з метою поширення юридичної сили рішення іноземного суду або міжнародного судового органу (або іншого компетентного органу, у разі визначення його повноважним національним законодавством) на територію запитуваної держави та застосування всіх можливих законних засобів для їх реалізації відповідно до законодавства запитуваної держави та прийнятих міжнародно-правових зобов'язань.

Главою 46 КПК визначаються підстави та порядок, умови, строки, суб'єкти визнання та виконання вироків судів іноземних держав та міжнародних судових установ, в тому числі і в провадженні по передачі за-

суджених осіб. Нормативно-правою підставою для визнання і виконання вироку іноземного суду визначається наявність міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Приводом для визнання і виконання рішення іноземного суду визначається запит про виконання вироку. У ч. 3 ст. 602 КПК зазначено, що запит про виконання вироку суду іноземної держави розглядається Міністерством юстиції України (відділ виконання міжнародних договорів з питань кримінального судочинства). Строк розгляду, наданий Міністерству юстиції України складає тридцять днів з моменту надходження запиту про виконання вироку суду іноземної держави. У випадках, коли запит і відповідні документи надійшли іноземною мовою, то строк розгляду продовжується до трьох місяців.

Частиною четвертою ст. 602 КПК передбачається, що при розгляді запиту про виконання вироку суду іноземної держави, Міністерство юстиції з'ясовує наявність підстав, передбачених міжнародним договором України, для його задоволення (визначення нормативно-правової підстави і з'ясування питання щодо статусу міжнародного договору як для держави винесення вироку, так і для держави його виконання, запит досліджується на предмет його відповідності за формою та змістом, які, як правило, визначені відповідним міжнародним договором). Встановивши відповідність запиту про визнання і виконання вироку суду іноземної держави умовам, передбаченим міжнародним договорам України, Міністерство юстиції направляє до суду першої інстанції, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться місце проживання чи останнє відоме місце проживання засудженої особи, або місце перебування майна такої особи, а в разі їх відсутності – місце знаходження Міністерства юстиції України клопотання про визнання та виконання вироку суду іноземної держави і передає наявні матеріали. За результатами розгляду запиту про виконання вироку суду іноземної держави Міністерством юстиції України може бути винесено рішення про відмову у його задоволенні. В Україні не підлягають виконанню вироки судів іноземних держав, які ухвалені заочно (inabsentia).

Кримінальним процесуальним кодексом (ч. 1. ст. 603) визначено орган, який розглядає клопотання Міністерства юстиції України про виконання вироку суду іноземної держави – суд першої інстанції, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться місце проживання чи останнє відоме місце проживання засудженої особи, або місце перебування майна такої особи, а в разі їх відсутності – місце знаходження Міністерства юстиції України. Роль суду в даному випадку – визначити допустимість (можливість) визнання та виконання вироку іноземного суду ті вирішити питання, пов'язані з його виконанням. Предметом судового розгляду щодо виконання вироку іноземного суду є перевірка судом першої ін-

станції дотримання умов, передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або чинним кримінально-процесуальним законодавством і визначення можливості (допустимості) з точки зору чинного кримінально-процесуального законодавства його визнання та виконання на території України. У судовому засіданні щодо визначення допустимості виконання рішення іноземного суду суддею не перевіряються фактичні обставини, які встановлені вироком суду іноземної держави та не вирішуються питання щодо винуватості або невинуватості особи. Тобто запитувана сторона звільнена від дослідницької діяльності і повинна вирішення питання щодо визнання іноземного вироку, відповідно до висновків запитуючої сторони, які зроблені у відповідному судовому рішенні. Результатом судового розгляду судом питання про допустимість визнання та виконання повинно стати винесення одного з передбачених ч. 4 ст. 603 КПК рішень: 1) про виконання вироку суду іноземної держави повністю або частково; 2) про відмову у виконанні вироку іноземної держави; 3) про відкладення розгляду та отримання додаткових матеріалів, які можуть бути необхідними для вирішення судом питання про виконання вироку іноземного суду на території України.

Ухвала суду про виконання вироку суду іноземної держави набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги, встановленого Кримінальним процесуальним кодексом України. Після цього, ухвала набуває обов'язкової сили і підлягає виконанню на території України.

Визначається, що ухвала про виконання вироку суду іноземної держави звертається до виконання згідно з вимогами КПК України.

Поява в кримінально-процесуальному законодавстві статті, яка визначає процесуальний порядок визнання та виконання вироків міжнародних судових установ (ст. 614 КПК України), безумовно, є кроком вперед у виконанні Україною прийнятих міжнародно-правових зобов'язань та у розвитку міжнародної кримінальної юстиції. Зазначена діяльність має низку особливостей, зокрема: передумовою їх визнання та виконання є відповідне визнання юрисдикції, отримане шляхом надання згоди держави на це, вираженої ратифікацією, приєднання до договору про створення; наявність внутрішньодержавного механізму реалізації положень щодо визнання та виконання рішень міжнародного судового органу; при визнанні та виконанні рішення такого судового органу, як Міжнародний кримінальний суд, держава виконання не вправі змінювати його, а також вирішувати питання щодо перегляду та оскарження. На сьогодні більш деталізованою має бути позиція законодавця щодо визначення питання, рішення яких саме міжнародних судових установ підлягають визнанню та виконанню на території України і взагалі що є «міжнародною судовою установою».

Кітвіченко В. О.
Криворізький факультет Національного університету
«Одеська юридична академія»,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІ ЗАХОДИ У СТРУКТУРІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В КПК УКРАЇНИ

У КПК (1960 р.) практично про розшукову діяльність згадувалося лише у зв'язку з діяльністю органів дізнання. Наприклад, у ст. 103 КПК (1960 р.) йшлося, що «на органи дізнання покладається прийняття оперативно-розшукових заходів з метою виявлення ознак і осіб, що його вчинили». У статті 114 КПК (1960 р.) вказувалося, що «… слідчий по справі, що знаходиться в його провадженні, вправі давати органам дізнання доручення і вказівки про проведення розшукових і слідчих дій…», а у ст. 139 КПК (1960 р.) наголошувалось: постанова про розшук обвинуваченого і обрання запобіжного заходу направляється у відповідні органи розшуку.

На органічний взаємозв'язок кримінально-процесуальної та оперативно-розшукової діяльності також вказують відповідні положення Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Так, у ст. 1 Закону серед її завдань значиться: «… пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України… з метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства». У ст. 3 Закону йдеться про те, що її правову основу становлять також Кримінальний та Кримінально-процесуальний кодекси України. У ст. 6 зауважується, що серед підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності є наявність інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів, про: 1) злочини, що готуються або вчинені не встановленими особами; 2) осіб, які готують або вчинили злочин; 3) осіб, котрі переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання. Крім цього, в п. 2 ст. 10 Закону прямо вказується, що матеріали оперативно-розшукової діяльності використовуються для отримання доказів як приводи та підстави для порушення кримінальної справи та проведення слідчих дій.

З цієї точки зору раціональною є ідея розробників КПК України (2012 р.) про організацію і керівництво оперативно-розшуковими і слідчими діями особою, що буде вести розслідування. По суті, в новому КПК (2012 р.) ідея про взаємозв'язок оперативно-розшукової і слідчої діяльності отримала подальший розвиток.

Вивчення змісту і переліку негласних слідчих (розшукових) дій, які передбачені у главі 21 проекту КПК, свідчить про те, що вони практично збігаються з оперативно-розшуковими заходами, право на проведення яких надається ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Цей висновок з усією очевидністю підтверджується тим, що у проекті КПК є норма «Контроль за вчиненням злочину» (ст. 271), проведення якого передбачається «у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин…».

На цю обставину як на позитивну ознаку нового проекту КПК також звернули увагу й експерти Ради Європи у своєму висновку від 2 листопада 2011 р.

Вкрай важливо, що у проекті КПК вимагається давати попередню кримінально-правову кваліфікацію даних про кримінальні правопорушення. Так, у п. 5 ч. 5 ст. 214 проекту йдеться, що до Єдиного реєстру досудового розслідування вносяться відомості про «попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність».

У статті 92 КПК (2012 р.) вказується, що збирання доказів здійснюється сторонами обвинувачення шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних (розшукових) дій. Прикметно, що у ст. 99 і ч. 2 ст. 248 проекту також наголошується, що доказами є матеріали, зібрані оперативними підрозділами. Нескладно переконатися, що у цьому разі йдеться про оперативно-розшукові заходи, передбачені Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність».

По-перше, вони мають таємний характер, по-друге, в КПК (2012 р.) практично відсутня регламентація порядку їх проведення. Це стосується аудіо-, відеоконтролю особи (ст. 260), накладання арешту на кореспонденцію (ст. 261), зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263), зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264), обстеження публічно недоступних місць житла чи іншого володіння особи (ст. 267), установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268), спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269), аудіоконтроль місця (ст. 270), контроль за вчиненням злочину (ст. 271), використання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272), негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274), використання конфіденційного співробітництва (ст. 271).

Вивчення відповідних положень КПК (2012 р.) дає підстави для висновку, що в ході досудового розслідування можуть отримуватися докази двох різновидів: за результатами слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій.

Торбас О. О.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри кримінального процесу

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Одним із основних завдань кримінально-процесуального законодавства є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду (ст. 2 КПК 2012 р.). Відповідно, з метою реалізації цього завдання уповноважені органи повинні чітко дотримуватись норм законодавства та вимагати цього від осіб, які тим чи іншим чином залучаються до кримінального розслідування.

В той же час учасники кримінального провадження, які не володіють владними повноваженнями, мають можливість звертатися до відповідних органів чи посадових осіб з метою захисту своїх прав та законних інтересів. Такий захист відбувається як шляхом подання клопотань, так і оскарження рішень органів досудового розслідування тощо. Проте можна дійти висновку, що можливості учасників кримінального провадження щодо захисту власних прав є дещо обмеженими, і тому одним з основних завдань кримінального процесуального законодавства має бути саме досконале закріплення процедури реалізації прав на захист власних інтересів учасників кримінального провадження.

Як вже зазначалося, одним із основних методів захисту громадянами своїх прав є оскарження рішень та постанов владних органів. З метою такого оскарження особою має бути дотримана відповідна процедура, яка включає в себе також і дотримання строків такого оскарження. Звідси можна дійти висновку, що чітке закріплення процесуальних строків в деяких випадках має вирішальне значення для реалізації громадянами своїх законних прав. Так, наприклад, ст. 303 чинного Кодексу надає перелік рішень, які можуть бути оскаржені слідчому судді лише на досудовому провадженні. В той же час варто зазначити, що в новому КПК моменти настання певних процесуальних наслідків визначений не зовсім чітко. Особливо це помітно саме під час визначення точного моменту закриття кримінального провадження, хоча старий КПК в цьому плані був більш точний. Так, ст. 212 КПК 1961 р. зазначала, що досудове слідство закінчується складанням обвинувального висновку або постанови про закриття справи чи постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру. Проте новий КПК такої чіткості не дає.

Так, ст. 219 КПК зазначає, що досудове розслідування щодо злочинів має бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення особі про

підозру у вчиненні злочину. Частина друга та третя даної статті регулює порядок продовження цих строків та особливості їх обрахунку у зв'язку із зупиненням кримінального провадження. Отже бачимо, що у порівнянні із старим КПК нове процесуальне законодавство лише чітко встановлює момент початку досудового розслідування, в той же час момент закінчення слід шукати у інших статтях. Варто зазначити, що логічніше було б викласти цю статтю в іншій редакції, доповнивши її положеннями, які чітко визначали би момент закінчення досудового розслідування. В такому разі відпала б необхідність шукати відповідні положення в інших статтях Кодексу, тим самим заплутуючи як посадових осіб, так і інших учасників кримінального провадження, які не мають відповідної освіти. Проте перш за все варто чітко визначити, коли саме досудове розслідування вважається закритим.

Закриттю кримінального провадження присвячена стаття 284 КПК. В ній зазначені підстави закриття провадження, порядок такого закриття, особливості оскарження тощо, проте в ній відсутня будь-яка згадка саме про момент закриття кримінального провадження. В такому випадку, не маючи чіткої відповіді, необхідно аналізувати відповідні положення кримінального процесуального законодавства, особливо опираючись при цьому на статті Глави 26 (Оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування), бо саме забезпечення прав учасників кримінального процесу шляхом оскарження відповідних рішень є одним із основних завдань чинного КПК. Ч. 2 ст. 283 КПК зазначає, що прокурор зобов'язаний у найкоротший строк після повідомлення особі про підозру закрити кримінальне провадження. Можна зробити припущення, що момент закриття кримінального провадження збігається із моментом винесення відповідної постанови. Проте в такому випадку зацікавленим особам взагалі не надається часу на оскарження такого рішення (нагадаємо, що ст. 303 КПК дозволяє оскаржувати рішення уповноважених органів та їх посадових осіб лише на стадії досудового розслідування). Іншим логічним припущенням є саме момент затвердження прокурором відповідної постанови слідчого. Проте ст. 284 КПК зазначає, що дане процесуальне рішення слідчого не вимагає погодження прокурором, а сам слідчий лише зобов'язаний повідомити про прийняте ним рішення зацікавлених осіб та прокурора. Можливо, в такому випадку існує необхідність провести певну аналогію між статтями кодексу. Так, ч. 2 ст. 214 КПК зазначає, що досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Можливо, саме внесення відомостей до ЄРДР щодо закриття кримінального провадження і буде моментом закінчення досудового розслідування. Тим паче ч. 3 ст. 283 КПК прямо передбачає обов'язок прокурора внести відповідні відомості до даної інформаційної бази. Це саме підтверджується і Положенням «Про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань», згідно з п.

3.1 р. 1 якого інформація про закінчення досудового розслідування повинна бути внесена протягом 24 годин з моменту прийняття процесуального рішення. Вірогідно, що саме це і буде моментом закриття кримінального провадження. Проте це лише здогадки, бо прямої вказівки в КПК немає.

Отже можна дійти висновку, що у чинному КПК існують деякі прогалини, пов'язані із чітким визначенням моменту закриття кримінального провадження. І з метою кращого забезпечення прав та інтересів учасників кримінального провадження законодавець повинен усунути ці прогалини шляхом внесення відповідних змін до чинного кримінального процесуального законодавства.

Пшенічко С. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри кримінального процесу

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РІШЕНЬ СЛІДЧОГО СУДДІ, ЩО ПРИЙМАЮТЬСЯ ПРИ РОЗГЛЯДІ СКАРГ НА РІШЕННЯ, ДІЇ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ СЛІДЧОГО ЧИ ПРОКУРОРА

Новий Кримінальний процесуальний кодекс, значно удосконаливши систему судового контролю у досудовому провадженні, надав слідчому судді широке коло повноважень при розгляді та вирішенні скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора. Однією із груп рішень слідчого судді, що приймаються у порядку Глави 26 КПК, є рішення, що приймаються у судовому засіданні із розгляду скарги.

Ст. 307 КПК передбачає, що за результатами розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора постановляється ухвала. Ухвала слідчого судді за результатами розгляду скарги на рішення, дії чи бездіяльність під час досудового розслідування може бути про: 1) скасування рішення слідчого чи прокурора; 2) зобов'язання припинити дію; 3) зобов'язання вчинити певну дію; 4) відмову у задоволенні скарги. Крім того, ч. 2 ст. 305 КПК закріпляє повноваження слідчого судді винести ухвалу про закриття провадження за скаргою у разі скасування слідчим чи прокурором рішень, передбачених п. 1, 2, 5 і 6 ч. 1 ст. 303 КПК, припинити дію чи бездіяльність, які оскаржуються, а також у разі скасування прокурором рішення, передбаченого п. 3 ч. 1 ст. 303 КПК.

Однак цей перелік рішень не вичерпує того переліку рішень, який може бути прийнятий за результатами розгляду скарги, враховуючи ті практичні ситуації, які складалися у практиці діяльності суддів за КПК 1960 р. та складаються натепер у діяльності слідчих суддів. Так, наприклад, цей перелік рішень не дає відповіді на питання, яке рішення прийняти, якщо скаржник у судовому засіданні відмовився від скарги або до початку судового засідання її відкликав.

У судовій практиці немає єдності при вирішенні цих ситуацій.

Так, у справі № 119/660/13-к скаржник просив закрити провадження у справі оскільки для скарги немає підстав, а слідчий суддя відмовив у задоволенні скарги (Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29279778). У справі № 398/1063/13-к скаржники відмовилися від скарги і просили провадження закрити, слідчий суддя прийняв рішення про відмову у задоволенні скарги, мотивуючи це тим, що ст. 307 передбачає вичерпний перелік рішень, які може прийняти за скаргою слідчий суддя (Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29576299). У справі № 2213/2645/2012 скаржник просив скаргу залишити без розгляду, однак слідчий суддя прийняв рішення зобов'язати слідчого здійснити перевірку заяви про кримінальне правопорушення, викладене в заяві ОСОБА_1 від 03 грудня 2012 року (Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28388973).

Однак очевидно, що рішення про відмову у задоволенні скарги може бути прийнято лише після її розгляду та вирішення по суті, оцінці доводів скаржника та слідчого / прокурора, визначення обгрунтованності або необґрунтованості вимог, викладених у скарзі. У даних прикладах явно видно, що слідчі судді приймали рішення про відмову у задоволенні скарг, оскільки закон не передбачає можливості прийняти у подібних випадках інше рішення, яке б більш відповідало волевиявленню скаржника, який, по суті, відмовився від своїх вимог, і не було б пов'язане із вирішенням скарги по суті.

У доктрині запропоновано у таких випадках приймати рішення про закриття провадження із розгляду скарги (Гловюк І.В. Судова діяльність у досудових стадіях кримінального процесу: теорія і практика / І.В. Гловюк. – Одеса: Фенікс, 2010. – С. 189) та залишати скаргу без розгляду (Петровский А. Г. Решения, принимаемые в порядке статьи 125 УПК РФ, требуют совершенствования / А. Г. Петровский // Российский судья. – 2006. – № 6. – С. 26). Перша пропозиція є більш обґрунтованою, оскільки предмет судового розгляду вже відсутній, а залишення скарги без розгляду презюмує можливість її повторного подання, що у даному випадку виключено.

У справі № 640/3147/13-к скаргу було відкликано до початку її судового розгляду (заява надійшла до канцелярії суду), заявник у судове засідання не з'явився. Слідчий суддя при цьому указав, що подана заявником заява щодо відкликання скарги та його неявка в судове засідання, призначене до розгляду в передбачений в строк протягом 72 годин, визначений в ч. 2 ст. 306 КПК України, унеможливлює розгляд скарги по суті та прийняття слідчим суддею саме за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого одну з ухвал, передбачених ч. 2 ст. 307 КПК України, і прийняв рішення про повернення скарги заявнику відповідно до ст. 304 КПК України (Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29575778). Однак ч. 2 ст. 304 КПК не передбачає такої підстави для повернення скар-

ги. Очевидно, що слідчий суддя застосував процесуальну аналогію на підставі ч. 6 ст. 9 КПК для доповнення наявної у законі прогалини.

У доктрині у разі відкликання скарги пропонується закривати провадження із розгляду скарги (Шило О. Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України / Шило О. Г. – Х.: Право, 2011. – С. 458) або залишати скаргу без розгляду (Брынцев В. Д. Чернухин В. Г. Судебный контроль (теория и практика). – Х. : 2001. – С. 61; Головюк І.В. Судова діяльність у досудових стадіях кримінального процесу: теорія і практика / І.В. Головюк. – Одеса: Фенікс, 2010. – С. 187). Постанова Пленуму Верховного Суду Російської Федерації Постанови «Про практику розгляду судами скарг у порядку статті 125 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації» від 10.02.2009 р. у п. 8 передбачає, що якщо після призначення судового засідання скарга відкликана заявником, суддя виносить постанову про закриття провадження за скаргою через відсутність приводу для перевірки законності та обгрунтованості дій (бездіяльності) чи рішення посадової особи, яка здійснює кримінальне переслідування. Як уявляється, враховуючи те, що провадження за скаргою вже відкрито, то за цієї скаргою має бути прийнято рішення: або по суті скарги із того переліку, що передбачає ч. 2 ст. 307 КПК, або провадження має бути закрито, для того, щоб не допустити подання аналогічних повторних скарг з метою затягування досудового розслідування шляхом зловживання правом на оскарження.

Підрозділ 21.2
Актуальні проблеми кримінально-процесуального права

Власова Г. П.

Національна академія прокуратури України, завідувач кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ УГОДИ МІЖ ПРОКУРОРОМ ТА ПІДОЗРЮВАНИМ ЧИ ОБВИНУВАЧЕНИМ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ

Укладення угоди про визнання між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості Відповідно до норм нового кримінально-процесуального кодексу України від 13 травня 2012 року є відносно новим інститутом кримінально-процесуального права.

Практика укладання угод між прокурором і стороною захисту про визнання провини в обмін на пом'якшення покарання, зокрема, існує в США (Зведення законів про кримінальний процес, 1940), Росії (Карнопроцесуальний кодекс, 2001), Грузії (Карно-процесуальний кодекс, 2009) і деяких інших державах. Укладення такого виду угод сприяє прискоренню та спрощенню розгляду кримінальних справ у цих державах, прискоренню призначення покарання обвинуваченим (підсудним) та зменшенню навантаження на суди та суддів.

Згідно з підпунктами 3 та 4 ст.469 КПК України угода про визнання винуватості може бути укладена за ініціативою прокурора або підозрюваного чи обвинуваченого у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам.

Таким чином, «домовитися» з прокурором можна буде у випадках вчинення більшості економічних кримінальних правопорушень, таких, наприклад, як: контрабанда, ухилення від сплати податків, фіктивне підприємництво, легалізація доходів, отриманих злочинним шляхом тощо. Відповідно до п.5 ст.469 КПК України ініціювати укладення угоди визнання винуватості може як прокурор, так і підозрюваний або обвинувачений. Причому часу на роздуми у сторін буде достатньо: з моменту інформування громадянина про підозру у скоєнні злочину і до моменту виходу суду до нарадчої кімнати.

На нашу думку, слід наголосити, що наслідком укладення угоди про визнання винуватості є суттєве звуження та обмеження прав сторін, яке однак не можна розглядати як порушення засад змагальності та презумпції невинуватості. Такими наслідками є: а) підозрюваний чи обвинувачений, крім позбавлення права на оскарження вироку суду в апеляційному або касаційному порядку з підстав розгляду провадження за відсутності учасників судового провадження; б) недослідження доказів у судовому засіданні або з метою оспорити встановлені досудовим розслідуванням обставини; в) не має права у судовому засіданні: відмовитися давати показання; подавати та досліджувати докази (ч.2 ст.473 КПК України).

Введення інституту угод, згідно кримінального процесуального кодексу України про визнання винуватості може істотно знизити навантаження на суди шляхом спрощення процедури досудового та судового провадження у випадку співпраці і визнання вини підозрюваним, обвинуваченим в обмін на пом'якшення покарання. Однак, для ефективного функціонування даного інституту необхідно встановити дієвий механізм складання і затвердження угод із закріпленням гарантій пом'якшення (зменшення) строків і розмірів покарання при визнанні вини підозрюваним, обвинуваченим. В результаті, від можливості укладення угоди про

визнання провини між прокурором і підозрюваним (обвинуваченим) виграє і держава, і підозрюваний (обвинувачений).

Таким чином, угода про визнання винуватості – це такий процес досягнення угоди в кримінальному процесі, коли прокурор пропонує підозрюваному (обвинуваченому) визнати свою провину в скоєнні злочину або в скоєнні менш тяжкого злочину за умови, що вирок буде пом'якшений. Угода дає можливість підозрюваному або обвинуваченому уникнути повноцінного судового розгляду і ризику бути визнаним винним за первісним, більш тяжкого звинувачення. З досвіду інших країн, при введенні даного інституту в новому КПК можна очікувати наступних результатів: збільшиться оперативність розслідування кримінальних правопорушень, що позитивно відіб'ється на навантаженні слідчих, оперативних працівників, прокурорів та суддів; заощаджуються сили і засоби органів розслідування, які можна буде спрямувати на розкриття тяжких та особливо тяжких злочинів; «угода з про визнання винуватості» може вплинути на скорочення кількості осіб, засуджених до позбавлення волі, шляхом застосування до них альтернативних видів покарань (обмеження волі, залучення до громадських робіт, виправні роботи і штраф), в тому числі умовне засудження; в КПК може з'явитися новий інструмент для виявлення таких небезпечних форм, як організована злочинність, організоване злочинне угрупування тощо; угода про визнання винуватості дасть можливість суду ухвалити вирок, не досліджуючи всі матеріали справи і спиратися на показання підозрюваного або обвинуваченого; «угода» сприяє прискоренню судового розгляду, наближення моменту реалізації кримінальної відповідальності та зменшення навантаженні суддів; така угода має профілактичний вплив на засуджених, у тому числі з умовно, яким прокурор встановив певні обмеження, в результаті невиконання яких прокурор має право звернутися до суду, який затвердив таку угоду з клопотанням про скасування вироку.

Таким чином, запровадження нового інституту укладення угоди про визнання винності може істотно знизити навантаження на суди шляхом спрощення процедури досудового та судового провадження у випадку визнання провини підозрюваним, обвинуваченим в обмін на пом'якшення покарання. На нашу думку, для ефективного функціонування даного інституту необхідно встановити дієвий механізм складання і затвердження угод із закріпленням гарантій пом'якшення (зменшення) строків і розмірів покарання при визнанні вини підозрюваним, обвинуваченим. В результаті, на наш погляд, від можливості укладення угоди про визнання винуватості між прокурором і підозрюваним або обвинуваченим виграє і держава і підозрюваний, обвинувачений.

Юрчишин В. Д.
Івано-Франківський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», завідувач кафедри теорії та історії держави і права, кандидат юридичних наук, доцент

СУТНІСТЬ ІНСТИТУТУ ІНФОРМУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Прийняття нового КПК України 13 квітня 2012 року, який набув чинності 19 листопада 2012 року сприяло виникненню нових процесуальних інститутів, а в окремих випадках – реформуванню вже існуючих. Одним із таких правових інститутів виступає інформування учасників кримінального провадження.

Досліджуючи сутність інформування учасників кримінального провадження у юридичній науці зустрічаються думки, що інформування виступає не тільки складовою частиною правового статусу учасників кримінального судочинства, але й однією з гарантій охорони та захисту їх прав та як документ (Кайгародова Ю. Е. Уведомление в российском уголовном судопроизводстве., с.32, 36). З даною позицією можна не погодитися із наступних міркувань. По-перше, в кримінальному процесуальному законі України взагалі відсутній термін «інформування», тобто як таких кримінально-процесуальних норм в КПК України щодо самого поняття «інформування» не передбачено. По-друге, у кримінально-процесуальній науці існують різноманітні точки зору з приводу змісту кримінально-процесуальних гарантій: як гарантії визначаються лише норми кримінально-процесуального права (Советский уголовный процесс / под ред. проф. Д. С. Карева., с. 20); ототожнення гарантій з кримінально-процесуальною діяльністю або з процесуальними обов'язками посадових осіб та органів, які здійснюють кримінальне судочинство (Кротова Л. А. Процессуальные гарантии достижения задач уголовного судопроизводства., с.13; Уголовный процесс / под ред. проф. М. А. Чельцова., с. 18-19) тощо. Правильною, на наш погляд, є позиція П.Є. Кондратова, який чітко відмежував гарантії від норм права та кримінально-процесуальної діяльності, зазначивши, що від кримінально-процесуальних гарантій слід відрізняти правові форми їх закріплення (статті законодавства), засоби та способи реалізації (діяльність учасників процесу, які реалізують свої права, виконують обов'язки, дотримуються процесуальної форми, застосовують санкції) та суб'єктів реалізації гарантій (громадяни, посадові особи) (Кондратов П. Е. Гарантии интересов обвиняемого как фактор, определяющий формирование и осуществление советской уголовной политики., с. 72).

На нашу думку, саме по собі інформування як правове явище, не може виступати як кримінально-процесуальна гарантія прав учасників кримінального провадження. Однак безпосередньо форми (повідомлення, виклик слідчим, прокурором, судовий виклик) інформування

учасників кримінального провадження такими гарантіями їх прав виступати можуть, оскільки кримінально-процесуальний закон, встановлюючи форму та порядок усієї кримінально-процесуальної діяльності, створює юридично визначений, обов'язковий режим провадження у кримінальній справі, у тому числі містить і конкретні засоби забезпечення прав громадян (Фоміна Т. Г. Проблемні питання щодо визначення змісту кримінально-процесуальних гарантій прав особи., с.134-140). При цьому, форми інформування учасників кримінального провадження, виступаючи кримінально-процесуальними гарантіями, в першу чергу, випливають із гарантій права на інформацію, права на доступ до публічної інформації, які закріплені в ст.6 Закону України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року та ст. 3 Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 року. Що ж до гарантій права учасників інформування у кримінальному провадженні, то згідно з цими законодавчими актами останні забезпечуються: по-перше, обов'язком органів державної влади, а також органів місцевого самоврядування інформувати про свою діяльність та прийняті рішення; по-друге, створенням у державних органах спеціальних інформаційних служб або систем, що мають забезпечувати в установленому порядку доступ до інформації; по-третє, вільним доступом суб'єктів інформаційних відносин до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, і обмеження цього доступу зумовлюються лише специфікою цінностей та особливими умовами їх схоронності, що визначаються законодавством; по-четверте, створенням механізму здійснення права на інформацію; по-п'яте, здійсненням державного контролю за додержанням законодавства про інформацію; і по-шосте, встановленням відповідальності за порушення законодавства про інформацію.

Аналогічної позиції слід дотримуватися з приводу того, що сутність інформування не виступає в якості кримінально-процесуального акту чи документу. У науці кримінального процесу до процесуальних актів державних органів (слідства, прокуратури та суду), які поділяють на слідчі (виражають попередню правоохоронну діяльність) та судові (завершують її), також виділяють обвинувальний висновок, пояснення, заяви, повістки, ділові й супровідні листи (Процессуальные акты предварительного следствия. Учебное пособие / Редкол.: Гаврилов А. К. (Отв. за вып.), Манаев Ю. В., Михайлов В. А., Радько Т. Н., с. 12-13). В основному, такі ж критерії класифікації кримінально-процесуальних актів застосовують та до їх певного виду відносять виклики, повістки та повідомлення також інші науковці у галузі кримінального процесу (Марочкін О.І. Щодо системи процесуальних рішень слідчого., с.258; Михайленко О. Р. Складання процесуальних актів у кримінальних справах., с.17-24; Громов Н. А. Уголовный процесс России., с. 209-210).

Таким чином, саме по собі інформування не може виступати в якості процесуального акту чи документу. В даному випадку, тільки форми інформування виражаються як кримінально-процесуальні акти чи документи, оскільки відповідний акт або документ від способів та каналів передачі інформації – радіо, телевізійного, телефонного чи усного, – відрізняються передачею повідомлення у формі, зафіксованій на матеріально-предметному носієві. При цьому, в окремих випадках, які стосуються прийняття усних процесуальних рішень, їх форма може мати інше зовнішнє вираження, наприклад, у інших процесуальних документах, таких як повістка, в якій втілюється рішення слідчого про виклик свідка на допит; вказівки, в яких фіксується рішення прокурора про необхідність проведення слідчих дій по кримінальній справі; запит, в якому втілюється рішення слідчого про необхідність отримання додаткової інформації від установи, підприємства чи організації та ін. (Кочура А. В. Окремі аспекти визначення поняття кримінально-процесуальних документів., с.98). Прийняття такого роду кримінально-процесуальних актів обмежується встановленими законом випадками, що у свою чергу в жодному разі не свідчить про їх непотрібність, а навпаки, демонструє їх унікальність і правову своєрідність. Форми інформування, які виступають в якості процесуального акту можна вважати ефективними в тому випадку, коли всі їхні цілі (ближні, більш віддалені, кінцеві) досягнуто в максимально короткий строк з найменшими матеріальними затратами, обмеженнями прав, свобод і законних інтересів особи.

Лук'янчиков Є.Д.
Національний технічний університет України «КПІ»,
професор кафедри інформаційного та підприємницького права,
доктор юридичних наук, професор

Лук'янчиков Б.Є.
Національна академія внутрішніх справ,
доцент кафедри криміналістики та судової медицини,
кандидат юридичних наук, доцент

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОСВІДУВАННЯ

Прийняттям нового КПК України (ст. 241) освідування включено до глави 20 «Слідчі (розшукові) дії». Враховуючи пропозиції науковців та потреби практики досудового провадження пізнавальні завдання даної слідчої дії розширені. До них віднесено не тільки виявлення на тілі особи особливих прикмет, але і слідів кримінального правопорушення. Подібні завдання освідування передбачені законодавством Росії (ст. 179), Казахстану (ст. 226), Арменії (ст. 220), Молдови (ст. 119). На дану обстави-

ну слушно звертала увагу О.В. Капліна. Вона пропонувала відносити до завдань даної слідчої (розшукової) дії виявлення «слідів злочину та інших властивостей і ознак, що мають значення для кримінальної справи» (Капліна О. В. Слідчі дії / О. В. Капліна // Кримінальний процес: підручник / За ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної. – Х. : Право, 2010, с. 313). Можливість встановлення на тілі особи слідів кримінального правопорушення в процесі освідування не викликає заперечень.

Щодо інших завдань освідування слід звернути увагу на наступне. Відповідно до ст.179 КПК РФ поряд з встановленням слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет, до завдань освідування віднесено виявлення «властивостей особи, що мають значення для справи».

Зазначимо, що ні попередній, ні чинний КПК України не згадують про встановлення властивостей особи під час освідування, що, на нашу думку, слід визнати доречним. Аналогічним чином вирішується дане питання в КПК Арменії та Молдови.

Слід звернути увагу на те, що новий КПК України містить декілька новел, відповідно до яких змінюється порядок освідування. З метою забезпечення прав особи на недоторканність, освідування може бути проведене лише на підставі постанови прокурора.

З незрозумілих обставин дана норма обмежує коло осіб, які можуть бути піддані освідування (не згадується про можливість освідування обвинуваченого). Така необхідність може виникнути під час судового розгляду. Законодавець передбачив можливість проведення допиту осіб у різному процесуальному статусі (свідка, потерпілого, обвинуваченого, експерта тощо), пред'явлення для впізнання, дослідження документів, огляд на місці та інші. Під час судового розгляду може скластися ситуація, коли необхідно оглянути тіло обвинуваченого для встановлення на ньому слідів злочину або особливих прикмет (татуювання, шрами тощо). Така дія має бути передбачена законом у розділі судовий розгляд або у загальній нормі (ст.241), де вказати, що її може проводити й суд, а коло суб'єктів освідування доповнити обвинуваченим. Такий підхід законодавчого регулювання зніме сумніви у правомірності освідування обвинуваченого.

Аналіз ст.241 КПК не дозволяє дійти однозначного висновку про види освідування. Слідче освідування не викликає заперечень. Проводить його слідчий, а у разі необхідності залучає судово-медичного експерта або лікаря. Щодо медичного освідування залишаються нез'ясованими окремі питання. В статті зазначається, що воно може проводитися лікарем за згодою особи, яка освідується і не згадується судово-медичний експерт. На нашу думку у цьому вбачається певна прогалина. Проведення освідування судово-медичним експертом може бути більш результативним бо це його професійний обов'язок і повсякденна робота. Слід також зазначити,

що передбачена лише одна форма фіксації результатів освідування – протокол (ч.5 ст. 241). Складання протоколу слідчої (розшукової) дії є прерогативою слідчого. Виникає запитання про те, яким документом мають оформлятися результати освідування проведеного лікарем. Зазначена обставина має знайти обов'язкове відображення в нормі КПК.

Об'єктом освідування є тіло людини, що зачіпає її права на особисту недоторканість. Тому забороняється застосовувати дії, що принижують гідність людини або небезпечні для неї. Якщо освідуванню підлягає особа іншої статі, його проведення доручають слідчому відповідної статі.

Освідування в слідчій практиці часто пов'язано з необхідністю встановити на тілі людини подряпини, сліди укусів, хірургічних операцій, крові тощо. Це потребує використання спеціальних знань у галузі медицини. За КПК 1960 р. проведення такого освідування слідчий доручав судово-медичному експерту або лікарю. Останні за результатами огляду тіла людини складали відповідно акт або довідку. Такі дії Л. Д. Удалова називає медичним освідуванням (Удалова Л. Д. Кримінальний процес України / Л. Д. Удалова. – К. : Вид. ПАЛИВОДА А.В., 2007, с. 182). Разом з тим слід звернути увагу на те, що судово-медичний експерт і лікар підходять до освідування більшою мірою з медичної точки зору і менше уваги звертають на встановлення та фіксацію особливих прикмет і слідів, які можуть у подальшому мати значення для проведення трасологічних досліджень з метою встановлення механізму заподіяння тілесних ушкоджень. У цьому зв'язку слушною є думка С. О. Софронова, про проведення освідування безпосередньо слідчим із залученням до участі у ньому судово-медичного експерта або лікаря (Сафронов С. О. Методика розслідування умисного заподіяння тяжкого і середньої тяжкості тілесних ушкоджень : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / С. О. Сафронов. – К., 1999, с. 13-14). Це дозволить поєднати знання юридичні і медичні під час проведення освідування, щоб встановити наявність і характер тілесних ушкоджень – ран (вогнепальних, різаних або колотих, рубаних або заподіяних тупим предметом); саден, подряпин, синців, слідів дії отруйної речовини, визначити їхні розміри, локалізацію на тілі та правильно і повно відобразити встановлені обставини у протоколі слідчої дії.

На завершення слід зазначити, що урахування наведених пропозицій в процесі подальшого удосконалення норм чинного КПК України, та внесення відповідних уточнень сприятиме покращенню викладення його окремих положень, що стосуються порядку освідування, усуненню неузгодженостей і суперечностей між окремими частинами даної норми.

Волошина В. К.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ПРИНЦИП ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ У ДОКАЗУВАННІ

У розгорнутому вигляді принцип презумпції невинуватості сформульований у Конституції України. Так, ст. 62 Конституції встановлює, що «особа вважається невинуватою у вчинені злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду». Із презумпції невинуватості випливає, що «ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину» (ч. 2 ст. 62). Цей принцип відображений і у чинному КПК у ст. 17 .

Слід зазначити, що у міжнародних стандартах із прав людини принцип презумпції невинуватості сформульовано дещо по-іншому. Так, відповідно до ч. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, кожна людина, обвинувачена у вчиненні кримінального злочину, вважається невинуватою доти, доки її вину не буде доведено згідно з законом. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права передбачає у ст. 14, що кожен обвинувачений у кримінальному злочині має право вважатися невинним, поки винність його не буде доведена згідно з законом. Таким чином, міжнародні стандарти з прав людини пов'язують спростування презумпції невинуватості не лише з вироком суду, але і з порядком, передбаченим у законі. Тобто Конституція України передбачає більш жорсткі гарантії реалізації цього принципу.

Правовим змістом принципу презумпції невинуватості є такі положення: обов'язок доведення винуватості обвинуваченого лежить на слідчому, прокурорі, а по справах приватного обвинувачення – на потерпілому і його представнику; особа не зобов'язана доводити свою невинуватість або меншу винуватість, або наявність обставин, які виключають кримінальну відповідальність; всі сумніви, які неможливо усунути, повинні тлумачитися на користь особи, а недоведена винуватість є рівнозначною доведеній невинуватості; підозра, обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях, доказах отриманих незаконним шляхом; факт залучення особи як підозрюваного, обрання до нього запобіжного заходу не повинні розцінюватися як доказ його винуватості; до остаточного вирішення кримінального провадження й офіційного визнання особи винною у вчиненні кримінального правопорушення, з особою не можна поводитися як з винною, а також публічно, у засобах масової інформації та в інших або офіційних документах твердити, що ця особа є злочинцем.

Іншими словами, тільки в момент набуття законної сили обвинувального вироку суду засуджений може вважатися винуватим у вчиненні кримінального правопорушення і піддаватися засобам кримінального покарання. Однак до цього моменту будь-які публічні твердження про вину-

ватість особи або обмеження прав обвинуваченого (наприклад, житлових, трудових та ін.), які застосовуються до осіб, винуватих у вчиненні кримінальних правопорушень, буде порушенням цього принципу.

Невинуватість обвинуваченого, згідно із принципом презумпції невинуватості, не має потреби в доказуванні – вона презюмується й існує до того моменту, поки вироком, який вступив в законну силу, суду не встановлене зворотне.

Діяльність по спростуванню презумпції невинуватості починається зі стадії досудового розслідування, яка спрямована на збирання, перевірку й оцінку доказів стороною обвинувачення. У ході досудового розслідування принцип презумпції невинуватості існує в обмеженому виді. Сторони не рівні у своїх процесуальних можливостях по збору доказів за допомогою слідчих (розшукових) і інших процесуальних дій. Їх провадити – це прерогатива лише сторони обвинувачення. Сторона захисту позбавлена такої можливості, вона може лише клопотати перед слідчим про проведення тих чи інших дій.

Сформульоване на стадії досудового розслідування обвинувачення для суду є лише думкою сторони обвинувачення, і суд не зв'язаний доводами, що приводяться при цьому. При направленні кримінального провадження до суду сторона обвинувачення має довести суду винуватість певної особи. Термін «доведеність» законодавець застосовує для характеристики суті обвинувачення, фактичних обставин справи кримінального провадження . На етапі судового слідства відбувається дослідження й у деяких випадках збирання нових доказів. Слід зазначити, що суд наділений повноваженнями у процесі доказуванні по збиранню, перевірці, та оцінці доказів.

Сторона захисту на стадії судового розгляду є повноправним суб'єктом під час розгляду кримінального провадження. Вона має право брати активну участь у судовому засіданні, заявляючи різноманітні клопотання. На відміну від стадії досудового розслідування сторона захисту у суді бере участь у процесі доказування в повному обсязі, як представляючи докази, так і беручи участь у їхньому дослідженні.

Треба зазначити, що лише діяльність суб'єктів сторони обвинувачення спрямована на спростування презумпції невинуватості. Згідно ч. 2 ст. 17 КПК нікто не зобовязаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. З даного положення однозначно випливає, що сторона обвинувачення повинна представити суду достатню сукупність належних, допустимих і достовірних доказів, які підтверджують наявність обставин, передбачених ст. 91 КПК.

Дії суду під час судового розгляду направлені на безпосереднє дослідження усіх доказів, а також на повне, всебічне й об'єктивне дослідження

всіх обставин кримінального провадження. Суд керує судовим слідством, він самостійний у збиранні, перевірці, оцінці доказів. Суд не зв'язаний попередньою оцінкою всієї сукупності зібраних доказів органами досудового розслідування. Судові дії не спрямовані на спростування презумпції невинуватості, а служать правовим засобом перевірки й дослідження доказів, результатом яких є винесення обгрунтованного й законного вироку.

Бабічев Д. О.

Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, заступник начальника кафедри інформатики, спеціальної техніки та інформаційних технологій у діяльності ОВС, кандидат юридичних наук, доцент

ПРИЙНЯТТЯ РІШЕНЬ В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ: ОКРЕМІ НЕУЗГОДЖЕНОСТІ ЧИННОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Неодмінною складовою діяльності правоохоронних органів, що віддзеркалює ефективність виконання покладених на них завдань, є своєчасне й обґрунтоване прийняття рішень щодо заходів адекватного реагування на будь-які прояви кримінального характеру. У більшій мірі це стосується сфери оперативно-розшукової діяльності, суб'єкти якої наділені спеціальними повноваженнями щодо попередження, своєчасного виявлення і припинення злочинів.

У теорії ОРД окремі аспекти або суміжні питання проблеми прийняття рішень розглядали Л.Ш. Берекашвілі, М. П. Водько, А.Ф. Возний, К.К. Горяїнов, Д.В. Гребельський, Е.О. Дідоренко, О.Ф. Долженков, С.В. Єськов, В.П. Захаров, І.П. Козаченко, О.І. Козаченко, В. П. Крошко, Д.Й. Никифорчук, В.С. Овчинський, С.С. Овчинський, Ю.Ю. Орлов, В.Л. Ортинський, М.А. Погорецький, Б.Г. Розовський, Е.В. Рижков, В.Г. Самойлов, В.П. Столбовий, І.Ф. Хараберюш, В. О. Черков, О.М. Чистолінов, М.Є. Шумило, О.Ю. Шумілов, Г.О. Юхновець, В.І. Янушко й інші вчені. Утім, в умовах прийняття нового КПК України та закономірного змінення оперативно-розшукового законодавства важливі нормативні новації щодо рішень в ОРД залишилися неузгодженими, неоднозначно застосовуються в практиці роботи оперативних підрозділів, у зв'язку з чим потребують окремого обговорення в колі фахівців цієї галузі знань.

Перш ніж їх розглянути зазначимо підвалини подальших міркувань, висновків і пропозицій. Передусім, зауважимо, що *прийняттям рішень в ОРД* охоплюються, переважно, засадничі правила проведення уповноваженими суб'єктами ОРЗ, як основного інструменту протидії злочинності. За існуючої правової регламентації *рішення про проведення ОРЗ* становить собою державно-владний правозастосовний акт, що приймається за наявності правових підстав уповноваженими посадовими особами оператив-

них підрозділів ОВС у межах своєї компетенції з метою досягнення цілей ОРД (Бабічев Д. О. Правова природа рішень про проведення оперативно-розшукових заходів // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2010. – № 1. – С. 270).

На такому підґрунті, а також підкреслюючи визначальну роль рішень про проведення ОРЗ в ОРД, не можна не помітити відсутність законодавчого встановлення переліку зазначених заходів, чітких критеріїв їх відмежування від негласних слідчих (розшукових) дій. Неоднозначно прописана й сама процедура прийняття й реалізації вказаних рішень.

Так, з приводу чіткого визначення переліку ОРЗ можемо зауважити, що чинною редакцією закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», нажаль, залишилися не враховані ні пропозиції зацікавлених у вдосконаленні теорії й практики ОРД дослідників, ні думки відомих фахівців, що неодноразово розроблювали проекти вищевказаного закону. Не звернено законодавцем увагу й на відповідну практику «братських» держав колишнього СРСР, а саме Російської Федерації, Республіки Білорусь, Республіки Таджикистан та ін., які на базі Модельного закону держав – учасників СНД «Про оперативно-розшукову діяльність» в однойменному законі цей перелік давно закріпили.

У даному контексті вельми цікавою є ч. 2 ст. 8 закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Детальний її аналіз дозволяє припустити, що ОРЗ і відповідно рішення про їх проведення умовно класифікуються на три категорії: 1) ті, що потребують дозволу слідчого судді; 2) ті, що потребують рішення прокурора; 2) ті, що дозволу слідчого судді або рішення прокурора не потребують (здійснюються керівником відповідного оперативного підрозділу або його заступником з повідомленням про прийняте рішення прокурора). Однак, навіть за такої конструкції система ОРЗ з огляду на близькі до них за природою й пізнавальною сутністю негласні слідчі (розшукові) дії виглядає щонайменш умовною. Зокрема, підтримуємо фахівців, які вважають, що віднесення конфіденційного співробітництва до негласних слідчих (розшукових) дій є поспішним помилковим рішенням (Еськов С. В. Следственные (розыскные) действия в новом Уголовном процессуальном кодексе Украины: их система и виды // Веснік Гродзенскага дзяржаунага універсіиэта імя Янкі Купалы. – 2013. – Серыя 4. – № 1. – С. 78).

Певний колапс простежується і у встановленій законодавцем процедурі прийняття й реалізації рішень про проведення ОРЗ. Звертаючись до положень знов таки ст. 8 закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», очевидною є необхідність заміни формулювання *«згідно з положеннями» на «за правилами».* Це дозволить оперативним підрозділам легітимно проводити ОРЗ у межах власне оперативно-розшукового провадження, своєчасно й повноцінно отримувати й перевіряти оперативно значущу інформацію, планомірно й всебічно здійснювати оперативне до-

кументування протиправної діяльності окремих осіб та груп тощо. Керівними ж стануть правила та механізми, закладені до нового КПК України.

Зазначені тези потребують детальної аргументації в колі фахівців з ОРД. Сподіваємося на широке їх обговорення й плідну дискусію.

Смирнов М.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ

Використанню відео– або телефонної конференції (далі – ВК) при збиранні та перевірці доказів у кримінальному провадженні, присвячені ст. 232 КПК «Проведення допиту, впізнання у режимі відеоконференції під час досудового розслідування»; ст. 336 КПК «Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження»; ст. 567 КПК «Допит за запитом компетентного органу іноземної держави шляхом проведення відео– або телефонної конференції».

ВК є однією із процесуальних форм використання інформаційних технологій у кримінальному провадженні. Термін «ВК» використовується для позначення заходу, учасники якого територіально віддалені один від одного, а тому спілкування між ними відбувається з використанням технічних засобів зв'язку, що забезпечують передачу зображення і звуку в режимі реального часу.

Проведення слідчих дій за допомогою ВК не може замінити собою безпосередню участь особи в проведенні слідчої дії, тому її застосування є можливим та доцільним лише за наявності підстав, передбачених ч. 1 ст. 232 КПК.

У режимі ВК може бути проведені: 1) допит осіб, в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб (очна ставка); 2) пред'явлення для впізнання осіб та речей.

Процесуальний порядок проведення слідчих дій у режимі ВК має деякі особливості, що відрізняють його від загального порядку проведення зазначених дій.

При проведенні допиту особи у режимі ВК деякі труднощі викликає встановлення психологічного контакту з допитуваним, встановлення якого є важливою складовою ефективності слідчої дії.

Під час проведення вербальних слідчих дій у режимі ВК знижується рівень комунікативного контакту з його учасником. Ця обставина зумовлена необхідністю одержати особисте, безпосереднє враження від допитуваного та врахувати всі нюанси його поведінки під час давання показань, а також відсутністю: 1) безпосереднього (тобто віч-на-віч) спілкування слідчого, прокурора або слідчого судді з учасником слідчої дії; 2)

технічною складністю передачі всього обсягу інформації; 3) сприятливої для спілкування атмосфери слідчої дії.

Зниження рівня комунікативного контакту під час проведення слідчих дій у режимі ВК не слід розглядати як суттєву перешкоду для впровадження в кримінальне провадження ВК, яка не створює нездоланного бар'єру для ефективної комунікації між учасниками слідчої дії.

При проведенні слідчої дії у режимі ВК слід забезпечити належну якість зображення і звуку, а також інформаційну безпеку. З цією метою слідчий, прокурор чи слідчий суддя повинні залучити до участі у проведенні слідчої дії у режимі ВК спеціаліста. Основою метою залучення спеціаліста до участі у проведенні слідчої дії за допомогою ВК є забезпечення належної якості передачі зображення і звуку, безперервного і стабільного сеансу зв'язку та інформаційної безпеки ВК.

КПК не дає визначення термінів «належна якість зображення і звуку» та «інформаційна безпека».

Перед початком проведення слідчої дії у режимі ВК необхідно переконатися, що ніщо не перешкоджає особі вільно давати показання, заявляти клопотання, надавати докази, що дозволяє уникнути так званого впливу «поза кадром». Проведення слідчої дії у режимі ВК повинно бути організоване таким чином, щоб було видно не тільки її учасників, але і все приміщення, у якому воно здійснюється, а також всіх осіб, що приймають участь або присутні при його проведенні, з метою спостереження за їхньої реакцією на конкретні показання або поставлені питання.

Учасникам слідчої дії повинна бути забезпечена можливість ставити запитання і отримувати відповіді осіб, які беруть участь у слідчій дії у режимі ВК, реалізовувати інші надані їм процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки, передбачені КПК.

Оскільки відповідно до ч. 6 ст. 224 КПК допитувана особа має право використовувати під час допиту власні документи і нотатки, якщо її показання пов'язані з будь-якими обчисленнями та іншими відомостями, які важко зберегти в пам'яті, при допиті у режимі ВК слід забезпечити можливість передати інформацію, яка міститься в таких документах та нотатках. Для цього в місці перебування допитуваної особи слід встановити сканер, а в місці перебування слідчого, прокурора, слідчого судді та інших учасників слідчої необхідно дії – принтер.

ВК повинна відбуватися також із забезпеченням інформаційної безпеки, тобто слід забезпечити захищеність інформації та підтримуючої її інфраструктури від випадкового чи навмисного впливу природного чи штучного характеру, що можуть завдати шкоди кримінальному провадженню, призвести до розкриття таємниці досудового розслідування, змісту показань, що були надані під час слідчої дії, даних про осіб, які знаходяться під державним захистом тощо.

Особливості процедури проведення слідчої дії у режимі ВК залежать від місця перебування допитуваної особи. Така особа, може знаходитися на території, що перебуває під юрисдикцією органу досудового розслідування, або поза такою територією.

У ч. 1 ст. 104 КПК зазначається, що у випадках, передбачених КПК, хід і результати проведення процесуальної дії фіксуються у протоколі. Стаття 232 КПК не містить прямої вказівки щодо фіксації ходу і результатів допиту проведеного у режимі ВК у протоколі. Водночас у КПК існує низка непрямих вказівок, які свідчать про обов'язковість складання протоколу допиту проведеного у режимі ВК.

З метою забезпечення оперативності кримінального провадження ч. 11 ст. 232 КПК передбачається спрощений порядок отримання у режимі ВК відомостей, які мають значення для кримінального провадження. Обставини, що були повідомлені особою під час опитування, не мають доказового значення, а мають характер орієнтовною інформацією для цілей досудового розслідування.

Пожар В. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук

ЩОДО ТЕРМІНОЛОГІЧНОГО ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ «СУБ'ЄКТИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ» ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ З СУМІЖНИМИ ПОНЯТТЯМИ

З прийняттям нового КПК України 2012 р. був змінений підхід до визначення суб'єктів кримінального процесу. Законодавець використовую нову термінологію, зокрема запроваджується поняття «учасники кримінального провадження» під яким підпадають майже усі суб'єкти кримінального процесу, за винятком суду та слідчого судді. Крім того, з'явилися нові учасники кримінального провадження, яких раніше не було у старому КПК 1960 р., такі як заявник, судовий розпорядник, які також є суб'єктами кримінального провадження.

В теорії поняття суб'єктів кримінального провадження (процесу) визначають по-різному. Суб'єкт – необхідний елемент кожного правового відношення, оскільки всяке юридичне відношення є відношенням між суб'єктами (Погорецький М. А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: монографія. – Х.: Арсіс, 2002. – С.30.).

Загальною теорією права до суб'єктів права відносяться громадяни і організації, які виступають як носії встановлених законом прав і обов'язків, тобто фізичні та юридичні особи, які визнаються законом здатними мати права і обов'язки. До орбіти кримінального судочинства залучається значне коло органів, посадовців і громадян. Всі вони здійснюють кримінально-процесуальну діяльність, виступають носіями прав і

обов'язків і тому можуть бути названі суб'єктами кримінального процесу (провадження).

Поняття суб'єкта кримінально-процесуальної діяльності є рівнозначним поняттю суб'єкта кримінально процесуального права. Насправді, щоб стати носієм кримінально-процесуальних прав і обов'язків, тобто, суб'єктом кримінально-процесуального права, треба бути суб'єктом кримінально-процесуальної діяльності. Немає і не може бути суб'єкта кримінально-процесуального права, що існує незалежно від участі в судочинстві у конкретній справі. Поза цією участю, поза процесом неможливо мати і здійснювати (виконувати) процесуальні права і обов'язки.

У кримінально-процесуальному законодавстві України немає визначення поняття «суб'єкти кримінального провадження», для цього вживаються інші терміни: «учасники кримінального провадження», «учасники судового провадження», «сторони кримінального провадження». Більш глибокій аналіз цих понять дає нам можливість стверджувати, що з теоретичної точки зору найбільш ширшим є поняття «суб'єктів кримінального провадження». Отже, до кола суб'єктів кримінального провадження належать: суд, слідчий суддя та учасники кримінального провадження. До учасників кримінального провадження КПК відносить усіх суб'єктів, які беруть участь у кримінальному провадженні, крім суду, судді та слідчого судді (п. 25 ст. 3 КПК). Новий КПК 2012 р. виходив з того, що вся кримінально-процесуальна діяльність спрямована до суду (слідчого судді) і здійснюється з метою досягнення основної мети – належного здійснення правосуддя. Тому всі інші органи і особи, крім цих двох суб'єктів, тобто, суду і слідчого судді, є учасниками кримінального провадження, а отже приймають участь у проваджені, що здійснюють слідчий суддя чи суд.

Серед учасників кримінального провадження законодавець окремо виділив сторони кримінального провадження – з боку обвинувачення: слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники (п. 19 ст. 3 КПК). На нашу думку, абсолютно нелогічним є те, що цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники чомусь не належать до сторін провадження. І навіть потерпілий не завжди є стороною обвинувачення, а лише у випадках відмови прокурора від обвинувачення, зміни обвинувачення на менш тяжке, а також у справах приватного обвинувачення. Це принципові помилки законодавця аж ніяк не сприяють захисту прав та законних інтересів цих учасників провадження.

Отже, до суб'єктів кримінального провадження належать взагалі всі суб'єкти кримінально-процесуальних відносин, тобто, державні органи й посадові особи, які ведуть кримінальне провадження, особи, які залучаються до кримінального провадження для захисту своїх прав й законних інтересів або для виконання своїх обов'язків, особи, які сприяють здійсненню кримінального провадження, тощо.

До ознак, що характеризують суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, відносять: а) здійснення кримінально-процесуальної діяльності, б) наявність певних прав і обов'язків, в) вступ у кримінально-процесуальні відносини з іншими суб'єктами процесу за своєю ініціативою або в силу вимоги закону (Альперт С. А. Субъекты уголовного процесса. – Х., 1997 Рахунов Р. Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. – М., 1961. – С. 19).

В цілому погоджуючись з цими ознаками, вважаємо за необхідне зробити деякі уточнення. Так, першу ознаку необхідно визначати як здійснення або участь у кримінально-процесуальній діяльності, оскільки є суб'єкти які безпосередньо не здійснюють цю діяльність, але приймають в ній участь. Другу ознаку необхідно сформулювати як наявність відповідних повноважень, прав і обов'язків, оскільки такі суб'єкти як суд, слідчий суддя, прокурор, слідчий діють ex officio і володіють державними повноваженнями на здійснення кримінального провадження.

Отже, підсумовуючи наведене, слід визначити поняття суб'єктів кримінального провадження як певні державні органи, посадові особи, які здійснюють кримінальне провадження і наділені для цього відповідною компетенцією, та особи, які мають певний інтерес в результаті справи або залучалася в силу закону до провадження для виконання певних функцій, і наділені відповідними правами й обов'язками для захист своїх прав, законних інтересів та реалізації своїх завдань та функцій у кримінальному проваджені.

Габлей Н. Г.

Івано-Франківський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального права, процесу і криміналістики, кандидат юридичних наук

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСЯЖНИХ У КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ

Конституція України передбачає, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних (ч. 4 ст. 124), що правосуддя в Україні здійснюють професійні судді та у визначених законом випадках народні засідателі і присяжні (ч. 1 ст. 127), а також, що судочинство провадиться суддею одноособово, колегією суддів чи судом присяжних (ч. 2 ст. 129).

Деякі автори, зазначаючи, що суд присяжних не позбавлений елементів емоційності, категорично і досить емоційно висловлюються проти запровадження суду присяжних в Україні (Маляренко В. Т. Конституційні засади кримінального судочинства: Науково-практичне видання / В. Т. Маляренко. – Київ: Юрінком Інтер, 1999, с. 188]. Інші автори, не без впливу емоційних публікацій перших, щодо запровадження суду присяжних в України досі не визначились (Лобойко Л. М. Щодо доцільності запровадження суду присяжних в Україні / Л. М. Лобойко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: Збірник наукових праць. 2008. – № 3.(39), с. 257). Лише невеличка група вчених підтримала саму ідею відновлення інституту суду присяжних у національному законодавстві (Михеєнко М. М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори / М. М. Михеєнко. – Київ, 1999, с. 171-174; Русанова І. Становлення суду присяжних в Україні: деякі міркування / І. Русанова // Право України. – 1999. – № 7, ч. 71-73; Сірий М. І. Здорового глузду і справедливості не вистачає / М. І. Сірий // Український юрист. – 2004. – № 2 (14), с. 35; Тертишник В. Суд присяжних: суть ідеї, історичний досвід, перспективи становлення та актуальні проблеми сьогодення / В. Тертишник // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 11, с. 3-4). Разом з тим окремі автори йдуть далі і пропонують відновити не тільки суд присяжних, а й інститут мирових суддів (Тертышник А. Судебная власть и судопроизводство / А. Тертышник // Юридическая практика. – 2004. – № 27, с. 1-17).

Відповідно до чинного КПК України кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, здійснюється колегіально судом у складі трьох професійних суддів, а за клопотанням обвинуваченого – судом присяжних у складі двох професійних суддів та трьох присяжних (Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651д-17).

Відповідно до частини 1 статті 59 закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 р. присяжним може бути громадянин України, який досяг тридцятирічного віку і постійно проживає на території, на яку поширюється юрисдикція відповідного суду (Про судоустрій та статус суддів: закон України від 7 липня 2010 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17). Як бачимо, вік присяжного є на 5 років вищий від найнижчого вікового цензу судді (25 р. відповідно до ст. 64 вищезазначеного закону), що є неприпустимим. Тому вважаємо, що це питання підлягає узгодженню, зокрема шляхом зниження віку присяжного.

Під час наради суддя чи присяжний не має права ухилятися від відповідей на поставлені питання. Вони повинні висловити своє ставлення до

кожного з них та дати на них однозначну відповідь. Також ніхто зі складу суду присяжних не вправі утриматися від голосування, крім випадку, коли вирішується питання про міру покарання, а суддя чи присяжний голосував за виправдання обвинуваченого. В такому разі таке утримання вважається голосом, який додається тих голосів, поданих за рішення, які є найсприятливішими для обвинуваченого. Яке рішення є найсприятливішим для обвинуваченого також вирішується шляхом голосування. Усі питання під час наради в суді присяжних вирішуються простою більшістю голосів, як і ухвалення остаточного судового рішення. У зв'язку з цим, якщо у більшості, яка ухвалила рішення, немає професійного судді, головуючий зобов'язаний надати кваліфіковану допомогу присяжним при його складенні. На думку В. М. Тертишника, пропонувати неосвіченим в юриспруденції людям голосувати по чисто юридичним проблемам, по суті дискредитувати саму ідею суду присяжних (Тертишник В. М. Суд присяжних: ростки і суть ідеї та її мімікрія при реформування кримінального судочинства України / В. М. Тертишник // Право України. – 2012. – № 7. – С. 274-279, с. 275).

І це цілком вірно, адже класично присяжними є особи, які мають будь-яку вищу освіту, окрім юридичної. Але не можна не зважати на низький рівень правової культури в Україні, а отже, члени суду будуть приймати рішення виключно на основі внутрішньої інтуїції без врахування дійсно важливих правових аспектів для вирішення кримінального провадження. Вважаємо за доцільне проводити хоча б початкову підготовку присяжних, а також чітко закріпити порядок їх добору. Тому цілком підтримуємо позицію С. Ю. Обрусної, яка вважає, що процес впровадження інституту присяжних в Україні потребуватиме прийняття низки нормативно-правових актів або окремого закону «Про суд присяжних», який би визначав правові засади організації суду присяжних, правовий статус присяжного та інші питання, пов'язані із діяльністю вказаного суду (Обрусна С. Ю. Механізм запровадження суду присяжних в Україні: історичний досвід та сучасні перспективи / С. Ю. Обрусна // Форум права. Наукове наукове фахове видання. – 2012. – № 2, с. 501).

Отже, інститут присяжних засідателів поки що в нашій державі є формальним і немає чіткого регламентування та не втілює основну ідею його існування – поділ судової влади на дві відносно самостійні інституції (суд присяжних і професійних суддів), які взаємно контролюють один одного, що створює додаткові важелі стримувань і противаг проти свавілля та зменшує можливості судових помилок; відокремлення питання про винність (це питання вирішується присяжними у вердикті) від питання про покарання (це питання вирішує суддя у вироку) , що обмежує можливості зловживання.

Кіцен Н. В.
ВСП Чернівецький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ОБСЯГ ПЕРЕВІРКИ СУДОВИХ РІШЕНЬ, ЩО НЕ НАБРАЛИ ЗАКОННОЇ СИЛИ, У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ ЗА КПК РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ

В умовах дії нового КПК 2012 р. важливе значення має дослідження, серед інших, і питань, пов'язаних із апеляційною перевіркою судових рішень; одним із таких питань є межі апеляційного перегляду судових рішень. КПК 2012 р. регламентував межі перегляду судом апеляційної інстанції наступним чином: суд апеляційної інстанції переглядає судові рішення суду першої інстанції в межах апеляційної скарги. Суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого або особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Якщо розгляд апеляційної скарги дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, в інтересах яких апеляційні скарги не надійшли, суд апеляційної інстанції зобов'язаний прийняти таке рішення. Тим самим законодавець відмовився від ревізійного порядку перевірки, віддавши перевагу у цілому використанню диспозитивного підходу до визначення обсягу перевірки. У зв'язку із цим методологічно вірним буде порівняння регламентації цього питання із КПК РФ, де нещодавно набрали чинності нові норми, що регламентують апеляційне провадження.

Первинна редакція ч. 2 ст. 360 КПК РФ вказувала, що суд, який розглядає кримінальну справу в апеляційному чи касаційному порядку, перевіряє законність, обґрунтованість, справедливість судового рішення лише у тій частині, в якій його оскаржено, і стосовно тих засуджених, яких стосується скарга або подання. Ця норма зазнала критики у доктрині.

Надалі було внесено зміни і закріплено, що якщо при розгляді кримінальної справи будуть встановлені обставини, які стосуються інтересів інших осіб, засуджених або виправданих у цій же справі, і стосовно яких скарга або подання не були подані, то кримінальна справа повинна бути перевірена і стосовно цих осіб. При цьому не може бути допущено погіршення їх становища. При розгляді кримінальної справи у касаційному порядку суд вправі пом'якшити засудженому покарання або застосувати закон про менш тяжкий злочин, але не вправі посилити покарання, а також застосувати закон про більш тяжкий злочин. Суд касаційної інстанції вправі скасувати виправдувальний вирок у зв'язку з необхідністю застосування закону про більш тяжкий злочин чи призначення більш суворого покарання у випадках, передбачених ч. 2 ст. 383 та ст. 385 КПК.

У доктрині по-різному було оцінено зміну меж розгляду справи судом апеляційної або касаційної інстанції. Так, учені указували на відновлення (Н. Г. Муратова), надмірне розширення (О.А. Дінер) або часткове відновлення (В. Бож'єв) елементів ревізії. Однак деякі автори вказали на те, що не можна говорити про ревізію або часткову ревізію, а норма ч. 2 ст. 360 КПК РФ не поновлює ревізійний початок (О. О. Сухова).

Як уявляється, все ж таки можна стверджувати про наявність елементів ревізійного порядку в нормах ч. 2 ст. 360 КПК РФ у зазначеній редакції, оскільки, якщо при розгляді кримінальної справи буде встановлено обставини, які стосуються інтересів інших осіб, засуджених або виправданих у цій же справі, і стосовно яких скаргу або подання не було подано, то кримінальна справа має бути перевірена і стосовно цих осіб.

Однак Федеральним Законом від 29 грудня 2010 р. № 433-ФЗ значно трансформовано межі перевірки справи в апеляційному порядку. Так, у відповідності до ч. 1,2 ст. 389.19 КПК РФ, при розгляді справи в апеляційному порядку суд не пов'язаний доводами апеляційної скарги, подання и вправі перевірити провадження у кримінальній справі у повному обсязі. Якщо у кримінальній справі засуджено декілька осіб, а апеляційна скарга або подання принесені тільки одним із них або стосовно деяких із них, суд апеляційної інстанції вправі перевірити кримінальну справу стосовно всіх засуджених. Тобто фактично можна стверджувати про відновлення ревізійного порядку перевірки судових рішень, хоча і з обумовленням, що у зазначеній статті указується на право суду, а не на його обов'язок.

Пленум Верховного Суду РФ у Постанові від 27.11.2012 р. «Про застосування норм Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації, які регламентують провадження у суді апеляційної інстанції» (п. 17) додатково роз'яснив, що при розгляді кримінальної справи у апеляційному порядку суд незалежно від доводів скарги перевіряє наявність передбачених статтею 389.15 КПК РФ підстави скасування або зміни судового рішення, що не тягнуть за собою погіршення становища засудженого (виправданого). Встановивши наявність таких підстав, суд апеляційної інстанції у силу положень частин 1 та 2 статті 389.15 КПК РФ скасовує або змінює судове рішення стосовно усіх засуджених, яких стосуються допущені порушення, незалежно від того, хто з них подав скаргу і стосовно кого принесено апеляційну скаргу або подання. Як видно, прийняття рішення про скасування або зміну рішення фактично у ревізійному порядку все ж таки обмежено дією положення про недопустимість повороту до гіршого, оскільки ст. 389.24 КПК РФ закріпляє, що обвинувальний вирок, ухвала, постанова суду першої інстанції можуть бути змінені у бік погіршення становища засудженого не інакше як за поданням прокурора або за скаргою потерпілого, приватного обвинувача, їх законних представників та (або) представників; виправдувальний вирок суду першої інстанції може бути скасовано судом апеляційної інстанції з переданням кримінальної

справи на новий судовий розгляд не інакше як за поданням прокурора або за скаргою потерпілого, приватного обвинувача, їх законних представників та (або) представників на незаконність і необґрунтованість виправдання підсудного. Як указується у літературі, законодавець не тільки не відмовився від ревізійного початку перевірки, а й посилів його дію; мова йде про перевірку усієї кримінальної справи, а не доводів скарги, подання (В. Д. Потапов).

Таким чином, аналізуючи оновлені положення КПК РФ, які регламентують апеляційне провадження, можна стверджувати, що законодавцем практичне відновлено ревізійний порядок перегляду, однак із двома істотними зауваженнями: по-перше, повний перегляд справи є правом, а не обов'язком суду апеляційної інстанції; по-друге, обсяг перегляду обмежено дією положення про недопустимість повороту до гіршого.

Шилін Д. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ДІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРЕЮДИЦІЙ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

В кримінальному процесі виникає питання про доказове значення актів адміністративних органів у кримінальному процесі та специфіки предмету доказування у подібних випадках. Так, вченими обґрунтовано визначаються особливості предмету доказування у справах про злочини з адміністративною преюдицією, а саме правомірність преюдиціальної умови і зберігання її юридичної чинності до моменту вчинення інкримінованого діяння. Ця обставина, на думку З. Д. Смітієнко та Я.І. Кінаша, містить у собі три відносно самостійні елементи: обґрунтованість притягнення до адміністративної відповідальності, тобто наявність складу проступку у діях особи, підданої адміністративному стягненню, доказаність усіх обставин справи і вірність обраної кваліфікації; законність накладення адміністративного стягнення, іншими словами: а) дотримання норм, що регламентують провадження у справах про адміністративні правопорушення, вилучення з яких спричиняє скасування адміністративного рішення (строки давнини та ін.), і б) відповідність міри адміністративного стягнення санкції, встановленої законом; вчинення інкримінованого правопорушення в межах терміну дії преюдиційної умови (Смітієнко З. Д. Предмет доказування у справах про злочини з адміністративною преюдицією / З. Д. Смітієнко, Я.І. Кінаш // Держава і право. – Вип. 9. – С. 343).

КПК не вирішує питання про доказове значення рішень у справах про адміністративні правопорушення у кримінальному процесі. Однак

шляхи вирішення цього питання запропоновані у літературі. Так, на думку Ю. М. Грошевого, акт застосування заходів адміністративного впливу обов'язковий для суду, який розглядає кримінальну справу, лише з питання, чи мало місце адміністративне правопорушення і чи вчинено воно цією особою. Однак, якщо у суду виникли сумніви щодо законності та обґрунтованості застосування заходів адміністративного впливу, то він зобов'язаний перевірити істинність фактів, встановлених адміністративним органом, тобто суд повинен перевірити законність та обґрунтованість притягнення особи до адміністративної відповідальності. Тільки встановивши, що обвинувачений притягнений до адміністративної відповідальності за наявності достатніх підстав, суд вправі оцінити акт притягнення особи до адміністративної відповідальності як преюдиціальний (Грошевой Ю. М. Правовые свойства приговора – акта социалистического правосудия: Учебное пособие / Грошевой Ю. М. – Харьков, 1978. – С. 19).

При вирішенні питання про значення рішень у справах про адміністративні правопорушення у процесі кримінально-процесуального доказування, слід врахувати те, що ці фактичні дані, встановлені цими актами, можуть бути зібрані, перевірені і оцінені. Збираються вони ще у досудовій стадії процесу або надаються суб'єктами, які звертаються до суду з поданням про скасування звільнення від відбування покарання з випробуванням і направлення засудженого для відбування призначеного покарання (кримінально-виконавча інспекція). Суд і сам може витребувати необхідні для вирішення справи адміністративні матеріали.

При вирішенні питання про можливість покладення у основу судового рішення у кримінальній справі адміністративного акту без перевірки, слід врахувати ті процесуальні гарантії адміністративно-деліктного провадження, які встановлені КпАП.

Відповідно до ст. 245 КпАП, завданнями провадження в справах про адміністративні правопорушення є: своєчасне, всебічне, повне і об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності з законом, забезпечення виконання винесеної постанови, а також виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню адміністративних правопорушень, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі додержання законів, зміцнення законності. Оцінка доказів, відповідно до ст. 252 КпАП, здійснюється за внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному дослідженні всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом і правосвідомістю.

Особа, яка притягається до адміністративної відповідальності має право: знайомитися з матеріалами справи, давати пояснення, подавати докази, заявляти клопотання; при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юри-

дичної особи, виступати рідною мовою і користуватися послугами перекладача, якщо не володіє мовою, якою ведеться провадження; оскаржити постанову по справі. Справа про адміністративне правопорушення розглядається в присутності особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. Під час відсутності цієї особи справу може бути розглянуто лише у випадках, коли є дані про своєчасне її сповіщення про місце і час розгляду справи і якщо від неї не надійшло клопотання про відкладення розгляду справи. При розгляді справ про адміністративні правопорушення, передбачені частиною першою статті 44, статтями 51, 146, 160, 160-2, 173, частиною третьою статті 178, статтями 185, 185-1, частиною першою статті 185-3, статтями 185-7 і 187 КпАП, присутність особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, є обов'язковою.

Розглянувши справу про адміністративне правопорушення, орган (посадова особа) виносить постанову по справі. Ст. 298 КпАП передбачає, що постанова про накладення адміністративного стягнення є обов'язковою для виконання державними і громадськими органами, підприємствами, установами, організаціями, посадовими особами і громадянами.

Аналіз норм КпАП щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення свідчать про те, що акти накладення адміністративного стягнення повинні бути істинними, оскільки завданнями провадження в справах про адміністративні правопорушення є: своєчасне, всебічне, повне і об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності з законом. Винесення істинного рішення забезпечується рядом гарантій, зокрема, правилом про оцінку доказів за внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному дослідженні всіх обставин справи в їх сукупності; участі у адміністративно-деліктному провадженні заінтересованих осіб, тобто особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, потерпілого, законного представника, захисника; визначення обставин, які повинні бути з'ясовані при розгляді справи про адміністративне правопорушення. Постанова про накладення адміністративного стягнення є обов'язковою для виконання державними і громадськими органами, підприємствами, установами, організаціями, посадовими особами і громадянами.

Таким чином, рішення у справах про адміністративні правопорушення можуть бути покладені у основу судового рішення у кримінальній справі без перевірки, якщо не викликають сумнівів. Тобто у даному випадку оцінка є обов'язковим елементом процесу доказування. Якщо за внутрішнім переконанням суду акти про накладення адміністративних стягнень є законними та обґрунтованими, він може покласти їх у основу судового рішення без перевірки. Якщо ж вони викликають сумніви, то вони повинні бути перевірені судом. Тобто у даному випадку адміністративна преюдиція є обов'язковою, але спростовною.

Прилуцький П. В.
Черкаський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», старший викладач кафедри спеціально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Необхідність охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження в Україні, а також забезпечення неупередженого та ефективного розслідування зумовлюють розробку та запровадження нових правових інститутів для вдосконалення системи кримінальних процесуальних гарантій.

Для сприяння реалізації зазначених завдань Кримінальний процесуальний кодекс України, прийнятий 13 квітня 2012 року (далі – КПК 2012 року), вводить у сферу вітчизняного кримінального процесу нового процесуального суб'єкта – слідчого суддю, на якого покладає повноваження по здійсненню судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні (п. 18 ч. 1 ст. 3).

Питання процесуального статусу слідчого судді та предмету судового контролю у кримінальному процесі досліджували відомі українські та зарубіжні вчені, зокрема: В. Д. Бринцев, І.В. Гловюк, Ю. М. Грошевий, О. А. Губська, О.Є. Діденко, С.В. Єськов, О. П. Клименко, М. М. Ковтун, В. Т. Маляренко, М. А. Погорецький, В. О. Попелюшко, Ю. В. Рощіна, М.І. Сірий, Ю. В. Скрипіна, О. С. Ткачук, А. Р. Туманянц, О. Г. Шило, В. В. Шимановський, С. Г. Штогун та інші.

У роботах зазначених авторів досить ґрунтовно розроблені питання поняття, предмету, меж судового контролю у кримінальному процесі, а також теоретичні основи процесуального статусу судді, досліджено історичні та порівняльні аспекти правового інституту слідчого судді.

Перш за все слід звернутися до питання узгодженості з конституційними положеннями статусу слідчого судді, на якого згідно з КПК 2012 року покладено повноваження по здійсненню судового контролю під час досудового розслідування. На проблему визначення суб'єкта реалізації судових повноважень у досудовому кримінально-процесуальному провадженні звертала увагу І.В. Гловюк.

Аналізуючи і порівнюючи норми Конституції України та КПК 1960 року вчена робить висновок, що судові повноваження у досудовому провадженні, згідно з чинним на той час кримінально-процесуальним законодавством України, здійснювалися судом і суддею.

Запровадження нормами КПК 2012 року нового процесуального суб'єкта, уповноваженого на здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, – слідчого судді, – також потребує відповідного аналізу щодо узгодження його стату-

су з конституційними положеннями. Так, згідно з Конституцією України: арешт та тримання під вартою особи можливі не інакше як за вмотивованим рішенням суду (ч. 2 ст. 29); для проведення огляду чи обшуку в житлі або іншому володінні особи потрібне вмотивоване рішення суду (ч. 1 ст. 30); винятки щодо таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом (ст. 31); кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ч. 2 ст. 55).

За КПК 2012 року запобіжні заходи, зокрема і тримання під вартою, застосовуються: під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора (ч. 4 ст. 176).

Згідно з ч. 1 ст. 233 КПК 2012 року, проникнення до житла чи іншого володіння особи можливе на підставі ухвали слідчого судді. Це стосується таких слідчих (розшукових) дій як: обшук, огляд, слідчий експеримент, що проводяться у житлі чи іншому володінні особи. Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи як негласна слідча (розшукова) дія також проводиться на підставі ухвали слідчого судді (ч. 4 ст. 267). Втручання у приватне спілкування здійснюється за ухвалою слідчого судді (ч. 1 ст. 258). Різновидами такого втручання є негласні слідчі (розшукові) дії: 1) аудіо-, відеоконтроль особи; 2) арешт, огляд і виїмка кореспонденції; 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем.

У статтях 303-308 КПК 2012 року передбачено оскарження визначеного законом переліку рішень, дій чи бездіяльності органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування до слідчого судді місцевого суду.

Таким чином новий КПК 2012 року визначає слідчого суддю як суб'єкта, який під час досудового розслідування вирішує питання, пов'язані з обмеженням конституційних прав і свобод осіб, та розглядає скарги на рішення, дії чи бездіяльність у кримінальному процесі. За своїм статусом слідчий суддя є суддею місцевого чи апеляційного суду. У зв'язку з прийняттям КПК 2012 року внесено зміни і доповнення до Закону України від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів, зокрема, частиною 5 ст. 21 передбачено, що слідчий суддя обирається зборами суддів місцевого суду із складу суддів цього суду на строк не більше трьох років і може бути переобраний повторно.

Слідчий суддя не звільняється від виконання обов'язків судді першої інстанції, проте здійснення ним повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення.

Окрім того, статтею 247 КПК 2012 року передбачено здійснення повноважень слідчого судді стосовно розгляду клопотань про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій головою чи за його визначенням іншим суддею Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування.

Таким чином слідчий суддя організаційно і функціонально належить до судового органу і, здійснюючи повноваження з судового контролю, діє від імені суду, що узгоджується з наведеними положеннями Конституції України.

Павлютін Ю. М.
старший оперуповноважений ВПМ ДПІ
в Малиновському районі м. Одеси, майор міліції

ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В СИСТЕМІ ЗАХОДІВ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ

Застосування процесуального примусу являє засіб забезпечення виконання завдань кримінального провадження. З прийняттям та набуттям чинності нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) регламентовано нову категорію, а отже і у науковий обіг введено нове поняття «заходи забезпечення кримінального провадження». Необхідність дослідження сутності та правової природи заходів забезпечення кримінального провадження продиктована, по-перше, відсутністю нормативного визначення цього поняття, а, по-друге, важливістю дотримання законності при застосуванні заходів, що суттєвим чином обмежують конституційні права особи у кримінальному провадженні. Статтею 131 КПК України визначена мета та види заходів забезпечення кримінального провадження. Однак, як зазначалося, КПК України не містить визначення поняття заходів забезпечення кримінального провадження.

Заходи забезпечення кримінального провадження – це передбачені КПК заходи примусового характеру, які застосовуються за наявності підстав та в порядку, встановлених законом, з метою запобігання і подолання негативних обставин, що перешкоджають або можуть перешкоджати вирішенню завдань кримінального провадження, забезпеченню його дієвості (Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012, с. 261).

Заходи забезпечення кримінального провадження, на думку деяких науковців, можна вважати заходами кримінально-процесуального примусу (Кожевніков Г. Заходи забезпечення кримінального провадження // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 3, с. 68). Але з такою позицією важко погодитися. Вичерпний перелік заходів забезпе-

чення кримінального провадження, зазначений у ст. 131 КПК України, в сукупності з визначеною у цій же статті метою їх застосування, свідчить про те, що кримінальним процесуальним законодавством, крім заходів забезпечення кримінального провадження, визначені також й інші заходи примусового характеру.

Слід погодитися авторів коментарю КПК України, які вважать, що до системи заходів забезпечення кримінального провадження також можна віднести тимчасове вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом, у затриманої особи (слідчий, прокурор, інша уповноважена службова особа мають право тимчасово вилучити документи, які посвідчують користування спеціальним правом, у законно затриманої ними особи – ч. 1 ст. 148 КПК); поміщення особи, яка після досягнення 11-річного віку до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, у приймальник-розподільник для дітей (ч. 4 ст. 499 КПК); попередження про можливість видалення із зали судового засідання (ст. 330 КПК); попередження про відповідальність за неповагу до суду (ст. 330 КПК); покладення на спеціаліста витрат, пов'язаних з оголошенням перерви в судовому засіданні, при його неприбутті до суду без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття (ст. 72 КПК) (Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одіссей, 2013, с. 323). Але, слід обов'язково додати, що таке розширення складових заходів забезпечення кримінального провадження не відповідає чинному КПК України (ч. 2 ст. 131).

Як видається, сьогодні варто виділити наступні види заходів кримінально-процесуального примусу: 1) заходи забезпечення кримінального провадження; 2) заходи, що спрямовані на забезпечення отримання доказів (слідчі (розшукові) дії, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок тощо); 3) інші заходи кримінально-процесуального примусу (тимчасове вилучення документів, які посвідчують користування спеціальним правом, у затриманої особи (ч. 1 ст. 148 КПК України); поміщення особи, яка після досягнення 11-річного віку до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, у приймальник-розподільник для дітей (ч. 4 ст. 499 КПК України); попередження про можливість видалення із зали судового засідання (ст. 330 КПК України); попередження про відповідальність за неповагу до суду (ст. 330 КПК України); покладення на спеціаліста витрат, пов'язаних

з оголошенням перерви в судовому засіданні, при його неприбутті до суду без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття (ст. 72 КПК України)).

Отже, заходи забезпечення кримінального провадження становлять один з різновидів заходів кримінально-процесуального примусу, метою застосування яких є дієвість кримінального провадження.

Бобошко О. М.

Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін

ТИПОЛОГІЯ КОРУПЦІЙНИХ ВІДНОСИН

Корупція – це використання службового становища в особистих чи корисливих мотивах. Корупційна діяльність вважається одним із основних видів тіньової економіки. Вона є негативним явищем, що в усьому світі визнається однією з найнебезпечніших загроз правам людини, правопорядку, демократії, чесності та соціальній справедливості.

Перш за все, звернімося до глави III Конвенції ООН проти корупції та глави II Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією – адже саме там міститься перелік діянь, які вважаються проявами корупції та мають бути кримінально караними, якщо вони вчинені умисно. Серед них, зокрема, підкуп національних та державних посадових осіб, зловживання (торгівля) впливом (обіцянка, пропозиція або надання державній посадовій особі чи будь-якій іншій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги, щоб ця посадова особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом із метою одержання від адміністрації чи державного органу Держави – учасниці Конвенції ООН будь-якої неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи), зловживання службовим становищем, незаконне збагачення (тобто значне збільшення активів державної посадової особи, що перевищує її законні доходи, які вона не може раціонально обґрунтувати), відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом, приховування або безперервне утримання майна, якщо особі, в якої це майно знаходиться, відомо, що таке майно здобуте в результаті будь-якого з корупційних злочинів, тощо.

Згадані міжнародні акти передбачають низку позитивних нововведень, які сприятимуть подоланню високого коефіцієнту корупції в державі.

Україна виступає учасницею низки міжнародних договорів у цій сфері, за висновками Ради Європи вона виступає однією з найбільш корумпованих країн світу. Згідно Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції в Україні» встановлено правові та організаційні засади боротьби з корупцією в публічній і приватній сферах суспільних відносин, порядок відшкодування завданої шкоди внаслідок корупційних

правопорушень, вимоги щодо поновлення прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави, засади міжнародного співробітництва у сфері протидії корупції. Головною ідеєю цього закону є перехід від репресивних до превентивних методів з метою створення такого механізму законодавчого регулювання, який унеможливлював би вчинення корупційного правопорушення.

Але незмінними залишаються ознаки юридичного складу корупційного правопорушення, під яким розуміють отримання винагород, незаконних грошових доходів, державними особами, які використовуючи своє службове становище діють з корисливого мотиву чи особистої зацікавленості проти інтересів служби, суспільства, держави. В залежності від сфери службової діяльності суб'єктів корупційних відносин розрізняють різні типи корупції.

Форми зловживань посадовими особами різноманітні, тому по різним критеріям можливо виділити типи корупційних відносин: 1. Державна корупція, що здійснюється державними посадовими та службовими особами; комерційна (корупція менеджерів фірм) та політична (корупція політичних діячів). 2. Провокація та вимагання хабарів за ініціативою посадової особи підприємства, установи , організації, або підкуп за ініціативою заявника. 3. Індивідуальний хабар, або ж надання матеріальної винагороди з боку громадянина чи підприємця (легальної фірми), а також кримінальний підкуп чиновників, правоохоронних органів, що покривають їх злочинну діяльність. 4. Грошові хабарі та обмін послугами серед чиновників (патронаж, непотизм). 5. Корупція полягає в даванні хабара, з метою прискорити дії посадової особи, або порушити службові обов'язки на користь того, хто дає хабара; хабар, або ж матеріальна винагорода за «добрі відносини» з посадовою особою і хабародавцем. Даний тип корупційних відносин розкривається в її меті, а саме, яких конкретних дій від посадовця бажає хабародавець. 6. Децентралізована корупція, під час якої кожен хабародавець діє за власною ініціативою; централізована корупція відбувається «знизу вверх» ,де хабарі регулярно збираються підлеглими чиновниками, діляться між собою та посадовими особами; централізована корупція «зверху вниз» – навпаки, хабарі регулярно збираються посадовими особами, і частково передаються підлеглим, за виконання ними певних завдань в межах своєї компетенції. Ступінь централізації корупційних відносин вказує на те, чим більш централізоване підприємство, установа чи організація, тим вищий ступінь корупційних відносин в ньому. 7. Низова корупція серед чиновників середнього рівня; корупція серед вищого рівня чиновників; міжнародна корупція в сфері міжнародногосподарських відносин. На низову корупцію впливає рівень розповсюдження корупційних відносин. Показники міжнародногосподарських відносин також стимулюють розвиток корупції під час укладання контрактів із зарубіжними партнерами великі транснаціональні корпорації стали вносити

в умови договорів витрати на «подарунки» та хабарі для високопоставлених чиновників. 8. Епізодична корупція; систематична (інституціональна) та клептократична корупція, як невід'ємний компонент владних відносин. Вона залежить від ступеня регулярності корупційних зв'язків.

Таким чином, загальні тенденції в типології корупційних відносин – це поступове збільшення їх форм, перехід від епізодичної і низової до систематичної, верховної та міжнародної.

Отже, згідно національного антикорупційного законодавства з міжнародними стандартами, а саме: про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень, про засади запобігання та протидії корупції, про істотне розширення кола осіб, які мають притягатися до кримінальної відповідальності за корупційні діяння, про обов'язковість декларування позаслужбової діяльності й занять, інвестицій, активів, суттєвих подарунків або прибутків, у зв'язку з якими може виникнути конфлікт інтересів, про диференціацію відповідальності за корупцію приватних юридичних осіб та державних органів – маємо надію на те, що в нашому суспільстві зникнуть деякі типи корупційних відносин.

Мединська Л. В.

Івано-Франківський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», старший викладач кафедри трудового, екологічного, земельного та аграрного права

СИСТЕМА ЗАСАД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. вперше визначає загальні засади кримінального провадження (ст. 7), які в своїй сукупності утворюють систему засад кримінального судочинства. Цим самим процесуальний закон приведено у відповідність до Конституції України, яка у ст. 129 закріпила основні засади судочинства, продемонструвавши ступінь розвитку гарантій прав людини і громадянина у кримінальному судочинстві на конституційному рівні. Незважаючи на неоднозначність поглядів на систему принципів кримінального процесу, доцільно звернутись до положень, які свого часу сформулювала Т. Н. Добровольська. Так, під системою засад кримінального провадження слід розуміти не випадково згруповані положення, а сукупність самостійних за змістом, взаємопов'язаних і об'єктивно обумовлених положень, пронизаних єдністю цілей та завдань, які саме в цій сукупності мають якісний сенс. Тому, за переконанням вченої, до системи принципів кримінального процесу повинні бути включені тільки ті, які відповідають наступним умовам: 1) пов'язаність спільністю мети та завдань; 2) відсутність внутрішніх протиріч; 3) зміст кожного не може повністю зводитись до змісту іншого, але в той же час повинен виражати таку сторону системи, без якої

неможливо правильно і повно реалізувати поставлені перед системою завдання (Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики), 1971 − с.33-34).

Зазначені вище умови повинні враховуватись законодавцем при конструюванні системи засад кримінального провадження, так як до числа її структурних елементів варто відносити такі принципи, без яких сама система не може існувати, і випадання одного принципу призводить до зупинки чи порушення запрограмованої роботи всієї системи. Тому ця система не має бути сукупністю випадкових положень, а лише таких, які мають спільність завдань та мети, мають самостійний зміст, але при цьому органічно пов'язані та обумовлені.

Процесуалісти до системи засади кримінального процесу включають різну кількість положень: чотирнадцять, сімнадцять і навіть тридцять дев'ять. У будь-якому випадку кількість принципів не повинна бути надто великою, так як у цьому випадку їх значення і практична користь значно зменшується (Кудрявцева А. В., Ливши Ю. Д. О понятии принципа в уголовном процессе // Правоведение. – 2001. – № 4. – с.164). Кримінальний процесуальний кодекс України визначає двадцять дві загальні засади кримінального провадження (ст. 7), які дублюють вже задекларовані у Конституції України положення. Також у закріпленій системі засад кримінального провадження можна виокремити принципи, що мають однакові ознаки.

Так, ст.ст. 8 та 9 КПК України визначають засади верховенства права та законності як загальні засади кримінального провадження. Вказані принципи є загальноправовими, однак у кримінальному судочинстві вони мають специфічний зміст. Аналізуючи законодавчий зміст обох засад, слід зазначити, що законність є обов'язковим елементом принципу верховенства права. Крім законності, виділяють ще й такі обов'язкові елементи як: 1) правова визначеність; 3) заборона на свавілля; 4) доступ до правосуддя, забезпечений незалежними та неупередженими судами; 5) дотримання прав людини; 6) недискримінація та рівність перед законом (Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. Т.1. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.:Право, 2012. – с.18). Крім того, практика Європейського суду з прав людини, про врахування якої йдеться як в ч.2 ст.8, так і в ч.5 ст.9 КПК України, є складовою як принципу верховенства права, так і законності. Незважаючи на багатогранність та складність поняття «верховенство права», усі визначення зводяться до пріоритетності прав людини, особливо у кримінальному провадженні, оскільки саме в цій сфері вони можуть бути суттєво обмежені. Саме на це намагався звернути увагу законодавець, закріплюючи принцип верховенства права як загальну засаду кримінального провадження. У той же час сфера діяльності законності як засади також надзвичайно широка. Вона стосується всіх стадій кримінального процесу, всіх його суб'єктів, поширюється на всі дії і процесуальні рішення, пронизує всі інші засади і сприяє їх фактичній реалізації, забезпечуючи при цьому пріоритетність прав людини.

Слід звернути увагу на засаду доступу до правосуддя та обов'язковості судових рішень (ст. 21). Доступ до правосуддя як одна із частин вказаного положення є новелою вітчизняного кримінально-процесуального закону. Доступність правосуддя як стандарт, який відображає вимоги справедливого та ефективного судового захисту, що конкретизується у необмеженій судовій юрисдикції, належних судових процедурах, розумних строках і безперешкодному зверненню будь-якої особи до суду визначений ще у Концепції удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів від 10.05.2006 р. У вказаному нормативному акті доступність правосуддя визначається більше як принцип судоустрою, а не судочинства, оскільки визначає побудову судової системи, взаємозв'язок усіх ланок судової влади. Адже справедливе здійснення правосуддя починається з надання особі гарантії доступу до суду, який забезпечує всі атрибути судової форми контролю. Незважаючи на це, законодавець визначив доступність до правосуддя як одну із загальних засад кримінального провадження. Одним із структурних елементів даної засади є розгляд та вирішення справи в розумні строки. Це при тому, що ст. 28 КПК України визначає розумні строки як самостійну засаду кримінального провадження. Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Тобто знову ж таки окрема засада кримінального провадження є водночас структурним елементом іншого принципу кримінального процесу.

Викликає певні зауваження формулювання засади рівності у кримінальному провадженні України. У ч. 1 ст. 10 КПК України зазначається, що не може бути привілеїв чи обмежень у процесуальних правах, за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних чи інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, громадянства, освіти, роду занять, а також за мовними або іншими ознаками. Тобто під загальною засадою рівності законодавець фактично розкриває зміст процесуальної рівності, тобто засади рівності учасників судового процесу перед законом і судом, яка закріплена у ст. 129 Конституції України як одна із основних засад судочинства. Переконані, що формулювання принципу рівності у Кримінальному процесуальному кодексі України повинно бути конституційним, а саме рівність учасників судового процесу перед законом і судом. Це є необхідним не стільки через форму, скільки через зміст принципу рівності.

На наш погляд, причиною дублювання змісту досліджуваних вище засад є недосконале використання техніко-юридичних прийомів при розробці процесуального закону. А це, як відомо, призводить до зниження ефективності реалізації закону. Тому, з метою мінімізації правових колізій, неповноти чи суперечностей у тексті КПК України необхідним є усунення зазначених вище неточностей.

Дидич О. Ю.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального процесу

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗМАГАЛЬНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У розвитку будь-якої правової галузі науки завжди існують головні напрямки, які складають їх концептуальну сутність. Для кримінального судочинства на сучасному етапі таким напрямком виступають загальні засади кримінального провадження після реформування кримінально-процесуальної сфери українського законодавства. Окрім, вже існуючих загальноприйнятих положень, було закріплено і ряд нововведень, які заслуговують особливої уваги.

Водночас, на тлі реформування кримінально-процесуальної сфери набуває особливої актуальності розгляд сутності принципів, що забезпечують змагальність кримінального провадження.

До принципів, що забезпечують змагальність кримінального провадження Ю. М. Грошевий відніс:

1) змагальність сторін та свободу в поданні ними до суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості;

2) безпосередність дослідження показань, речей і документів; 3) диспозитивність;

4) гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами.

Достатньо аргументованою є точка зору В.Т. Нора про те, що на відміну від свого попередника (КПК 1960 р.), КПК засаду змагальності поширює не лише на судові стадії, а на все кримінальне провадження, починаючи з досудового розслідування. Змагальне провадження – це принципово нове явище у правовій дійсності України, обумовлене формуванням її як правової держави, утвердженням міжнародних демократичних стандартів побудови кримінального провадження.

Змагальність судочинства дозволяє сторонам реалізувати повною мірою при розгляді кримінальної справи свої права і законні інтереси, на рівних підставах відстоювати свою точку зору перед судом. Тільки рівні права у сторін можуть забезпечити їх змагальність, створити рівні умови для доведення своєї правоти та відстоювання обраної позиції. А в цьому вбачається дотримання та виконання завдань кримінального провадження.

Засада безпосередності дослідження доказів означає таку побудову судового розгляду його предмета (обвинувачення, клопотання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру), за якого судді розглядають і вирішують його за участі сторін на підставі особистого і безпосереднього ознайомлення і дослідження доказів без будь-яких проміжних ланок. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення доказами,

які не були безпосередньо перевірені (досліджені) ним за участі сторін під час судового розгляду.

Новелою є положення ч. 3 ст. 23 КПК. Якщо за раніше чинним кримінальним процесуальним законом (1960 р.) виклик в судове засідання свідків, які підлягають допиту, забезпечувався судом, незалежно від того, які свідчення (обвинувальні чи виправдувальні) вони давали на досудовому розслідуванні, то в ч. 3 обов'язок забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення покладає на сторону обвинувачення. Такий підхід є проявом не лише засади безпосередності дослідження показань, а й засади змагальності та права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд.

Сутність засади диспозитивності (диспозитивність від лат. dispono – розпоряджаюся) полягає у тому, що під час кримінального провадження його учасники мають право (можливість) у межах, визначених КПК, вільно розпоряджатися матеріальним правом щодо обвинувачення, спірним матеріальним правом щодо цивільного позову (його предметом), а також процесуальним правом з метою захисту своїх прав та законних інтересів.

На відміну від КПК 1960 р., новий Кодекс не диференціює справи, які розпочинаються виключно за скаргою потерпілого, на справи приватного та приватно-публічного обвинувачення. Крім того, коло кримінальних правопорушень, які віднесені КПК до справ приватного обвинувачення, значно розширено. Відтепер у всіх справа приватного обвинувачення обов'язковим є проведення досудового розслідування (прояв засади публічності), яке розпочинається слідчим, прокурором негайно після внесення заяви потерпілого до Єдиного реєстру досудових розслідувань. В.Т. Нор вважає упущенням нового КПК, що у ньому окремо не врегульована процедура ні досудового розслідування, ні судового розгляду справ цієї категорії.

Закріплена засада гласності і відкритості судового провадження та його повне фіксування технічними засобами ґрунтується на конституційному положенні, що визначене як основна засада судочинства – гласності судового процесу та його повне фіксування технічними засобами (п. 5 ч. 3 ст. 129 Конституції України). Міжнародно-правові акти, які становлять національне законодавство, також передбачають основну частину цієї засади. Так, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права закріплює право кожного, кому пред'явлено обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення, на справедливий, публічний розгляд справи (ст. 14). Рівно ж і Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод зазначає, що кожна людина при висуненні проти неї кримінального обвинувачення має право на справедливий відкритий розгляд такої справи незалежним і безстороннім судом, а судове рішення оголошується прилюдно (п. 1 ст. 16).

Такий підхід до системи принципів кримінального провадження є вельми об'єктивно аргументованим, оскільки, виходячи із сутності змагальності, як центральної категорії, що забезпечує рівність учасників процесу та створює для них єдине, максимально подібне середовище для реалізації свої прав і обов'язків, сторони вільно подають свої докази до суду і доводять їх переконливість, а суд зобов'язаний самостійно та прямо дослідити надану йому інформацію. Диспозитивність деталізує та уточнює принцип змагальності у частині користування суб'єктами кримінального судочинства наданими їх правами. Останній принцип, що забезпечує змагальність кримінального провадження, забезпечує життєздастність вищезазначених принципів (хоча і не тільки вищезазначених, а усіх засад кримінального судочинства). За допомогою даного принципу здійснюються контроль за всім судочинством, він стимулює суд виконувати свої обов'язки та правильно користуватися наданими йому правами, оскільки суспільство та зацікавлені особи мають вільний (окрім деяких винятків передбачених КПК) доступ до судочинства.

Денисова Ю. С.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального процесу

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВОВИЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Реформування кримінального процесуального законодавства України зумовило необхідність здійснення наукового аналізу нових процесуальних норм та правових інститутів, а також стадій кримінального процесу, що зазнали суттєвих змін. До таких належить і одна з форм перегляду судових рішень – кримінальне провадження за нововиявленими обставинами.

Новий Кримінальний процесуальний кодекс покликаний запровадити якісно нову систему захисту основних прав і свобод людини та громадянина, одне з центральних місць у якій займає інститут перегляду судових рішень у кримінальних справах (Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: монографія / В. Т. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 512 с. – С.25).

Розвиток стадії перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами можна поділити на три етапи: дореволюційної доби, радянського часу та періоду незалежності України. Більшість вчених вважає, що свій початок дана стадія бере в період пов'язаний із проведенням у Російській імперії, до складу якої в той час входила частина українських земель, у 1864 році судової реформи, у ході якої був прийнятий та введений в дію Статут кримінального судочинства у якому була глава яка мала назву

«Про відновлення кримінальних справ» і передбачала процедуру перегляду кримінальних справ, вироки у яких набрали законної сили. На територіях українських земель, які входили до складу Австро-Угорської імперії, прототипом сучасного провадження за нововиявленими обставинами також було відновлення провадження у кримінальній справі, передбачене Кримінально-процесуальним кодексом Австро-Угорської імперії, затвердженим у 1873 році. Кримінальне процесуальне законодавство радянського часу представлене рядом Кримінально-процесуальних кодексів, прийнятих відповідно у 1922, 1927 та 1960 роках, які регулювали провадження за нововиявленими обставинами. Історичної відмінності у КПК 1922 р. та КПК 1927р. немає. На відміну від КПК УРСР 1927р., який передбачав перегляд за ново виявленими обставинами лише вироків, КПК 1960р. надав суду право переглядати за цими обставинами і касаційні ухвали, а також ухвали і постанови наглядної інстанції.

Новий КПК порівняно з кодексом 1960 р. розширює підстави здійснення перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами (ч. 2 ст. 459 КПК). Прокурор фактично повністю усунутий від основної ролі у цьому виді провадження, оскільки ст. 460 КПК надає право учасникам судового провадження подати заяву про перегляд за нововиявленими обставинами судового рішення суду будь-якої інстанції, яке набрало законної сили.

Крім того, змінилися строки звернення про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами та строки такого перегляду. Також КПК передбачено право суду своєю ухвалою зупинити виконання судового рішення, яке переглядається за нововиявленими обставинами, до закінчення перегляду. Суд має право скасувати вирок чи ухвалу і ухвалити новий вирок, тоді як раніше суд не міг навіть внести зміни у вирок, які впливають з нововиявлених обставин.(Фідря Ю. О. Провадження за ново виявленими обставинами: Історико-правовий аспект // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – Вип.19-2012. – с.162-163).

Значною новелою, що передбачена КПК, є формалізовані вимоги до заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами. Така заява повинна бути подана в письмовій формі й, окрім іншого, містити обґрунтування з посиланням на обставини, що підтверджують наявність нововиявлених обставин, та зміст вимог особи, яка подає заяву до суду. До заяви додаються копії заяви в кількості, необхідній для їх надіслання сторонам і учасникам кримінального провадження. Цей обов'язок не поширюється на особу яка тримається під вартою. Процесуальними санкціями за недодержання вимог до оформлення такої заяви за аналогією з касаційним провадженням передбачено залишення заяви без руху, а в разі, якщо особа не усунула недоліки у строк, визначений судом, – повернення заяви. Підсумовуюче викладене, можна зробити висновок, що

функціонування стадії перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами є виправданим.

На кожному етапі формування кримінального процесу, починаючи з XVIII ст., у кодифікованих актах містилися норми, присвячені цій стадії. Як вбачається з аналізу ключових нормативних актів різних історичних періодів, питання про доцільність існування цієї стадії ніколи не виникало, однак і значної уваги законодавця до неї не спостерігалося, навіть тоді, коли це було необхідно. Змінювалися суб'єкти та строки перегляду судових рішень, суб'єкти його ініціювання, однак об'єкт перегляду – судове рішення, що набрало законної сили, та сутність нововиявлених обставин залишалася незмінною. Ця стадія кримінального процесу дає змогу виправити помилки судової практики минулих років, реабілітувати незаконно засудженого у разі відбуття ним покарання чи його смерті, таким чином, у міру можливості, відновити законність та справедливість.

У КПК доцільно було б передбачити процесуальний порядок встановлення нововиявлених обставин. Це може бути судове доручення прокурору провести перевірку обставин, зазначених у заяві про перегляд судового рішення за ново виявленими обставинами. Прокурор може доручити проведення розслідування органу досудового розслідування (Сиза Н. П. Провадження за нововиявленими обставинами у кримінальному процесі України: проблеми процесуальної форми.// Науковий вісник Ужгородського національного університету. – Вип.19. – с.150-153).

Отже, кардинальні зміни основних правил провадження за ново виявленими обставинами є не до кінця продуманими та послідовними. Можливо, практика застосування цих правил покаже слабкі місця у регулюванні цієї стадії кримінального процесу, що стане поштовхом до внесення змін та доповнень до глави 34 КПК України.

Мурзановська А. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального процесу

ПРИВІД ЯК ЗАХІД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року (далі – КПК) суттєво змінилась законодавча регламентація застосування заходів процесуального примусу. Ці зміни стосуються і приводу, який віднесено до заходів забезпечення кримінального провадження. Враховуючи, що застосування приводу є фактично обмеженням конституційного права особи на її недоторканність та вільне пересування досить актуальними є питання щодо поняття, підстав та порядку застосування приводу.

У КПК 1960 року поняття приводу не визначалося, тільки вказувалось, що він може застосовуватись до свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, а також у разі виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу щодо особи для вручення документів у порядку, встановленому законом, якщо особа не з'явилася без поважних причин.

У проекті КПК України № 1233, що вносився народними депутатами України В. Р. Мойсиком, І.В. Вернидубовим, С.В. Ківаловим, Ю. А. Кармазіним, привід розглядався як інший захід процесуального примусу і міг застосовуватись, якщо підозрюваний, обвинувачений, підсудний, а також потерпілий, свідок, викликаний у встановленому законом порядку, не з'явиться без поважних причин. Однак визначення поняття приводу не подавалося, вказувалось на поважні причини невиконання приводу, обмеження його застосування у нічний час, до неповнолітніх у віці до 14 років, вагітних жінок, тяжкохворих (Проект Кримінально-процесуального кодексу України № 1233 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://rada.gov.ua.).

У КПК 2012 року приводу приділено значно більше уваги. Так, у ст. 140 КПК зазначено, що привід полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про його здійснення, до місця її виклику в зазначений в ухвалі про здійснення приводу час. Привід може бути застосовано до підозрюваного, обвинуваченого, свідка. Привід свідка не може бути застосований до неповнолітньої особи, вагітної жінки, інвалідів першої або другої груп, особи, яка одноосібно виховує дітей віком до шести років або дітей-інвалідів, а також осіб, які згідно із КПК не можуть бути допитані як свідки. Привід співробітника кадрового складу розвідувального органу України під час виконання ним своїх службових обов'язків здійснюється тільки в присутності офіційних представників цього органу.

Підставами застосування приводу є неприбуття підозрюваного, обвинуваченого, свідка на виклик без поважних причин або неповідомлення про причини свого неприбуття. Таким чином, неповідомлення про причини неприбуття прирівнюється за своїми юридичними наслідками до неприбуття без поважних причин. Однак до застосування цього заходу слід установити, що відсутні поважні причини неявки, передбачені ст. 138 КПК, ураховуючи при цьому, що перелік зазначених у цій статті причин не є вичерпним, тобто слідчий суддя, суд, слідчий, прокурор можуть визнати поважними причинами неприбуття й інші обставини, які об'єктивно унеможливлюють з'явлення особи на виклик (Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одіссей, 2013. – 1104. – С. 334).

Під час досудового розслідування рішення про здійснення приводу приймається слідчим суддею за клопотанням слідчого, прокурора або з

власної ініціативи, а під час судового провадження – судом за клопотанням сторони кримінального провадження, потерпілого або з власної ініціативи.

Слід зазначити, що порядок застосування приводу досить чітко врегульовано. Проте, дискусійним є питання щодо застосування приводу без попереднього виклику особи, зокрема підозрюваного. У статті 141 КПК у п. 5 переліку відомостей, що повинні бути зазначені у клопотанні, передбачено ті, які підтверджують факти здійснення виклику особи у встановленому порядку та отримання особою повістки про виклик або ознайомлення з її змістом іншим шляхом. Таким чином, опосередковано вказується на необхідність попередньо викликати всіх, хто підлягає приводу. Чи доцільно це у всіх випадках щодо підозрюваного – питання спірне. Наприклад, у разі зміни підозри чи повідомлення про нову підозру, що по суті і є інформуванням особи про кримінальне переслідування за більш тяжке кримінальне правопорушення, чи нове (окрім того, за яким оголошено підозру) кримінальне правопорушення, підозрюваний по суті повідомляється про підозру шляхом скерування нового повідомлення. Однак, по-перше, залишається нез'ясованим те, чи отримав адресат повідомлення; по-друге, факт отримання такого повідомлення чи виклику до органу розслідування може стати причиною переховування від слідства, а значить уникнення відповідальності. Причому затримати особу в порядку ст.ст. 207, 208 КПК закон не дозволяє, а вносити клопотання щодо затримання з метою приводу для вирішення питання про застосування запобіжного заходу взяття під варту немає підстав (Благута Р.І., Кіпрач І.С. Привід як захід забезпечення кримінального провадження на стадії досудового розслідування // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 4. – С. 389-390).

З підстав та порядку винесення ухвали про привід та безпосередній порядок її виконання незрозуміло, як діяти у тих випадках, коли працівника, який здійснює привід, не пускають до житла. Законодавець у ст. 233 КПК України регламентував порядок проникнення до житла чи іншого володіння особи, однак лише під час проведення ряду слідчих дій: огляду, обшуку, слідчого експерименту. Не з'ясовано і те, чи дає право автоматично проникати до житла ухвала про здійснення приводу, чи це має бути обумовлено в ухвалі про здійснення приводу, чи для цього слідчий суддя мав би виносити окрему ухвалу.

Таким чином, можна зробити висновок, що законодавче регулювання здійснення приводу поряд з суттєвими позитивними рисами, має й певні недоліки, що потребують подальшого удосконалення, адже законодавець розглядає привід в якості важливого процесуального інструменту забезпечення належної поведінки учасників кримінального провадження як під час досудового розслідування, так і під час судового розгляду.

Солдатський В. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри кримінального процесу

ЗАСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗУМНОСТІ СТРОКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Кримінальний процесуальний кодекс, прийнятий 13.04.2012 року, вперше на законодавчому рівні закріпив розумність строків як засаду кримінального провадження, яка кореспондує завданню, передбаченому в ст.2 КПК України і полягає у забезпеченні швидкого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

Розумність строків кримінального провадження конкретизується у групі норм КПК України, які є одночасно засобами реалізації цього принципу. Безумовно, першу групу цих засобів становлять закріплені у процесуальному законі строки.

Згідно зі ст. 113 КПК України, процесуальні строки – це встановлені законом або відповідно до нього прокурором, слідчим суддею або судом проміжки часу, у межах яких учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії.

У цьому зв'язку слід відзначити, що, на жаль, законодавець при визначенні поняття процесуальних строків не сприйняв науковий досвід вчених-процесуалістів, які в різні роки займалися цією проблематикою. Мова йде про те, що строки – це не тільки проміжки часу. Процесуальні строки, на думку більшості вчених, – це час установлений для провадження слідчих та інших процесуальних дій. А основними проявами часу є не лише тривалість, але і мить.

Тривалість має свій вираз, за словами Я. Х. Аскіна, у часових одиницях виміру (секунда, година, доба, місяць, рік, сторіччя і т.д.), а мить – у часових відносинах, що визначаються словами «пізніше», «раніше» (Аскин Я. Ф. Проблема времени. Ее философское истолкование / Я. Ф. Аскин. – М.: Мысль, 1966. – 200 с.). Мить – чисте «коли», позбавлене тривалості. Тривалість – час існування та збереження об'єкта або його елементів. Між тривалостя-ми різноманітних явищ або різноманітних елементів явища є часові відносини одночасності або послідовності (Материалистическая діалектика : в 5 т. / под общ. ред. Ф. В. Константинова и В. Г. Марахова ; отв. ред. Ф. Ф. Вякерев. – М. : Мысль, 1981.– Т. 1: Объективная диалектика. – 374 с.).

У зв'язку з цим, усі процесуальні строки поділяються на дві великі групи залежно від їх часового прояву: строки-періоди і строки-моменти.

Строки-моменти звичайно позначаються шляхом вказівки вчинити якусь процесуальну дію до або одночасно з провадженням іншої процесуальної дії або відразу після її вчинення чи настання певної події. Ці строки встановлюються в тих випадках, коли в інтересах судочинства, у тому числі з метою забезпечення прав і законних інтересів учасників процесу, необхідна гранична швидкість окремих процесуальних дій або безперервність дій, послідовність яких заздалегідь визначена. Значення цих строків є особливо великим у тих випадках, коли практично неможливо заздалегідь визначити межі окремих етапів кримінально-процесуальної діяльності шляхом установлення строків-періодів. Наприклад, законодавцем не передбачений строк судового розгляду, але безперервність процесу поряд з іншими засобами забезпечується саме шляхом встановлення строків-моментів (Фомін С. Б. Засоби забезпечення розумності строків кримінального провадження за новим КПК України – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-2/12fcbnku.pdf).

Строки-моменти позначаються в законі такими засобами. По-перше, вказівкою на вчинення певної процесуальної дії безпосередньо після вчинення іншої процесуальної дії або настання зазначеної у законі події. Наприклад, після повідомлення про права слідчий, прокурор або інша уповноважена службова особа на прохання підозрюваного зобов'язані детально роз'яснити кожне із зазначених прав (ч.3 ст.276 КПК України) або після отримання та перевірки документа, що підтверджує внесення застави, уповноважена службова особа місця ув'язнення, під вартою в якому знаходиться підозрюваний, обвинувачений, негайно здійснює розпорядження про його звільнення з-під варти та повідомляє про це усно і письмово слідчого, прокурора та слідчого суддю, а якщо застава внесена під час судового провадження, – прокурора та суд згідно ч.4 ст.202 КПК України (Фомін С. Б. Засоби забезпечення розумності строків кримінального провадження за новим КПК України – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-2/12fcbnku.pdf).

В ч.1 ст.113 КПК України сказано, що процесуальні строки – це встановлені проміжки часу, у межах яких учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії. Слід сказати, що в деяких випадках строки встановлюються і для утримання від прийняття процесуальних рішень або вчинення процесуальних дій. Наприклад, згідно з ч.3 ст.214 КПК України здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру не допускається і тягне за собою відповідальність.

Саме відомості про вчинення вищевказаних дій свідчать про закінчення досудового розслідування і вносяться прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Якщо практика сприйме другий варіант визначення моменту закінчення строків слідства, то прокурори та слідчі знову ж стануть заручниками затягування часу на ознайомлення і тоді, принаймні, необхідно бути залишати час на ознайомлення, звичайно, за рахунок строків слідства.

Незважаючи на, як ми вже вказали, кардинальний підхід законодавця щодо визначення термінів досудового розслідування, в новому КПК так і не передбачено строків судового розгляду, хоча саме на тяганину з боку суддів надходить значна кількість нарікань.

Безумовно, деякі кроки у напрямку прискорення судового розгляду зроблені. Так, ч.1 ст.318 КПК України зобов'язує суд провести і завершити судовий розгляд протягом розумного строку. Згідно з ч.4 ст.28 КПК кримінальне провадження щодо особи, яка тримається під вартою, неповнолітньої особи має бути здійснено невідкладно і розглянуто в суді першочергово. Суттєво, на наш погляд, зменшить час з розгляду справ про кримінальні правопорушення новий для українського судочинства процесуальний інститут, пов'язаний з провадженням на підставі угод (гл.35 КПК України).

Хоренжій А. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри кримінального процесу

УГОДА МІЖ ПРОКУРОМ ТА ПІДОЗРЮВАНИМ ЧИ ОБВИНУВАЧЕНИМ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ: ПОНЯТТЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ

З прийняттям Нового Кримінального процесуального кодексу, Україна виконала покладенні на себе забов'язання, вступаючи до Ради Європи 9 листопада 1995 року. А саме це реформування кримінального судочинства. Що включає в собе завдання щодо реформування більшості інститутів кримінального процесу, а також максимально якісне імплементування зарубіжного досвіду з метою оптимізації кримінального переслідування.

Одним із вагомих важелів пришвидшення процедур вітчизняного кримінального процесу слід вважати запровадження такого інституту, як угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості.

В багатьох наукових працях та статтях вітчизняних правників, учених таких, як Б. Бєзлєпкін, М. Михеєнко, Я. Мотовіловкер, П. Пушкар, Б. Свирид та інших досліджені питання запровадження цього спрощеного інституту. Але необхідно точне розуміння правової природи, походження та існування інституту визнання винуватості, бо саме це, на нашу думку, є початковим етапом не тільки у розумінні але і у визнанні національної особливості існування процедури угоди про визнання винуватості.

На нашу думку, основною проблемою у існуванні цієї угоди, є неправильне розуміння її правової природи та її визначення.

Витоки системи такого виду угод, як угода про визнання винуватості, йдуть ще з англо-саксонської юриспруденції, де цей інститут з'явився ще на початку XIX століття і має 150 річну практику (Головко Л. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве / Головко Л. В. – СПб, 2002. –С.152-153).

Більш загально цей термін відомий як pleabargaining у Сполучених Штатах, в Англії використовується таке поняття, як qualityplea. Угода про визнання винуватості (з англійської – pleabargain) – це угода, що укладається між обвинуваченим і державним обвинувачем, як правило, з ініціативи останнього, про те, що обвинувачений визнає себе винним у вчиненні менш серйозного злочину, ніж той, який йому початково інкримінується, в обмін на більш м'яке покарання або на зняття з нього інших обвинувачень (Садова Т. Угода про визнання вини – американський досвід і перспективи запровадження в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 2. – С.147-149).

Багато українських авторів для визначення pleabargaining використовують українську назву – «угода про визнання вини» або «судовий компроміс», що не зовсім точно відповідає природі самого інституту, а також спричиняє певну плутанину з тлумаченням цього феномену. Неможливо не погодитися з П. В. Пушкарем, який вважає, що найкраще відображає саме існування цієї процедури визначення використане в Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо спрощення кримінального правосуддя» № 6R (87) 18. У п.7 ч.III використовується назва «процедура клопотання обвинуваченого-підсудного про визнання вини».

Деякі вчені розуміють угоду, як документ у розумінні угоди цивільно-правового характеру, але це є невірним, оскільки ця угода не є обов'язковою для суду. Також невірним є розуміння угоди про визнання винуватості, тільки як процедури, де існує клопотання підозрюваного чи обвинуваченого про визнання винуватості у вчиненні менш тяжкого злочину, бо дана процедура стосується не лише вирішенні питання щодо винуватості особи, але ще й фактів, обставин провадження, які не будуть оспорюватися сторонами, та ще й виду покарання до обвинуваченого. Невірним є розуміння угоди про визнання винуватості як акту примирення, оскільки ця угода не примирює сторони, а є дієвим механізмом у більш швидкому вирішенні провадження. Дана угода здійснюється у рамках публічного права, де прокурор представляє публічні інтереси, а не інтереси конкретного потерпілого. Як регламентовано у ст.469 ч.4. КПК України, укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні в якому бере участь потерпілий не допускається.

Невірним висловлюванням деяких вчених є також розуміння даної угоди, як «сделка с правосудием», тому що під правосуддям розуміється

діяльність органів судової влади (суду та судді) з розгляду та вирішенню цивільних, кримінальних та інших справ. Метою так званої «сделка с правосудием» – є в першу чергу боротьба з організованими формами злочинності. У даному випадку угоду про визнання винуватості укладають сторона захисту і сторона обвинувачення у лиці прокурора, суд лише перевіряє та констатує факт угоди.

Виходячи з вище зазначеного, необхідно зробити висновок щодо визначення цієї угоди, то на нашу думку це «процес (процедура) подання клопотання підозрюваного чи обвинуваченого про визнання винуватості», що включає у себе:

– по-перше, ініціювання та укладання укладення угоди про визнання винуватості (угода-це взаємно вольовий вчинок, який тягне за собою певні блага для двох сторін угоди, а також з моменту підпису угоди, підозрюваний чи обвинувачений відмовляється від свого конституційного права на належну судову процедуру, внаслідок чого спрощує процедуру винесення обвинувального акту);

– по-друге, затвердження або відмова в затвердженні даної угоди у підготовчому судовому засіданні (якщо ініціатива була на стадії досудового провадження);

– по-третє, вирішення провадження у суді із затвердженою угодою про визнання винуватості із застосуванням спрощеної та скороченої процедури судового розгляду (суд перевіряє добровільність укладення угоди та відповідність її закону).

– і останнє, винесення вироку із призначенням узгодженої міри покарання.

Марущак О. А.

Чернігівський державний технологічний університет,
асистент кафедри історії та теорії держави і права,
конституційного та адміністративного права

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДОПИТУ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ

Ухилення від сплати податків особливе кримінальне правопорушення. Специфіка складу злочину, складність механізму його вчинення визначає і особливості досудового розслідування даної категорії справ, яке характеризується труднощами стосовно збору первинних матеріалів і процесу доказування. Процес діяльності суб'єктів даного злочину знаходить відображення у відповідних документах, але згідно з чинним податковим законодавством виявити ухилення від сплати податків можна лише через деякий час після його вчинення. Протягом цього строку документи можуть бути знищені, свідки багато забудуть тощо. Саме тому, найбільш поширеними документами, що містять доказову інформацію є ті, які скла-

даються за результатами допиту. За допомогою допитів майже у кожній справі збирається необхідна кількість доказів, і разом з іншими доказами, дозволяє вирішити завдання кримінального провадження.

Як спосіб отримання показань особи, яка володіє відомостями, що цікавлять слідство, допит є однією з найскладніших слідчих дій, яка вимагає від слідчого високої професійної майстерності (Весельський В. К. Сучасні проблеми допиту (процесуальні, організаційні і тактичні аспекта): Монографія. – Київ: НВТ «Правник» – НАВСУ, 1999. – с. 6). Слушно зазначив Р. С. Бєлкін, що теоретична концепція допиту складається з трьох складових: правової, психологічної і тактичної. Вихідні положення тактики допиту базуються на процесуальній процедурі допиту, ситуації розслідування, у якій здійснюється допит, характеристиці особистості допитуваного, відносини до події яка відбулась, прогнозованої лінії поведінки на допиті (Белкин Р. С. Очерки криминалистической тактики. – Волгоград. 1993. – с. 159).

Саме тому, найважливішою тактичною особливістю проведення допиту при розслідуванні ухилення від сплати податків є його підготовка яка має бути дуже якісною, тому що правильна та ретельна підготовка забезпечить ефективність розслідування. Специфічність складу злочину, складність механізму вчинення ухилень від сплати податків визначає особливості в застосуванні тактичних прийомів і в цілому – тактики допиту (Лисенко В. В., Задорожний О.С Вирішення проблемних ситуацій допиту головного бухгалтера (керівника підприємства) у справах про ухилення від сплати податків // Форум права. – 2007. – № 2. – С.113-119).

З метою підвищення ефективності допиту підозрюваного, обвинуваченого і отримання нових доказів у справах про ухилення від сплати податків, доцільним є пред'явлення підозрюваному, обвинуваченому документів, що викривають провину (висновків експерта, речових доказів тощо). Це дозволить отримати достатньо конкретні свідчення, допоможе допитуваному згадати обставини, які стосуються справи.

Важливим та складним моментом для слідчого при розслідуванні ухилення від сплати податків, і особливо при підготовці до допиту, є визначення правильного кола осіб, які б підлягали допиту. Також необхідно правильно визначити осіб які б могли бути корисними для слідства, володіти даними про фінансову та господарську діяльність підприємства, яких в свою чергу необхідно допитати в якості свідків, слідчому необхідно застосовувати весь свій професійний потенціал, знання та досвід, щоб забезпечити основні завдання кримінального провадження.

Підозрюваними, а в подальшому і обвинуваченими у справах даної категорії завжди являється керівник підприємства, як найбільш зацікавлена особа, та його підлеглі, від яких безпосередньо залежать виплати до державного бюджету та цільових фондів, особи які можуть проводити фінансові операції, це, в свою чергу, можуть бути перші заступники керівника, головний бухгалтер.

Не існує однозначної думки, щодо осіб які є свідками у справах даної категорії, адже це залежить від конкретних обставин справи, специфіки діяльності даного підприємства. В якості свідків при розслідуванні податкових злочинів найчастіше допитуються:

– співробітники податкової міліції, які виявили порушення податкового законодавства, співробітники податкових інспекцій які проводили перевірки даного підприємства;

– працівники підприємства які мають відношення до фінансово-господарських операцій, формують базу оподаткування, а це, в свою чергу, працівники бухгалтерії, юристи підприємства, спеціалісти різних відділів.

– представники підприємств-контрагентів, які мають договори та ділові відносини з підприємством-порушником податкового законодавства.

Теоретично свідками по даних справах можуть бути всі працівники підприємства.

Отже, однією з найбільш важливих та інформативних слідчих дій при розслідуванні ухилення від сплати податків є допит. При підготовці до допиту та проведення даної слідчої дії у справах про ухилення від сплати податків необхідно: ретельно вивчити матеріали кримінальної справи, а також, документи, що викривають провину (насамперед, бухгалтерські), з метою найбільш ефективного їх використання при пред'явленні на допиті та визначитися з колом осіб, які б підлягали допиту. Перелік питань має узгоджуватися із основними вимогами, що висуваються до постановки питань допитуваному, водночас, відповідати інтересам кримінального провадження. Залучення фахівця до участі у даній слідчій дії, на нашу думку, є обов'язковим, оскільки з його допомогою можна більш грамотно і деталізовано формулювати запитання допитуваним. Вважаємо, що у разі участі в допиті фахівця ймовірність отримати повні, аргументовані і чітко сформульовані свідчення набагато вище ніж за його відсутності.

Попович О. В.

Національна академія прокуратури України, здобувач

ПРИВАТНА ОСОБА ЯК СУБ'ЄКТ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ АНГЛІЇ

Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням є новим інститутом у реформованому кримінальному судочинстві України. Однак обґрунтування доцільності запровадження цього інституту під час досудового розслідування в нашій країні буде можливим також і через дослідження його ознак в кримінальному процесі інших держав, а особливо Англії, як однієї із країн, що є прихильником збереження власних традицій, в тому числі і тих, що стосуються кримінального правосуддя. При цьому обґрунтувавши висновок про те, що у Англії досудовим роз-

слідуванням злочинів можуть займатися звичайні громадяни, ми можемо також з'ясувати, чи розглядається в цій країні інститут процесуального керівництва стосовно одного суб'єкта кримінального переслідування, чи він вбачається в повноваженнях всіх суб'єктів, уповноважених проводити розслідування кримінальних правопорушень.

Зокрема, для кращого розкриття даного питання відзначимо, що історично під поняттям досудового розслідування в Англії розумілася «судова» і «не судова» діяльність (розслідування), загальною метою якої було: 1) встановлення злочинців; 2) здійснення стосовно них кримінального переслідування; 3) збирання доказів шляхом проведення слідчих дій (Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. 2000, с. 58). При цьому «не судове» розслідування знаходилося в руках «приватних обвинувачів» – потерпілого та його представника, які були наділені широкими повноваженнями під час такої діяльності. Зокрема, вказані особи навіть були наділені правом затримувати осіб і складати обвинувальний акт. У зв'язку з цим правоохоронні органи виступали щодо такої діяльності допоміжним механізмом, що іноді необхідний для легалізації отриманих доказів (Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2, 1899, с. 18, 24, 344; Миттермайер К. Ю. А. Законодательсьво и юридическая практика, въ новѣйшемъ ихъ развитіи, въ отношеніи къ уголовному судопроизводству. 1864, с. 38, 123, 267; Муравьев Н. В. Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности. 1889, с. 215-216; Гартунг Н. История уголовного судопроизводства и судоустройства Франции, Англии, Германии и России. 1868, с. 167).

Такий стан можливого досудового розслідування у цій країні пояснюється тим, що за формою кримінальний процес Англії – це спір двох рівноправних сторін на всіх стадіях кримінального провадження, а тому збирати докази до розгляду справи в суді, можуть самостійно самі сторони (Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. 2005, с. 54).

Можливість звичайних громадян у Англії проводити самостійне розслідування, роз'яснюється тим, що: 1) процес збирання доказів і встановлення винних осіб дійсно, ефективний, коли ним керують особи, які безпосередньо в цьому заінтересовані, оскільки це стосується їхніх прав та інтересів, а тому і діють вони ефективніше від державних структур; 2) «кримінальний процес» є досить сильною зброєю, що може бути використана проти власного народу, його свобод, суспільного життя та можливості участі в громадських і державних справах. У зв'язку з цим та незважаючи на існування створених державою органів і суб'єктів з розслідування злочинів, представлення їх на вирішення суду по суті, на першому місці завжди залишається приватне обвинувачення, яке включає в себе розслідування аж до остаточного вирішення справи по суті (Гартунг Н. История уголовного судопроизводства и судоустройства Франции, Англии, Германии и России. 1868, с. 127; Миттермайер К. Ю. А. Уголовное судопроизводство въ Англіи, Шотландіи, Съверной Америкѣ. 1864, с. 78-79,

97); 3) англійська правова доктрина кримінального процесу є приватнопозовною, тобто приватна особа має такі ж права під час кримінального переслідування як і публічні органи (Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. 2000, с. 137).

При цьому варто відразу зазначити, що така можливість приватних обвинувачів самостійно розслідувати справи збереглася і до сьогодні (Алексеев С. С. Уголовный процесс. 1995, с. 312). Крім того це обґрунтовується тим, що у сучасному кримінальному процесі Англії всі витрати щодо отримання доказів і встановлення злочинця потерпілі беруть на себе, але в подальшому мають право на їх відшкодування. Тому в Англії негайної потреби в створенні спеціальних суб'єктів з розслідування ніколи не було (Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. 2005, с. 132; Додонов В. Н., Крутских В. Е. Прокуратура в России и за рубежом. 2001, с. 25-26; Грицаєнко Л. Р. Прокуратура в країнах Європи. 2006, с. 148).

Тобто як бачимо, все історичне кримінальне судочинство Англії пронизано духом «приватного» розслідування, де органи кримінального переслідування розглядаються як допоміжний механізм звичайним громадянам, а саме: розслідування приватними обвинувачами стоїть поряд з проведенням розслідування спеціальними суб'єктами. На підставі чого можна робити висновок про те, що процесуальне керівництво досудовим розслідуванням є досить розвиненим інститутом, який у такій країні як Англія, має свої особливості реалізації в практичне життя, оскільки стосується компетенції приватних осіб. Тому з усією впевненістю можна стверджувати про те, що його запровадження в Україні є свідченням того, що реформування нашого правосуддя направлено на шлях, яким йдуть більшість розвинених країн світу, оскільки запроваджуються подібні механізми (інститути). Однак наостанку слід вказати: незважаючи на таке право звичайних громадян Англії проводити своє розслідування, а з ним і здійснювати процесуальне керівництво власними діями, в цій країні існують все ж таки інші органи розслідування, для яких така діяльність взагалі є обов'язковою.

Агакерімов О. Н.

Черкаський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», здобувач кафедри кримінального процесу

ДОМАШНІЙ АРЕШТ ЯК НОВЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Згідно ст. 3 Конституції України, «людина, її життя і здоров'я… визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю», «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави» (Конституція України від 28 червня 1996 р.: чинне законодавство

зі змінами та доповненнями станом на 15 квітня 2011 р.: (офіц. текст). – К.: Паливода А. В., 2011. – 56 с.).

13.04.2012 р. було прийнято новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі КПК України, від 13.04.2012 р.), який вступив в дію в ніч з 19 на 20 листопада 2012 року, замінивши Кримінально-процесуальний кодекс України, від 28.12.1960 р. (далі КПК України, від 28.12.1960 р.).

Завдяки прийняттю КПК України, від 13.04.2012 р., пройшла вагома реформа в сфері кримінального провадження, одним із аспектів якої стало впровадження такого запобіжного заходу, як домашній арешт.

У відповідності зі ст. 181 КПК України, від 13.04.2012 р., домашній арешт полягає в забороні підозрюваного, обвинуваченого залишати житло цілодобово або у певний період доби. Домашній арешт може бути застосовано до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за вчинення якого законом передбачено покарання у виді позбавлення волі (Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. за № 4651-VI / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651 %D0 %B0-17).

Проводячи порівняльний аналіз інституту запобіжних заходів КПК України, від 13.04.2012 р. та КПК України, від 28.12.1960 р., можна побачити, що в результаті проведеної реформи кримінального провадження, одними із змін, які стосуються даного інституту, є запровадження домашнього арешту, як запобіжного заходу, обмеження сфери застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою, так як в ст.183 КПК України, від 13.04.2012 р., законодавець зазначає, що взяття під варту може застосовуватись лише у виняткових випадках, і дає вичерпний перелік таких випадків. Оскільки домашній арешт може застосовуватись до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочину, за вчинення якого законом передбачено покарання у виді позбавлення волі, а сферу запобіжного заходу у виді тримання під вартою обмежено, це означає, що до осіб, до яких можна було застосовувати запобіжний захід у виді тримання під вартою до зазначеної вище реформи, в умовах сьогодення, після її проведення, якщо вони не входять в коло ризику осіб, зазначених в ст.183 КПК України, від 13.04.2012 р., можна застосовувати такий більш м'який запобіжний захід, як домашній арешт, який в свою чергу покликаний розв'язати ряд зазначених нижче важливих проблем.

1. Поширення туберкульозу в СІЗО. Неналежне виконання органами внутрішніх справ вимог Закону України «Про протидію захворюванню на туберкульоз», зокрема, забезпечення своєчасного, повноцінного та якісного обстеження осіб, які тимчасово тримаються у спеціалізованих установах і приміщеннях, сприяє стрімкому поширенню цього захворювання у слідчих ізоляторах та установах виконання покарань.

З 1994 року спостерігається стійка тенденція до збільшення кількості хворих на туберкульоз, які надходять до слідчих ізоляторів. Захво-

рюваність на туберкульоз у слідчих ізоляторах у 112 (!) разів вища від середнього показника в державі (Становище у слідчих ізоляторах, неналежне фінансування пенітенціарних установ може призвести до непередбачуваних тяжких наслідків / [Електронний ресурс].– Режим доступу :URL:http://www.gp.gov.ua/ua/news. html?_m=publications &_c=view&_ t= rec&id=65879).

2. Переповнені СІЗО та ізолятори тимчасового тримання осіб. Як зазначив начальник Головного слідчого управління МВС України, Фаринник В.І., очікується, що шляхом запровадження домашнього арешту вдасться значною мірою розвантажити ізолятори тимчасового тримання осіб та слідчі ізолятори, кількість затриманих в яких не завжди відповідає можливості розміщення таких осіб, що відповідно призводить до порушень прав громадян (Домашній арешт – альтернатива триманню під вартою / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://smi.liga.net/articles/2012-06-26/5947793 domashn_y_aresht_ alternativa_ trimannyu_ p_d_ vartoyu. htm).

3. Навантаження на державний бюджет в зв'язку з триманням заарештованих в СІЗО. Завдяки впровадженню домашнього арешту, як запобіжного заходу, та обмеження сфери застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, в СІЗО буде потрапляти менше осіб. Таким чином буде меншим навантаження на державний бюджет, так як чим менше осіб перебуватиме в СІЗО, тим меншими будуть державні витрати.

Але, не дивлячись на численні позитивні аспекти домашнього арешту кримінального провадження, слід зазначити, що для цього інституту є характерними ряд проблем, які неодмінно потрібно вирішити на законодавчому рівні, наприклад, проблема забезпечення харчами особи, яка не має родичів, і щодо якої застосовано цілодобовий домашній арешт, що може тривати до 6 місяців, проблема явки в суд особи, щодо якої застосовано цілодобовий домашній арешт, адже як така особа зможе з'явитися до суду, і одночасно не порушувати вимогу про цілодобовий домашній арешт тощо.

Отже, підводячи підсумок, враховуючи те, що інститут домашнього арешту потребує певного доопрацювання, все ж його впровадження свідчить про появу не тільки нового інституту запобіжних заходів, а ще й комплексного заходу для розв'язання та вирішення ряду важливих проблем та завдань. «Домашній арешт – більш гуманний запобіжний захід порівняно з триманням під вартою, його запровадження є прогресивним для українського законодавства. Зважаючи на підвищену увагу з боку міжнародної спільноти до цих питань, рішень Європейського суду з прав людини щодо допущених в Україні порушень при взятті осіб під варту та їх подальшому триманні, зазначена тема втрачає гостроту і нагальність після появи нового запобіжного заходу – домашнього арешту» (Домашній арешт – альтернатива триманню під вартою / [Електронний ресурс]. – Режим доступу:URL:http://smi.liga.net/articles/2012-06-26/5947793domashn_y_ aresht_ alternativa_trimannyu_ p_d_ vartoyu.htm).

Підрозділ 21.3
Доказова діяльність суду (судді) у кримінальному процесі

Лукашкина Т. В.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры уголовного процесса

НЕДОПУСТИМОСТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

Уголовный процессуальный кодекс Украины 2012 года в разделе о доказательствах и доказывании, сохранив некоторую преемственность в отношении предыдущего УПК в части определения понятия доказательств, предмета доказывания, принципа оценки доказательств, содержит и новые нормы, которые должны быть оценены как безусловно позитивные. Имеются в виду статьи 85 – 87, в которых сформулированы понятия относимости и допустимости доказательств, содержится категорическое требование признания недопустимыми доказательств, полученных с нарушением прав и свобод человека. Вместе с тем, нельзя не отметить, что законодатель допускает определенный эклектизм, что, естественно затрудняет толкование и применение норм этого важнейшего института уголовного процессуального права. Проявляется это в следующем.

В статье 84 УПК содержится определение понятия доказательств как фактических данных, полученных в порядке, предусмотренном процессуальным законом, на основании которых следователь, прокурор, следственный судья и суд устанавливают наличие или отсутствие фактов и обстоятельств, подлежащих доказыванию в уголовном производстве. Это определение, несмотря на некоторые терминологические уточнения, воспроизводит определение, содержащееся в ст. 65 УПК 1960 года. В научной литературе в большинстве случаев понятие «фактические данные» понимают как сведения о фактах и обстоятельствах (Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар/ За загальною редакцією професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М.Є. Шумила. – К.:Юстініан. – 2012.С.223-224). В ч.2 ст. 91 УПК указано, что доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств, а в ст. 94 УПК закреплен принцип оценки доказательств следователем, прокурором, следственным судьей и судом по внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и непредвзятом исследовании всех обстоятельств уголовного производства. Далее указано, что никакое доказательство не имеет заранее установленной силы. Таким образом, в УПК закрепляется важнейшее принципиальное положение свободной оценки доказательств. В полном соответствии с этим положением находится и ч. 1 ст. 88 УПК в

которой вполне резонно отмечено, что данные, которые касаются судимостей подозреваемого, обвиняемого или совершения им иных правонарушений, не являющихся предметом данного уголовного производства, а также сведения о характере или отдельных чертах характера подозреваемого обвиняемого недопустимы для подтверждения его виновности в совершении уголовного правонарушения.

И абсолютным диссонансом с ранее установленными правилами выглядят положения ч. 2 ст. 88, в частности, п.1, где предусмотрено, что указанные данные могут быть признаны допустимыми (видимо, для установления виновности подозреваемого, обвиняемого), если стороны соглашаются, чтобы они были признаны допустимыми. По сути, речь идет о том, что согласие подозреваемого, обвиняемого признать такие данные допустимым доказательством для подтверждения совершения им правонарушения, является своеобразной формой признания им своей вины. Иначе говоря, сам факт признания вины подозреваемым рассматривается как доказательство совершения им правонарушения (преступления). А это, кроме всего прочего, противоречит определению понятия доказательств как фактических данных, т. е. сведений о фактах.

Столь же трудно объяснимо положение п. 3 ч. 2 ст. 88 УПК, где предусмотрено, что указанные данные (о предыдущих судимостях или совершении иных правонарушений) могут быть признаны допустимыми, если их представляет сам подозреваемый, обвиняемый. Непонятно, почему эти данные, представленные подозреваемым, являются доказательством его вины в совершении правонарушения, а те же самые данные, представленные прокурором, для доказывания тех же обстоятельств недопустимы.

Не меньше вопросов вызывает и п. 4 ч. 2 рассматриваемой статьи. Почему ссылка подозреваемого на факт судимости свидетеля для дискредитации последнего позволяет признать данные о судимости самого подозреваемого допустимым доказательством его вины в совершении правонарушения?

Безусловно, данные о судимости подозреваемого или совершении им иного правонарушения являются доказательствами, характеризующими личность, в случаях, предусмотренных УК, влияют на квалификацию деяния как совершенного повторно. Причем, такие данные для указанных целей должны использоваться независимо от того, кто их представил (как правило, их представляет в суде прокурор), независимо от согласия обвиняемого, независимо от того, использовал ли подозреваемый данные о судимости свидетеля для его дискредитации. Использование таких данных как допустимых доказательств для установления вины подозреваемого, обвиняемого представляет собой возврат к теории формальных доказательств и просто противоречит здравому смыслу. Кроме того, тут налицо противоречие между принципом оценки доказательств по внутреннему убеждению и указанием на признание доказательств допустимыми по формальным

основаниям. Подобное противоречие должно быть разрешено в пользу принципиального требования статьи 94 УПК об оценке доказательств по внутреннему убеждению, следовательно, использовать данные о предыдущих судимостях обвиняемого или о совершении им иного правонарушения как доказательства его вины в совершении нового правонарушения, являющегося предметом уголовного производства, невозможно.

Не вполне понятно и содержание ч. 3 ст. 88 УПК о том, что данные об определенных привычках, обычной деловой практике подозреваемого, обвиняемого являются допустимыми для доказывания того, что уголовное правонарушение согласуется с этой привычкой подозреваемого. Что означает признание того, что правонарушение согласуется с привычкой? На наш взгляд, такой вывод никак нельзя рассматривать как доказательство (пусть даже косвенное) вины подозреваемого в совершении правонарушения. Данные о наличии у подозреваемого определенной привычки, деловой практики, как и данные о наличии у него конкретной подготовки, осведомленности не могут рассматриваться как доказательства его вины в совершении преступления, которое требовало наличия определенной подготовки, осведомленности. Эти данные свидетельствуют только о наличии у подозреваемого конкретных навыков, привычек, осведомленности. Если подозреваемый отрицает это, то таким образом можно опровергнуть его неправдивые показания.

Стоянов М. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук

ДОСТОВІРНІСТЬ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: АНАЛІЗ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Процес доказування у кримінальному провадженні становить єдиний засіб встановлення фактичних обставин справи, обставин вчиненого кримінального правопорушення. Відповідно до частини другої статті 91 КПК України доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження. Статтею 94 КПК України встановлено, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. Таким чином, предметом оцінки є аналіз отриманої в результаті проведення сторонами кримінального провадження процесуальних дій інформації, її відповідності певним вимогам.

Основою прийняття підсумкових процесуальних рішень є достовірне встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Навіть при прийнятті проміжних рішень законодавець орієнтує правозастосовувача на досягнення максимально можливого, в умовах здійснюваного провадження, рівня ймовірного знання.

Питання віднесення достовірності до переліку властивостей доказів у кримінальних справах має неабияке значення до правозастосовної діяльності. Непоодинокими у слідчій та судовій практиці є випадки безпідставної відмови у задоволенні клопотань учасників кримінального провадження з мотивів сумніву в їх відповідності реальній дійсності. Прикладом прийняття подібного рішення є відмова у приєднанні до матеріалів кримінального провадження записів з мережі Інтернет.

Аналіз положень КПК України не дозволяє дійти однозначного висновку стосовно окресленого питання. З одного боку, кримінальне процесуальне законодавство містить нормативне визначення, крім доказів та їх процесуальних джерел, належності та допустимості доказів. Тим самим законодавець орієнтує суб'єктів кримінального провадження на те, що інформація (відомості про факти, фактичні дані) набуває статусу доказу в тому разі, коли встановлюється прямий чи непрямий її зв'язок з обставинами предмета доказування, а також за умови законності її отримання (статті 85, 86 КПК України). З іншого, надане у частині першій статті 84 КПК України визначення поняття доказів містить словосполучення «фактичні дані», що природно вказує на те, що докази мають відповідати такому критерію, як істинність або достовірність. Більш того, частиною третьою статті 358 КПК України встановлено, що якщо долучений до матеріалів кримінального провадження або наданий суду особою, яка бере участь у кримінальному провадженні, для ознайомлення документ викликає сумнів у його достовірності, учасники судового провадження мають право просити суд виключити його з числа доказів і вирішувати справу на підставі інших доказів або призначити відповідну експертизу цього документа. Це положення кримінального процесуального закону знову підкреслює невід'ємну властивість доказів у кримінальному провадженні – достовірність, прямо її називаючи.

Тим не менш, системний аналіз норм КПК України дозволяє стверджувати все ж протилежне. Так, частиною третьою статті 374 КПК України встановлюється, що у мотивувальній частині вироку мають зазначатися підстави для виправдання обвинуваченого з зазначенням мотивів, з яких суд відкидає докази обвинувачення (у разі визнання особи виправданою), а також докази на підтвердження встановлених судом обставин, а також мотиви неврахування окремих доказів (у разі визнання особи винуватою). Неврахування доказів, як видається, здійснюється на підставі встановлення відсутності такої характеристики як достовірність. Але при цьому КПК України називає такі дані доказами (Кримінальний процесуальний кодекс

України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одіссей, 2013. – 1104 с.).

Крім того, відповідно до частини третьої статті 93 КПК України сторона захисту, потерпілий здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів. Знову таки, законодавець орієнтує суб'єктів провадження (процесу доказування) на отримання відповідно до чинного законодавства відомостей про обставини вчиненого кримінального правопорушення, які набувають форму доказів навіть до вирішення питання про їх відповідність реальній дійсності. Але, слід зазначити, що такий стан речей аж ніяк не повинен дезорієнтувати правозастосовні органи на отримання інформації, яка не відповідатиме дійсності. Згідно, наприклад, частини третьої статті 370 КПК України обґрунтованим є судове рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом.

Отже, наведена характеристика доказів – достовірність – повинна, на наш погляд, остаточно визначатися безпосередньо перед ухваленням підсумкового процесуального рішення та у сукупності з усіма іншими доказами. У протилежному випадку досить велика небезпека передчасного визнання доказу недостовірним, що спричинить за собою необґрунтовану відмову від його використання в доказуванні у справі. Власне, призначення всіх попередніх вимог полягає в тому, щоб забезпечити достовірність відомостей. Разом з тим зазначений критерій оцінки доказів має самостійне значення.

Гуртієва Л. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри кримінального процесу, кандидат юридичних наук

ПРАВОТВОРЧИЙ АСПЕКТ ВЗАЄМОДІЇ НОРМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ТА МОРАЛЬНІСНИХ ПРИНЦИПІВ В ПРОЦЕСІ ДОКАЗУВАННЯ

Взаємодія норм кримінально-процесуального права та моральніс-них принципів (зокрема, гуманізму, справедливості, милосердя, поваги до честі та гідності людини та ін.) в процесі доказування реалізується як у правотворчому, так й у правозастосовному аспектах (тобто на законодавчому та у правозастосовному рівнях).

Взаємодія норм кримінально-процесуального права та моральнісних принципів у правотворчому аспекті реалізується в тому, що норми кримінально-процесуального права створюються, змінюються з урахуванням моральнісних принципів, цінностей, пануючих у суспільстві, та сприймаються як формально визнана міра справедливості, гуманізму.

Оскільки моральнісні цінності особи (зокрема, свобода, життя, здоров'я, честь, гідність людини та ін.) та моральнісні цінності суспільства (зокрема, стабільне існування суспільства, справедливе кримінальне провадження та ін.) складають основу норм кримінально-процесуального права, забезпечуються ними, це дозволяє стверджувати про моральнісні начала у кримінально-процесуальному праві (в тому разі й у доказовому праві) та у кримінальному процесуальному законодавстві.

Моральнісні начала процесу доказування знаходять свій прояв у нормах кримінально-процесуального права (в тому разі й у нормах доказового права), які закріплюють: **а)** завдання кримінального провадження (ст. 2 КПК) та мету доказування; **б)** принципи кримінального провадження (ст. 7 КПК); **в)** законні інтереси, права учасників процесу доказування та **г)** обов'язок органу державної влади та посадової особи, яка здійснює кримінальне провадження, забезпечити їх; **д)** кримінально-процесуальну форму процесу доказування (тобто порядок збирання, перевірки та оцінки доказів, в тому разі й порядок проведення окремих процесуальних дій, правила оцінки доказів) та ін.

Що стосується моральнісних начал кримінально-процесуальної форми збирання та перевірки доказів, то вони знаходять свій прояв у положеннях закону про: заборону проводити слідчі (розшукові) дії у нічний час (ч. 4 ст. 223 КПК); тривалість допиту (ч. 2 ст. 224 КПК, ч. 2 ст. 226 КПК); заборону під час допиту ставити навідні запитання, тобто запитання, у формулюванні яких міститься відповідь, частина відповіді або підказка до неї (ч. 6 ст. 352 КПК); можливість проведення пред'явлення особи для впізнання поза візуальним спостереженням (ч. 4 ст. 228 КПК); проведення обшуку житла чи іншого володіння особи в час, коли завдається найменша шкода (ч. 2 ст. 236 КПК); обов'язок слідчого, прокурора при проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб (ч. 4 ст. 236 КПК); проведення обшуку особи тієї ж статі (ч. 5 ст. 236 КПК); проведення слідчого експерименту за умови, що при цьому не створюється небезпека для життя і здоров'я осіб, які беруть у ньому участь, чи оточуючих, не принижується їхні честь і гідність, не завдається шкода (ч. 4 ст. 240 КПК); проведення освідування, яке супроводжується оголенням освідуваної особи, особою тієї ж статі (ч. 2 ст. 241 КПК); недопустимість дій, які принижують честь і гідність особи або небезпечні для її здоров'я при проведенні освідування особи (4 ст. 241 КПК) та ін.

Зазначимо, що застосовуючи словосполучення «моральнісні начала процесу доказування», то ми маємо на увазі, що відповідні норми (інститути) доказового права відповідають моральнісним принципам та цінностям, *але їх природа має правовий характер.* Тому ми не можемо погодитися з пропозицією деяких вчених (О. В. Мельник, А. О. Шульга) змінити назву глави 2 КПК України (на момент їх пропозиції це був проект КПК України № 3456-Д) «Засади кримінального провадження» на назву «Морально-правові принципи кримінального процесу» (Мельник О. В. Моральні засади провадження у досудових стадіях кримінального процесу України: автореф. дис. ..канд. юрид. наук, – К., 2006, с. 7; Шульга А. О. Моральність у кримінальному судочинстві України: аналіз проблем та перспективи // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності – № 3, 2009, с. 138-139).

Деякі вчені (С. М. Стахівський, А. О. Шульга) пропонують доповнити КПК України статтями під назвою: «Моральні засади провадження слідчих дій» (Стахівський С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. Монографія. – К., 2005, с.101), а також «Правила реалізації норм моральності», де будуть систематизовані всі норми КПК, виконання яких безпосередньо пов'язано з реалізацією норм моралі (Шульга А. О. Моральність у кримінальному судочинстві України: аналіз проблем та перспективи // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності – № 3, 2009, с. 138-139).

З даною пропозицією також важко погодитись. По-перше, моральнісні засади, норми моралі та норми кримінально-процесуального права є взаємопов'язаними, але автономними соціальними явищами. По-друге, моральнісні принципи, норми моралі та норми кримінально-процесуального права мають свою специфіку, свої відмінності, зокрема, за способом їх формування, за методами забезпечення, за формою закріплення, за критеріями оцінки діяльності суб'єктів кримінального провадження, за наслідками їх порушення та ін. Так, виконання моральнісних принципів, норм моралі забезпечується, зазвичай, моральною свідомістю та совістю людини, її переконанням та силою суспільної думки, а їх порушення тягне суспільний осуд. Виконання приписів норм кримінально-процесуального права забезпечується шляхом офіційного закріплення прав і обов'язків суб'єктів кримінального провадження та можливості застосування заходів державного примусу. Проведення процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень з порушенням вимог кримінального процесуального законодавства тягне незаконність цих дій та рішень; визнання недопустимими доказів, які були отриманні внаслідок порушення норм кримінально-процесуального права.

Таким чином, вважаємо, що введення у кримінальне процесуальне законодавство термінів «моральнісні засади», «норми моральності» є зайвим.

Шевчук В. П.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри кримінального процесу, Прокурор відділу захисту інтересів громадян та держави при застосуванні законів про адміністративні правопорушення Генеральної прокуратури України

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СУДОМ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У ПІДГОТОВЧОМУ СУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка питання про роль суду як гарантії допустимості доказів обумовлена не тим, що доказ повинен бути остаточно визнано недопустимим, а необхідністю усунути допущені при отриманні і закріпленні доказів порушення, що згодом, при ухваленні вироку, не дозволять їх використовувати.

Ряд вчених вважає, що питання допустимості (недопустимості) повинні вирішуватися саме в судових стадіях кримінального процесу (Юдківська Г. Ю. Презумпція невинуватості в кримінальному процесі України та практиці Європейському суду з прав людини : автореф. дис. .. канд. юрид. наук / Г. Ю. Юдківська ; Академія адвокатури України. – К., 2008. – 20 с., с. 20). В протиріччя цій позиції деякі процесуалісти (Попелюшко В. О. Про допустимість доказів у контексті статей 334 та 335 Кримінально-процесуального кодексу України / В.О. Попелюшко // Вісник Верховного суду України. – 2007. – № 11 (87). – С. 41-45, с. 45) вважають, що у ході судового слідства розглядати спірні питання доказів вже трохи запізно, оскільки вони вже покладені в основу обвинувачення та обвинувального висновку. На думку цих вчених, допустимість (недопустимість) доказів доцільно вирішувати на тій стадії процесу, на якій їх збирають (подають) та досліджують.

Цілком справедливою уявляється думка С. В. Нєкрасова щодо того, що «особливий зміст виключення доказів присутній тільки в суді присяжних. Присяжні, добір яких саме відбувається не за ознакою професійної підготовленості, відгороджуються за допомогою виключення з розгляду з їх участю доказів, що не володіють властивістю допустимості, від впливу на них відомостей, отриманих з порушенням процесуального закону. Виключення доказів тут сприяє формуванню того рішення (вердикту), що не будується на фактах порушення закону» (Некрасов С. В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве / С. В. Некрасов. – М. : Экзамен, 2004. – 128 с., с. 29, 30).

В науковій літературі (Марасанова С. В. Организационные и процессуальные проблемы деятельности суда присяжных : автореф. дис. … канд. юрид. наук / С.В. Марасанова. – М., 2002. – 26 с., с. 17) все частіше відстоюється позиція, що питання про допустимість доказів повинне бути вирішене остаточно на стадії підготовчого судового прова-

дження (попереднього розгляду справи суддею, попереднього слухання) при наявності можливості оскаржити ці рішення.

Ми не можемо погодитися з позицією, відповідно до якої всі питання про допустимість доказів повинні вирішуватися не пізніше, ніж у ході підготовчого судового засідання. Аналіз процесуальних засобів збирання та дослідження доказів не дозволяє у всіх випадках вирішувати це питання на першій з судових стадії. Крім цього, сумніви у допустимості доказу в деяких випадках можуть вперше виникнути при розгляді справи в суді.

Крім того, пунктом 8 Інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» № 223-1446/0/4-12 від 05 жовтня 2012 року встановлено, що застосоване законодавцем при наданні визначення поняття «докази» формулювання «фактичні дані, отримані у передбаченому КПК порядку» та положення ч. 3 ст. 17 КПК про те, що обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, свідчать, що відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням, є очевидно недопустимими, а це відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Зазначене правило застосовується і щодо доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК) за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості. В іншому випадку суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

Таким чином, проблема визнання доказів недопустимими та виключення їх із доказової бази багато в чому спричинена недосконалістю норм кримінального процесуального закону. Закономірним наслідком цього є те, що органи кримінальної юстиції застосовують норми про допустимість (недопустимість) доказів на свій розсуд. Дана обставина свідчить про необхідність подальшого удосконалення встановленого законом процесуального порядку та правових наслідків визнання доказів недопустимими.

Чернега І.Л.
Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри кримінального процесу

ПОКАЗАННЯ З ЧУЖИХ СЛІВ: НОВЕЛА ЧИ РЕГРЕС?

Новий Кримінальний процесуальний кодексу закріпив норму, яка викликає багато дискусій не лише серед теоретиків, але і серед практиків в галузі кримінального процесуального права. Мова йдеться про пока-

зання з чужих слів. На перший погляд, законодавець намагається всіляко вдосконалити норми процесуального права, але дана стаття може стати кроком назад, в часи коли для затримання особи достатньо було лише повідомлення про її «протиправну» діяльність.

Стаття 97 говорить про те, що показаннями з чужих слів є висловлювання, здійснене в усній, письмовій або іншій формі, щодо певного факту, яке ґрунтується на поясненні іншої особи і суд може визнати допустимим доказом такі показання незалежно від можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення у виняткових випадках, якщо такі показання є допустимим доказом згідно з іншими правилами допустимості доказів. В даному випадку є незрозумілим чому законодавець робить акцент лише на дотримання правил допустимості при отриманні даного доказу, але нічого не говорить про належність його. З даної норми випливає, що якщо немає можливості допитати особу, яка, ймовірно, давала первинні показання, а пояснення з чужих слів були відібрані уповноваженим суб'єктом з дотриманням належної процедури і належним чином оформлені, то такі показання автоматично стають допустимими доказами по справі. На нашу думку, така позиція законодавця є спірною. Щоправда, в ч.2 ст. 97 КПК України дається роз'яснення, що при вирішенні питання про визнання показань з чужих слів допустимими суд зобов'язаний враховувати ряд обставин. Першою обставиною є значення пояснень і показань, у випадку їх правдивості, для з'ясування певної обставини і їх важливість для розуміння інших відомостей. Постає питання, як в даному випадку можна оцінити правдивість таких показань, якщо особу, яка давала їх первинно неможливо допитати? І чи можуть бути використані такі відомості для важливості розуміння інших наявних відомостей по справі, якщо в ч.6 ст. 97 законодавець робить акцент на тому, що показання з чужих слів не можуть бути допустимим доказом факту чи обставин, якщо показання не підтверджуються іншими доказами? Вважаємо таку думку хибною і необхідною для доопрацювання.

До інших обставин, які суд повинен враховувати при вирішенні питання про допустимість як доказу показань з чужих слів відносяться обставини надання первинних пояснень, які викликають довіру щодо їх достовірності. Знову ж таки, незрозуміло як можуть бути встановлені обставини надання первинних пояснень, окрім тих, які висловлює сам допитуваний; Переконливість відомостей щодо факту надання первинних пояснень. Які відомості, в даній ситуації будуть вважатися переконливими і як можна їх перевірити? Уявімо, що є показання інших свідків, які бачили як особа при смерті спілкувалася з тим, хто дає показання з чужих слів, та навряд чи можна вважати такі відомості достатніми для того, щоб стверджувати, що при даному спілкуванні дійсно було повідомлено щось стосовно обставин справи; Співвідношення показань з чужих слів з інтересами особи, яка надала ці показання. Можливі випадки, коли особа видає власні відомості за показання третіх осіб, для того, щоб не виявити влас-

них інтересів в результатах розгляду даної справи; Можливість допиту особи, яка надала первинні пояснення, або причини неможливості такого допиту. На нашу думку, така обставина повинна бути першочерговою, оскільки тільки так можна дійсно перевірити правдивість і належність таких показань.

В свою чергу, КПК закріплює перелік обставин за якими суд має право визнати неможливим допит особи. До них відносяться її відсутність під час судового засідання внаслідок смерті або через тяжку фізичну чи психічну хворобу, якщо особа відмовляється давати показання в судовому засіданні, не підкорюючись вимозі суду, не прибуває на виклик до суду, а її місцезнаходження не було встановлено шляхом проведення необхідних розшукових заходів. Виходить, якщо особа, яка давала первинні показання померла, або переховується, то ми апріорі повинні вірити тим показанням, які нам від її імені переказують.

Народний депутат Г. Москаль у своїй пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення зміни до Кримінального процесуального кодексу України (щодо виключення положень про визнання доказами показань з чужих слів)» зазначає, що негайного скасування, на його думку, потребує положення статті 97 нового КПК – Показання з чужих сліві ми з ним погоджуємось. Адже, з набуттям чинності нового КПК кримінальне переслідування може основуватись на неперевіреній або недостатньо перевіреній інформації, поширеної іншою, третьою особою. Тобто, вся репресивна машина держави може включитись на повну потужність проти людини, якщо одна особа посилається на «факти», які мають ознаки складу злочину, почуті від іншої особи без обов'язкового допиту поширювача інформації, встановлення достовірності цієї інформації тощо. Фактично, мова йде про кримінальне провадження, яке базується на звичайних плітках та чутках, що завдають шкоди людству багато років (http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45574).

На нашу думку, стаття, яка закріплює можливість використання показань з чужих слів як доказу є дуже спірною, оскільки суб'єктивність таких показань сумнівів майже не викликає. З статей КПК зрозуміло, що такі показання можуть використовуватися як докази, якщо неможливо допитати особу яка давала первинні пояснення у виняткових випадках, але це виглядає як остання соломинка за яку повинна хапатися особа, яка відбирає пояснення чи проводить допит. Вірогідність спотворення пояснень однієї особи іншою дуже велика. Це може бути викликано рядом причин, таких як навмисне спотворення, особиста заінтересованість в результатах розгляду справи, особливості світосприйняття, психічного стану, рівень інфантильності, вади слуху чи зору, які не впливають на життєдіяльність, але можуть дати неправильну картину подій та ін. Також не слід забувати про те, що особі навмисно може бути повідомлено завідомо неправдиві показання, про достовірність яких вона не може судити.

Литвин О. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри кримінального процесу

ВИЗНАННЯ СУДОМ НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Новий Кримінальний процесуальний кодекс України вперше закріпив порядок визнання доказів недопустимими у судовому розгляді. Деякі проблеми, пов'язані із цим порядком, вже досліджуватися у наукових працях Н. М. Басай, Т. В. Лукашкіної, М. А. Погорецького, М.Є. Шумила, однак невирішеними залишилися деякі питання, пов'язані із реалізацією нового порядку визнання доказів недопустимими, із можливість суду визнавати докази недопустимими з власної ініціативи.

Аналізуючи ст. 89 КПК, можна виокремити два порядки визнання доказів недопустимими за критерієм очевидності / неочевидності недопустимості доказів. У разі очевидної недопустимості доказів суд визнає цей доказ недопустимим під час судового розгляду, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. У разі, якщо докази не є очевидно недопустимими, суд вирішує питання про їх допустимість під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення підсумкового судового рішення.

Категорія «очевидна недопустимість доказів» є оцінною, і оцінка очевидності недопустимості доказів може викликати складнощі у судовій практиці. Як указує Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у Інформаційному листі № 223-1446/0/4-12 від 05.10.2012 р. «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України», відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням, є очевидно недопустимими, а це відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Зазначене правило застосовується і щодо доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК) за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості. В іншому випадку суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення.

Тобто, відповідно, очевидно недопустимим є докази, які: 1) отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку; 2) отримані органом досудового розслідування з порушен-

ням передбаченого процесуальним законом порядку; 3) докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК).

КПК прямо не регламентує питання щодо того, чи може суд бути ініціатором визнання доказів недопустимими. Аналізуючи вищевказаний Інформаційний лист, можна зробити висновок, що визнання доказу очевидно недопустимим має бути ініційовано сторонами, оскільки правило про неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате, застосовується і щодо доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК) *за умови підтвердження сторонами кримінального провадження їх очевидної недопустимості* (курсив мій – О.Л.). Щодо інших випадків обмежень не встановлено.

У доктрині це питання вирішується по-різному. Так, указується, що визнання доказів недопустимими здійснюється виключно в судовому порядку за клопотанням сторін. Ініціатива в поданні клопотання про визнання доказів недопустимими належить сторонам та потерпілому під час судового розгляду. Якщо відсутні заперечення іншої сторони по суті заявленого клопотання, воно підлягає задоволенню. Обов'язок доказування обставин, що є підставою для виключення доказів, покладається на сторону, що заявила таке клопотання (Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, П. В. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2012. – С. 264-265). Також уточнюється, що КПК не регулює порядку визнання судом доказів недопустимими до видалення суду до нарадчої кімнати. Таке рішення суд зазвичай може ухвалити за клопотанням сторони кримінального провадження або потерпілого та його представника, заслухавши думку іншої сторони. Рішення про визнання доказу недопустимим суд повинен сформулювати в ухвалі (Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х.: Одіссей, 2013. – С. 236). У російській кримінально-процесуальній доктрині також висловлюється позиція про те, що у судовому засіданні суд не може бути ініціатором визнання доказів недопустимими, оскільки це суперечить принципу здійснення правосуддя на основі змагальності та рівноправності сторін, хоча допускається така активність при постановленні вироку (Меринов Э. Правомерна ли активность суда в решении вопросов о допустимости доказательств / Э. Меринов. //Законность. -2006. – № 3. – С. 36).

Водночас, пропонується редакція статті 89 КПК, відповідно до якої суд вирішує питання допустимості доказів за власною ініціативою або за клопотанням учасників кримінального провадження (Басай Н. М. Визнання доказів недопустимими в кримінальному процесі України: підстави,

процесуальний порядок і правові наслідки: автореф. дис. .. канд. юрид. наук : 12.00.09 / Басай Н. М. – О., 2012. – С. 16).

Аналізуючи ст. 89 КПК та коментарі до неї, слід зазначити, що норми ст. 89 КПК не обмежують вирішення питання про допустимість доказів ініціативою лише сторін та потерпілого. Вважаємо, момент та порядок вирішення питання про недопустимість доказу має варіюватися у залежності від характеру недопустимості доказу. У випадку встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд повинен визнавати цю недопустимість у окремому порядку (шляхом винесення ухвали і виключення з розгляду) лише якщо наявне клопотання сторони або потерпілого, оскільки тягар доказування очевидної недопустимості доказів повинен покладатися саме на тих суб'єктів, які мають інтерес у виключенні їх з розгляду. Однак, безумовно, суд не може залишатися осторонь і не реагувати та істотні порушення прав людини, зокрема, ті, що передбачені ч. 1 ст. 87 КПК. Тому, вважаємо, дослідивши усі надані сторонами і отримані судом докази, дослідивши усі обставини кримінального провадження, суд у вироку повинен визнавати докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, недопустимими, навіть без клопотань сторін; інакше вже судом буде допущено порушення принципу законності та верховенства права. Суд при постановленні судового рішення не може посилатися на докази, які є недопустимими.

РОЗДІЛ 22
РОЛЬ КРИМІНАЛІСТИКИ, СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ, СУДОВОЇ ПСИХОЛОГІЇ ТА МЕДИЦИНИ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ СУДОЧИНСТВА

Тищенко В. В.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», заведующий кафедрой криминалистики, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАПрН Украины

Москаленко А. В.
Измаильский институт водного транспорта, преподаватель кафедры права и лингвистики

О ПЕРИОДИЗАЦИИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО РАССЛЕДОВАНИЮ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Расследование преступлений представляет собой сложную системную деятельность, осуществляемую следователем в целях установления всех обстоятельств конкретной преступной деятельности и привлечения виновных лиц во взаимодействии с прокурором, следственным судьей, сотрудниками оперативных подразделений, адвокатом и другими участниками уголовного производства в соответствие с их полномочиями и функциями, предусмотренными уголовным процессуальным законом.

Успешное достижение целей деятельности по расследованию преступлений возможно лишь при высокой степени ее организации, а также соблюдении правовых и научных принципов ее осуществления. Оптимизация процесса расследования и повышение его продуктивности основываются на использовании в этих целях ряда современных научных подходов, наиболее общим, из которых является праксеологический, содержащий общую теорию и методологию организации деятельности и обусловливающий ее эффективность (Всемирная энциклопедия: Философия / Главн. науч. ред. А. А. Грицанов. – М.:АСТ, 2001, с.819).

Праксеология синтезирует и реализует другие важные подходы: системный, деятельностный, функциональный, технологический, что позволяет рассматривать расследование преступлений как системную функционально-целевую деятельность, осуществляемую в технологическом режиме, который включает в себя совокупность средств и методов, применяемых путем поэтапного и последовательного решения стратегических и тактических следственных задач (Тіщенко В. В., Барцицька А. А. Теоретичні засади формування технологічного підходу в криміналістиці. – Одеса, 2012).

Криминалистическая методика расследования как заключительный раздел криминалистики разрабатывает научные положения и рекоменда-

ции, направленные на быстрое и полное расследования преступлений различных категорий. Вместе с тем криминалистическая методика создает и собственную теоретическую основу, на которой формируются общие принципы построения отдельных методик расследования и их структура. Именно в данном разделе криминалистки реализуются названные научные подходы – как в процессе научной разработки криминалистических методик расследования различного уровня, так и при их использовании в следственной практике.

Одним из принципов разработки и применения отдельных методик расследования, вытекающего из технологического подхода, является периодизация расследования и выделение на каждом из его этапов присущих ему стратегических и тактических задач, а также средств и методов их решения.

На этапность в расследовании преступлений как важный фактор информационно-поискового и организационного характера, как обязательный элемент структуры криминалистических методик указывалось многими авторами (Р. С. Белкин, И. А. Возгрин, А. Ф. Волобуев, С. Ю. Косарев, И. М. Лузгин, В. Ю. Шепитько, А. В. Шмонин, Н. П. Яблоков и др.). Однако сущность этапов расследования, их количество, границы и значение в организации расследования трактуются неоднозначно.

Нередко этапы расследования связывают со стадиями уголовно-процессуальной деятельности: возбуждением уголовного дела, привлечением лица в качестве обвиняемого, приостановлением и окончанием расследования, а также с соответствующими процессуальными решениями, которые и определяют границы и количество этапов (А. Ф. Волобуев, И. М. Лузгин, А. В. Шмонин). Все тактические и методические рекомендации концентрируются ими вокруг названных решений. С такой позицией нельзя согласиться. Безусловно об этапах расследования можно говорить лишь в рамках начала и окончания уголовного производства. Но брать за основу периодизации лишь процессуальные ориентиры было бы, на наш взгляд, неправильным. Во-первых, изменение уголовного процессуального законодательства и принятие нового УПК Украины привело к изменению сущности и границ стадий уголовного производства, а во-вторых, – и это главное – такой взгляд на содержание и роль этапов расследования не отражает информационно-познавательный и поисково-организационный аспекты следственной деятельности.

В ходе расследования преступлений целесообразно выделить два основных этапа: начальный и последующий, который, в свою очередь, состоит из трех подэтапов: аналитико-синтетического, операционного и заключительного.

Досудебное расследование согласно ст. 214 УПК начинается с момента внесения сведений о преступлении в Единый реестр досудебных расследований. Главное назначение начального этапа расследования состоит в максимальном использовании благоприятных условий исходной

следственной ситуации, позволяющей проверить наличие или отсутствие преступного события, обнаружить еще «горячие следы» преступления, оперативно их проанализировать, выдвинуть и проверить версии о виновном лице, использовать фактор внезапности, организовать поиск и задержание подозреваемого. Эта ситуация отличается высокой динамичностью и максимальной концентрацией всех сил, технико-криминалистических и тактических средств и приемов, поскольку чревата утратой носителей доказательственной информации или ее искажением, сокрытием следов и виновных лиц.

Последующий этап расследования начинается с анализа полученной на начальном этапе информации, ее синтеза, оценки степени выполнения поставленных задач, разработки программы, методов и средств решения всех задач по конкретному уголовному производству. Этот этап характеризуется значительной протяженностью, использованием всего арсенала следственных и негласных следственных действий, оперативных мероприятий, экспертных исследований, а также их комплексов – тактических операций. На заключительном подэтапе подводится итог расследования, оцениваются результаты выполнения поставленных задач, полнота и достоверность полученных доказательств, проводятся, при необходимости, дополнительные следственные действия, после чего принимается процессуальное решение по данному производству в соответствие со ст. 283 УПК Украины.

Таким образом, процессуальные границы выделенных этапов определяются началом и окончанием досудебного расследования. Что касается границы между начальным и последующим этапам, то она определяется криминалистической оценкой завершения возможностей неотложного выявления доказательственной информации «по горячим следам», ее фиксации и изъятию, а также по обнаружению и задержанию подозреваемого.

Выделенные принципы периодизации расследования, краткий криминалистический анализ ее содержания и структуры не исчерпывают данную проблему и заслуживают дальнейшего глубокого исследования.

Аркуша Л.І.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри криміналістики, доктор юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ЗАГАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРИЗНАЧЕННЯ ТА ПРОВЕДЕННЯ ОБСТЕЖЕННЯ ПУБЛІЧНО НЕДОСТУПНИХ МІСЦЬ, ЖИТЛА ЧИ ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ

Аналіз змісту статті 267 КПК України дає можливість визначити обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи як негласну слідчу (розшукову) дію, яка полягає у обстеженні публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи шляхом таємного

проникнення до них, у тому числі з використанням технічних засобів, з метою:

1) виявлення і фіксації слідів вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, речей і документів, що мають значення для їх досудового розслідування;

2) виготовлення копій чи зразків зазначених речей і документів;

3) виявлення та вилучення зразків для дослідження під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину;

4) виявлення осіб, які розшукуються;

5) встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи (Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : закон України від 13. 04. 1912 р. № 4651-VI. – Електрон. дан. (6 файлів). – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua. – Назва з екрану).

Зазначена негласна слідча (розшукова) дія може здійснюватися у:

– публічно недоступних місцях до яких неможливо увійти або в яких неможливо перебувати на правових підставах без отримання на це згоди власника, користувача або уповноважених ними осіб (ч.2 ст. 267 КПК України);

– житлі особи, тобто приміщенні, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення (ч.2 ст. 233 КПК України);

– іншому володінні особи, тобто транспортному засобі, земельній ділянці, гаражі, інших будівлях чи приміщеннях побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення, які знаходяться у володінні особи (ч.2 ст. 233 КПК України)

Згідно змісту ч. 3 статті 267 КПК України неможливо проведення обстеження приміщень, які спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені відповідно до закону (приміщення з примусового утримання осіб у зв'язку відбуттям покарання, затримання, взяттям під варту тощо), тому що вони мають статус публічно доступних.

Обстеження шляхом таємного проникнення до публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи з метою, означеною вище, проводиться на підставі ухвали слідчого судді, постановленої в порядку, передбаченому статтями 246, 248, 249 КПК України. Цьому передує складання слідчим клопотання про дозвіл на обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи з подальшим узгодженням з прокурором (на підставі ст.ст. 246, 248-250, 270 КПК України).

Згідно п. 5 частини 1 статті 267 КПК України для проведення аудіо-, відеоконтролю особи (ст. 260 КПК України) необхідно здійснити обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи

шляхом таємного проникнення до них, після чого встановити технічні засоби аудіо– та відеоконтролю особи.

Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи здійснюється на підставі клопотання слідчого, узгодженого з прокурором, або клопотання прокурора до слідчого судді про дозвіл на проведення обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи з метою встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи та клопотання слідчого, узгодженого з прокурором, або клопотання прокурора до слідчого судді про дозвіл на проведення аудіо-, відеоконтролю особи у зазначених місцях.

Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи може здійснювати слідчий або оперативний підрозділ за його письмовим дорученням в порядку ст. 41, 246 КПК України. Але слід зазначити, що необхідність використання спеціальних технічних знань при обстеженні публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи з метою встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи, обумовлює обов'язкове застосування можливостей спеціальних оперативно-технічних підрозділів.

За результатами її проведення відповідно до вимог ст.ст. 104, 106, 252 КПК України складається протокол, який з додатками не пізніше ніж через двадцять чотири години з моменту припинення цієї дії передається прокурору для подальшого збереження отриманих під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій речей і документів, які планує використовувати у кримінальному провадженні (ст. 252 КПК України).

Комисарчук Р. В.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры криминалистики, кандидат юридических наук

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ ДОЛЖНОСТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

На фоне общей стратегии борьбы с преступностью борьба с криминальными посягательствами, совершаемыми должностными лицами органов государственной и коммунальной власти, имеет особую актуальность и значимость. Отличительной чертой преступности среди должностных лиц является их коррупционный характер, что требует адекватного реагирования государства и правоохранительных органов. Причем официальная статистика далеко не всегда отражает реалии истинного бедствия. По мнению криминологов, удельный вес учтенной коррупционной преступности в стране колеблется лишь в пределах 1-5 %, в действительности же совершается до 700 тис. таких преступлений, которые ежегодно укрываются от выявления и учета. Сегодня явно недостаточно комплексных исследований правовых и криминалистических средств борьбы с анали-

зируемым видом преступлений; отсутствуют современные методические разработки, которые бы оптимизировали деятельность следователя. Все это требует дополнительных научных разработок в целях поиска новых путей борьбы с должностными преступлениями. Это и предопределило выбор темы.

Изучение проблем выявления и расследования должностных преступлений при создании их криминалистической характеристики, рассмотрение общих, родовых, групповых и видовых методик расследования, тактики проведения следственных действий, вопросов противодействия расследованию названных правонарушений позволило прийти к следующим основным выводам:

Нормативно закреплённая уголовным законом сущность и система должностных преступлений предполагает разработку правил их криминалистического исследования в целях познания родовых, групповых и видовых признаков, закономерностей их совершения должностными лицами с противоправным использованием ими служебных полномочий. Соответственно, исходя из целей и задач предмета исследования, проводится криминалистическое познание и классификация системы должностных преступлений в качестве объекта исследования в целях разработки эффективных приемов их выявления, расследования, предупреждения и дальнейшего судебного рассмотрения.

Элементы криминалистической характеристики должностных преступлений имеют корреляционные связи и зависят друг от друга; обусловлены наличием общего компонента – противоправным поведением должностных лиц – действующих в обстановке должностной среды, умышленно использующих свои должностные полномочия, а в ряде случаев – служебное положение, совершающих преступления с применением типичных механизмов и способов и, как правило, с документальным отражением действий направленных на преступный результат.

Единая криминалистическая характеристика должностных преступлений предполагает различные формы нарушения должностными лицами своих полномочий в виде злоупотребления ими, превышения должностных полномочий, неисполнения должностных полномочий в умышленной форме, неисполнения должностных полномочий в форме неосторожности и использования должностных полномочий с целью получения прямой материальной выгоды. Эти формы образуют различные системные ситуации, влияющие на механизм совершения преступлений, их обстановку, поведение должностных лиц, достижение результатов.

Мотивом и целью должностных преступлений являются материальные интересы, выражающиеся в самых различных скрытых и открытых проявлениях и в целом показывающие коррупционный характер должностных преступлений. В то же время происходит взаимовлияние форм

нарушения должностных полномочий и связанных с ним коррупционных компонентов при совершении преступлений. В зависимости от обстановки должностной среды и обстоятельств деяния имущественные интересы преступника, то есть коррупционный фактор, могут определять механизм нарушения служебных полномочий, диктовать выгодные способы криминальных деяний для противоправного обогащения. В свою очередь, сами полномочия в механизме совершаемого должностного преступления нередко ориентируют на возможности создания дополнительных элементов для их использования при получении личной прибыли или иных услуг имущественного характера.

Содержание организации и характеристики должностного лица, совершившего преступление, составляет систему психических и функциональных компонентов, которые по-разному взаимодействуют друг с другом. В целом совершение должностного преступления исходит из противоречия, диктуемого несоответствием внутренних устремлений отдельной личности ее объективным служебным функциям. Данное противоречие усиливается, когда должностные функции лица соответствуют требованиям закона, но не соответствуют представлениям о них определенной группы при конкретном исполнении полномочий. Все это оказывает влияние на механизм совершения преступлений, способы достижения преступных результатов. При совершении должностных преступлений психические свойства должностного лица с преобладанием имущественных интересов соединяются с принадлежащими ему полномочиями, используемыми в качестве инструментов для достижения поставленных целей. Соответственно, процесс изучения личностных черт должностного лица при исследовании криминалистической характеристики и расследовании уголовных правонарушений по должностным преступлениям соотносится с двумя направлениями познания – психологии преступника и функциональными особенностями его правового статуса, вытекающими из него полномочиями.

Механизм совершения должностных преступлений в составе трех типичных стадий – подготовки, способа совершения и сокрытия – определяется действием нормативно-правовых актов, которые регулируют правоотношения в должностной среде совершения преступлений. Наравне с этим особенности механизма определяются уровнем служебных полномочий лица, которые он использует, нарушая. Тем самым, специфика механизма исходит из властных возможностей и квалификации должностных лиц, их материального, организационного потенциала, уровня связей и общения в должностной среде и иными служебными факторами, используемыми на каждой стадии совершаемого должностного противоправного деяния.

Ващук О. П.
Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри криміналістики, кандидат юридичних наук

ДЖЕРЕЛА ОТРИМАННЯ ДАНИХ ПРО ОСОБУ ЗЛОЧИНЦЯ НА ПОЧАТКОВІЙ СТАДІЇ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНУ

Людина є джерелом криміналістично значущої інформації (вербальної та невербальної), суб'єктом ідеальних відображень, слідів при розслідуванні злочинів. Жодне кримінальне провадження не може бути розслідуване без участі людини. Будь-яка процесуальна слідча (розшукова) дія або негласна слідча (розшукова) дія в основі має людську комунікацію. Інакше не можливо було б його фактичне проведення та фіксування. Необхідною умовою одержання повних та достовірних даних при проведенні вищезазначених дій є вивчення особи злочинця. Саме це надає можливість обрати відповідну слідчу (розшукову) дію, негласну слідчу (розшукову) дію в тій чи іншій слідчій ситуації, визначити послідовність їх проведення, обрати ефективні прийоми, засоби, способи впливу на злочинця, оцінити одержані дані.

При розслідуванні злочину на початковій стадії особа, яка проводить розслідування формує цілісний складний процес, який являє собою один із різновидів її діяльності, як пізнавальна. Суть якої полягає у:

- виявленні джерел матеріальної та ідеальної інформації про особу злочинця, про подію злочину, обстановку його вчинення, об'єкт та предмет посягання, механізм вчинення (способи підготовки, вчинення, приховання), особу потерпілого, слідову картину, причини та умови вчинення саме цього злочину;
- фіксації даних джерел матеріальної та ідеальної інформації;
- дослідженні даних джерел матеріальної та ідеальної інформації;
- оцінці даних джерел матеріальної та ідеальної інформації;
- використання даних джерел матеріальної та ідеальної інформації.

Саме необхідний обсяг інформації про особу злочинця та його межі визначаються завданнями кожного з етапів розслідування злочину та процесуальним становищем цієї особи у конкретному кримінальному провадженні:

- свідок;
- потерпілий;
- підозрюваний;
- обвинувачений.

Джерелами отримання даних про особу злочинця при розслідуванні злочину на початковій стадії є:

- медична картка;
- особова справа за місцем роботи;
- особова справа за місцем навчання;
- архівна кримінальна справа;

- показання інших осіб;
- показання злочинця;
- дані криміналістичної реєстрації;
- дані криміналістичних обліків;
- дані оперативно-розшукових матеріалів;
- кореспонденція;
- документи;
- інше.

Своєчасність отримання інформації та повнота її обсягу , що стосується особи злочинця залежать від того, наскільки посадова особа, яка проводить досудове розслідування обізнана про вище перелічені джерела дані про нього та його практичного вміння використати ці дані у процесі розслідування в необхідний момент з урахування можливих тактичних ризиків.

Варто більш детально зупинитися на різновидах джерел даних про особу злочинця скориставшись існуючою класифікацією джерел даних на матеріальні та ідеальні.

До першої групи входять матеріально-фіксовані дані, тобто матеріальні об'єкти:

- предмети;
- документи;
- відображення у слідах пальців рук, ніг, тулуба, почерку, виділень організму, татуювання;
- інше.

До другої групи джерел даних про особу злочинця належить ідеальна інформація, тобто її джерелами є люди, які володіють певною інформацією про злочинця, і зберігають вони її у формі мисленого (уявного) образу у своїй пам'яті, тобто людина є носієм такої криміналістично-значущої інформації. Джерелами ідеальних даних про особу злочинця можуть бути особи, які одержали такі дані як безпосередньо, тобто як результат особистого спостереження, спілкування зі злочинцем, так і опосередковано – від інших людей або з матеріально-фіксованих джерел даних. І, звичайно, певні дані про особу злочинця, яку варто використовувати у розслідуванні, необхідно одержати безпосередньо від самого злочинця у формі вербального та невербального спілкування.

Взагалі, осіб, які володіють певними даними про особу злочинця можна поділити на наступні групи:

- особи, які володіють певними даними про особу злочинця у зв'язку з фактом розслідування злочину;
- особи, які володіють певними даними про особу злочинця у зв'язку з сімейно-побутовими відносинами;
- особи, які володіють певними даними про особу злочинця у зв'язку з професійною належністю (за місцем роботи);

○ особи, які володіють певними даними про особу злочинця в зв'язку зі спільними інтересами;

○ особи, які володіють певними даними про особу злочинця у зв'язку з виконанням певних професійних обов'язків щодо злочинця;

○ інше.

Викладене вище свідчить, що існує досить розгалужена система джерел даних про особу злочинця, за допомогою яких особа, що проводить розслідування може одержати інформацію, необхідну для забезпечення повного і всебічного вивчення особи злочинця для ефективного, швидкого розкриття злочину та доведення істини у кримінальному провадженні.

Зубаков П. Н.

Криворожский факультет Национального университета «Одесская юридическая академия», старший преподаватель кафедры уголовно-правовых дисциплин

ПРОБЛЕМЫ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ ТОРГОВЛИ ЛЮДЬМИ

Согласно исследованию Международной организации по миграции (МОМ), обнародованного в декабре 2011 г., начиная с 1991 г. примерно 200 000 украинцев пострадало от торговли людьми. Украина является страной-поставщиком мужчин, женщин и детей, вывозимых за рубеж с целью сексуальной эксплуатации и принудительного труда.

Подписание и ратификация Украиной Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за неё, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности, Конвенции Совета Европы о противодействии торговле людьми, а также присоединение к другим международным обязательствам в этой сфере, показали признание Украиной необходимости принятия мер для преодоления такой проблемы как торговля людьми путём осуществления государственной политики в этой сфере на качественно новом уровне.

11 октября 2011 г. Президент Украины Виктор Янукович подписал Закон Украины № 3739-VI от 20.09.2011 «О противодействии торговле людьми». Торговля людьми признана серьёзным преступлением на международном уровне.

Целью принятия Закона Украины «О противодействии торговле людьми» является определение путей законодательного урегулирования вопроса противодействия торговле людьми, минимизации её последствий через установление соответствующих организационно-правовых основ, полномочий органов исполнительной власти, определение статуса лиц, пострадавших от торговли людьми, порядка оказания помощи таким лицам. Основными направлениями государственной политики в сфере

противодействия торговли людьми являются: 1) предупреждение торговли людьми путём повышения уровня осведомлённости населения, превентивной работы, снижение уровня уязвимости населения, преодоления спроса; 2) борьба с преступностью, связанной с торговлей людьми, путём выявления преступлений торговли людьми, лиц, причастных к совершению преступления, привлечения их к ответственности; 3) предоставление помощи и защиты лицам, пострадавшим от торговли людьми.

Основными признаками механизма данной преступной деятельности являются: обнаружение в процессе оперативно-розыскных мероприятий фактов конфликтов из-за гонорара или человека; анализ содержания проверочных материалов по официальным заявлениям об исчезновении человека; реагирование на официальное заявление потерпевших и представителей общественности о фактах торговли людьми и использования рабского труда; анализ рекламной деятельности частных лиц и организаций для выявления признаков скрытой рекламы торговли людьми и использование их рабского труда; проведение рейдов в ночных клубах, иных местах возможного укрывательства или использования рабского труда. Механизмы рассматриваемых видов преступной деятельности реализуется в определённых направлениях, при этом возможно создание преступниками сложных и упрощённых схем действия для достижения нужного результата.

Исходя из мировой практики раскрытие и расследование данных категорий преступлений, можно полагать, что проводимое расследование на основе собранной его субъектами информации о событии преступления возможно как с учетом заявлений и свидетельских показаний потерпевших, так и без таковых. Работнику правоохранительных органов, принимающему заявление о преступлении, следует принять особые меры к сохранности представленных материалов. Правильное и своевременное процессуальное оформление такого рода материалов позволит в последующем использовать их не только в качестве доказательств, но и в качестве дополнительной гарантии того, что заявитель не откажется от своих показаний на стадиях до судебного расследования и судебного разбирательства.

Расследование рассматриваемых категорий преступления характеризуется определенными особенностями, среди которых нужно выделить следующие: расследование преступлений данного вида осуществляется обычно в условиях минимума исходной информации и времени для принятия процессуальных и организационных решений; наличие ограниченных возможностей получения доказательственной информации процессуальным путем, в связи с тем, что могут быть неизвестны место удержания жертвы, очевидцы этого преступления и место нахождения следов преступной деятельности; установление места нахождения потерпевшего, поиск и изобличение преступников требуют взаимодействия и координации органов расследования с разнообразными подразделения

правоохранительных органов в том числе с правоохранительными органами зарубежных стран; установление места нахождения жертвы; её освобождения и задержания преступников обеспечиваются преимущественно оперативно-техническими и оперативно-розыскными мероприятиями, в ходе которых необходимы четкая организация и своевременность действий оперативных работников, умение предвидеть развитие событий и принять правильные решения, что бы сохранить жизнь и здоровье удерживаемому преступниками потерпевшему.

Для предупреждения торговли людьми необходимо: исследовать состояние, причины, предпосылки распространения такого как явления, торговля людьми; повышать уровень осведомленности населения о причинах и последствиях торговли людьми путем проведения информационных кампаний противодействию торговле людьми среди населения, в том числе среди детей; обеспечивать регулирования процессов внешней и внутренней трудовой миграции и т. п.; обеспечить создание и поддержание «горячих линий», пунктов консультирования и распространения информационно-просветительских материалов по вопросам предупреждения торговли людьми; реализовать мероприятия, способствующие искоренению предпосылок торговли людьми, в частности по предупреждению насилия в семье и дискриминации по половому признаку; принимать меры для повышения уровня осведомленности среди родителей и лиц, их заменяющих, по противодействию торговле детьми и лиц, постоянно контактирующих с детьми в сферах образования, здравоохранения, культуры, физической культуры и спорта, оздоровления и отдыха.

Киян Т. Н.

ОСП «Николаевский институт права» Национального университета «Одесская юридическая академия», старший преподаватель кафедры уголовно-правовых дисциплин

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СЛЕДОВ БИОЛОГИЧЕСКОГО ПРОИСХОЖДЕНИЯ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ КРИМИНАЛЬНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

Среди множества следов, обнаруживаемых на местах происшествий, особую роль в силу специфики их возникновения и природы, доказательственного значения играют следы биологического происхождения, оставляемые людьми, т. е. производные от такой биологически сложной системы, как человеческий организм, понимаемой как совокупность множества взаимосвязанных элементов, обладающих целостной саморегулируемой структурой (Аверьянова Т. В. Судебная экспертиза. 2006, с.45)

Подобные следы человека – функций его организма, следует отнести к предмету изучения судебной биологии. Известный ученый В. С. Митричев характеризовал ее как развивающуюся и формирующуюся судебную

науку, раскрывающую на основе общих биологических закономерностей пути решения специальных вопросов судебной практики относительно живых организмов, их остатков, продуктов жизнедеятельности (Митричев В. С., Хрусталев В. Н. Основы криминалистического исследования материалов, веществ и изделий из них. 2003, с.21)

Общетеоретические вопросы работы со следами биологического происхождения были и остаются в поле зрения известных юристов, медиков и других ученых. Эти вопросы в той или иной направленности изучались учеными Т. В. Аверьяновой, И. А. Аистовым, Р. С. Белкиным, А. И. Винбергом, И. Л. Каспер, С. Е. Кисляк, Н. А. Корниенко, Ю. Г. Коруховым, Д. П. Косоротовым, И. Ф. Крыловым, Е. И. Майоровой, Н. А. Оболонским, П. Б. Панфиловым, Н. В. Поповым, Е. Р. Россинской, А. В. Саламатиным, М. В. Салтевским, Н. А. Селивановым, В. И. Старовойтовым, В. В. Томилиным, С. Н. Трегубовым, Д. А. Турчиным, Т. Н. Шамановой, В. И. Шикановым, А. Р. Шляховым, А. А. Эйсманом.

Следы человека биологического происхождения очень разнообразны.

В основном, это следы продуктов жизнедеятельности организма человека: пот и потожировое вещество, волосы, слюна, моча, сперма, вагинальные (влагалищные) выделения, кал, кровь и др. Указанные следы несут существенную розыскную и доказательственную информацию. Следы, оставленные на месте преступления, являются вещественными доказательствами, которые подлежат полному изучению для установления обстоятельств происшедшего события. Так, следы, оставленные различными человеческими выделениями (кровь, слюна, сперма и т. д.), позволяют определить их групповую принадлежность и тем самым сузить круг лиц, которые могли оставить такие следы.

Все названные выше объекты содержат генетически обусловленные признаки, которые передаются по наследству и сохраняются на протяжении всей человеческой жизни. Особенностью подобных следов является и то, что промедление в их выявлении и установлении источника происхождения в силу объективных или субъективных причин (условия окружающей среды и действия людей) ведет к утрате содержащейся в них информации о свойствах и признаках конкретного субъекта. Эти обстоятельства нередко препятствуют полноценному использованию объектов биологической природы в доказывании в уголовном процессе, в частности, в разрешении идентификационных и диагностических задач при их судебно-биологическом исследовании (Вандер Б. М. Криминалистическая экспертиза материалов, веществ, изделий. 2001, с.46).

Специфика следов преступления (объектов биологического характера жизнедеятельности человеческого организма) предполагает широкое использование специальных знаний при их собирании. Актуально

участие специалистов в проведении следственных действий по делам об убийствах, причинении вреда здоровью, изнасилованиях и других преступлениях против личности. Это связано с тем, что обнаружение и фиксация целого ряда материальных следов, связанных с функционированием человеческого организма, при осмотре места происшествия, трупа, при освидетельствовании и т. п. невозможны без использования специальных знаний.

Специфика следов биологического происхождения требует соблюдения особых правил при их обнаружении. При подготовке к следственному осмотру следователь должен руководствоваться не только общими положениями тактико-технологического обеспечения указанного действия, но и применением справочных и специальных познаний, процессуальных положений, устанавливающих порядок собирания и хранения следов биологического происхождения, нормативных актов, предусматривающих особенности работы с этими следами, в том числе в ходе осмотра. Помимо таких познаний для собирания соответствующей информации необходима специальная техника.

Деятельность, направленная на собирание и исследование объектов биологического происхождения, как всякий другой процесс познания, предусматривает решение задач уголовного судопроизводства и имеет следующие особенности: любые биологические объекты изучаются в целях установления фактических данных, которые могут стать доказательственными по конкретному делу; изучение объектов биологического происхождения, а также характер их взаимодействия познаются в системе материальной обстановки события преступления; привлечение специалиста в области судебной медицины, биологии и других областей знаний в ходе обнаружения, фиксации и изъятия следов биологического происхождения.

Значение криминалистического анализа следов биологического происхождения определяется возможностями установления различных обстоятельств расследуемого события. При этом так же, как и в других криминалистических исследованиях, решаются задачи идентификационные и диагностические. Установление по следам объекта, а также механизма образования следов весьма существенно. Решение этих вопросов позволяет получить сведения о субъекте, способе совершения преступления, позволяет доказать наличие связи между обнаруженными следами и преступными действиями конкретного лица.

Внедрение новых методов обнаружения, фиксации и изъятия следов биологического происхождения, а также дальнейшее исследование этих следов позволяет расширить возможности использования в судопроизводстве извлекаемой из них доказательственной информации.

Павліченко Є.В.
Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ОСНОВНІ НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ В УКРАЇНІ

Ліквідація злочинності завжди пов'язана з розслідуванням злочинів, до якого залучаються як фахівці-юристи, так і особи, які володіють спеціальними знаннями в інших галузях науки, техніки, мистецтва та ремесла. Така діяльність спрямована, в першу чергу, на забезпечення об'єктивності досудового розслідування, встановлення істини у кримінальній справі, що є основною метою розслідування. Тому виникнення і розвиток інституту застосування спеціальних знань у кримінальному судочинстві тісно пов'язані з процесом розвитку та удосконалення теорії і практики кримінально-процесуальної форми досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ. Рушійною силою цих процесів є зміни у суспільних відносинах та науково-технічний прогрес. Вони вимагають постійної уваги науковців з метою вивчення та вироблення нових прогресивних правових норм для їх врегулювання з метою демократизації кримінального судочинства.

Вперше в КПК врегульовано правовий статус спеціаліста. Згідно ст. 71 КПК спеціалістом у кримінальному провадженні вважається особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок. Спеціаліст може бути залучений для надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складення схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо) сторонами кримінального провадження під час досудового розслідування і судом під час судового розгляду. Сторони кримінального провадження мають право під час судового розгляду заявляти клопотання про залучення спеціаліста або використання його пояснень і допомоги. Спеціаліст має право: 1) ставити запитання учасникам процесуальної дії з дозволу сторони кримінального провадження, яка його залучила, чи суду; 2) користуватися технічними засобами, приладами та спеціальним обладнанням; 3) звертати увагу сторони кримінального провадження, яка його залучила, або суду на характерні обставини чи особливості речей і документів; 4) знайомитися з протоколами процесуальних дій, в яких він брав участь, і подавати до них зауваження; 5) одержувати винагороду за виконану роботу та відшкодування витрат, пов'язаних із його залученням до кримінального провадження; 6) заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом. Спеціаліст зобов'язаний: 1) прибути за

викликом до слідчого, прокурора, суду і мати при собі необхідні технічне обладнання, пристрої та прилади; 2) виконувати вказівки сторони кримінального провадження, яка його залучила, чи суду та давати пояснення з поставлених запитань; 3) не розголошувати відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і які стали відомі спеціалісту у зв'язку з виконанням його обов'язків; 4) заявити самовідвід за наявності обставин, передбачених КПК.

Згідно ст. 69 КПК як експерт може бути викликана вже не будь-яка особа, що має необхідні знання для дачі висновку з досліджуваних питань, а тільки особа, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями та має право відповідно до Закону України «Про судову експертизу» на проведення експертизи. Не можуть бути експертами особи, які перебувають у службовій або іншій залежності від сторін кримінального провадження або потерпілого. На експерта покладаються такі нові обов'язки: особисто провести повне дослідження і дати обґрунтований та об'єктивний письмовий висновок на поставлені йому запитання, а в разі необхідності – роз'яснити його; забезпечити збереження об'єкта експертизи. Якщо дослідження пов'язане з повним або частковим знищенням об'єкта експертизи або зміною його властивостей, експерт повинен одержати на це дозвіл від особи, яка залучила експерта; заявити самовідвід за наявності обставин, передбачених КПК (Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2012 р. // Голос України. – 2012. – № 90-91. – 19 травня).

Основними напрямками реформування інституту судової експертизи в Україні є: 1) виведення експертних служб зі структури органів досудового розслідування; 2) забезпечення рівного доступу сторін до експертних знань і вільного вибору ними експертів (п. 6 ч. 1 ст. 13 Закону «Про судову експертизу», п. 1.3. Інструкції про призначення та проведення судових експертиз); 3) розширення кола випадків, за яких призначення експертизи є обов'язковим (ПВСУ № 5 від 30.05.2008 р., ПВСУ № 3 від 26.04.2002 р.); 4) закріплення можливості проведення експертизи до порушення кримінальної справи за необхідності встановити причину смерті, характер та ступень тяжкості тілесних ушкоджень; для дослідження властивостей предмета злочину (холодної та вогнепальної зброї, бойових припасів і вибухових речовин, наркотичних засобів, психотропних речовин, прекурсорів тощо); 5) можливість використання результатів судових експертиз, проведених на території іноземних держав, у кримінальному процесі України; 6) розширення кола експертиз, які можуть бути проведені у судово-експертних установах України (Інструкція Мінюста); 7) розширення кола установ, які можуть проводити окремі види судових експертиз; 8) визначення нових комплексних криміналістичних експертиз.

З вище сказаного можна зробити висновок, що як і експерт так і спеціаліст повинен володіти певними спеціальними знаннями, навичками або досвідом діяльності у галузі науки, техніки, мистецтва та ремесла, тобто у сфері своєї діяльності.

Чумак С. П.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», ассистент кафедры криминалистики

ПОНЯТИЕ ФАЛЬСИФИКАЦИИ ВЫБОРОВ

Общеизвестно, что перед проведением каждых выборов в средствах массовой информации, а после их окончания и в Верховной Раде обсуждаются вопросы фальсификации выборов. Однако определённые действия, которые подпадают под фальсификацию выборов будут таковыми, если они осуществлялись в определённый период времени.

С целью определения периода, в течении которого возможно произвести фальсификацию выборов, нам необходимо определить, какие этапы проходит избирательный процесс в Украине.

Избирательный процесс – это урегулированная законом специфическая деятельность уполномоченных органов и граждан, направленная на формирование качественного и количественного состава органов государственной власти и органов местного самоуправления. (Тимошенко И. Н. До питання про об'єкт злочинів проти виборчих прав громадян. // Підприємство, господарство і право. – 2007. – № 9. – с. 255).

Количество этапов отличается, в зависимости от того, в какие органы власти проводятся выборы.

Первым этапом избирательного процесса является составление и уточнение списков избирателей. Только юридический факт внесения лица в список избирателей обеспечивает возможность получить избирательный бюллетень и реализации важнейшего избирательного права голосования на выборах (Закон України «Про вибори Президента України»: Науково – практичний коментар / За заг. Ред. проф. Ківалова С. В. і М. О. Баймуратова. – К.: ТОВ Видавництво «Консультант», 2004. – с. 150).

Эти списки составляются за определенное время до проведения выборов. Именно с этапа формирования списка избирателей, начинается фальсификация выборов. Манипуляции со списками избирателей, открывают для фальсификатора большие возможности и разнообразие способов фальсификации выборов.

С целью уменьшения возможности манипуляций, Верховной Радой был принят Закон Украины «О государственном реестре избирателей», с помощью данного реестра, начиная с 1 октября 2007 года, ведется персональный учет избирателей Украины.

В научной и методической литературе есть некоторые определения фальсификации выборов. Так с точки зрения Д. О. Парамонова под фальсификацией выборов можно понимать преднамеренное искажение результатов голосования путем манипуляции с избирательными документами, удостоверяющими волеизъявление граждан, либо путем преднамеренного изменения свободного волеизъявления граждан. (Парамонов Д. О., Кириченко В. В. Методы фальсификации выборов. – М.: Южно-Российский институт информационных технологий, 2003. – С. 12.).

Практика свидетельствует, что фальсификация выборов охватывает не только манипуляции с избирательными документами, удостоверяющими волеизъявление граждан, а охватывает длительный период, начинающийся ещё до начала избирательной компании. Поэтому все случаи фальсификации выборов в практическом применении можно отнести к двум категориям: фальсификация без участия в ней отдельных избирателей и фальсификация с вовлечением избирателей.

К первой категории относятся те случаи фальсификации, когда избиратели не принимают непосредственного участия в данных махинациях. К таким случаям относятся заполнение избирательных ящиков подложными бюллетенями, голосование «мертвых душ» и голосование «за пациентов частных клиник», порча правильно заполненных бюллетеней, фальсификации путем подмены некоторого числа бюллетеней бюллетенями, заполненными в пользу желаемого кандидата, изъятие бюллетеней, заполненных в пользу нежелательных кандидатов. «Виртуальные» нарушения, когда в итоговый протокол заносятся такие цифры голосовавших, которые кажутся желательными членам избирательных комиссий, невзирая на реальные результаты референдумов или выборов, различные искажения списков избирателей.

Вторая категория правонарушений, связанных с избирательным процессом, подразумевает участие избирателей, по крайней мере, до некоторой степени, в самом процессе правонарушения. Типичными примерами этих правонарушений являются; покупка голосов, манипуляции с бюллетенями.

Следует отметить, что Законом Украины N 3504-IУ от 23.02.2006 внесены изменения в ст. 158 УК Украины, в которой появился термин «фальсификация выборов» и содержание статьи наиболее полно очерчивает круг действий, которые относятся к фальсификации выборов.

Таким образом, под фальсификацией выборов, исходя из содержания выше указанной статьи Уголовного кодекса Украины следует понимать; незаконное изготовление, хранение, использование избирательного бюллетеня и бланков открепительных удостоверений; подделка избирательных бюллетеней, а так же использование заведомо подделанных избирательных документов; незаконная передача другому лицу избирательного бюллетеня избирателем; кража или сокрытие избирательного бюллетеня,

бюллетеня избирательного протокола или урны для голосования с избирательными бюллетенями; незаконное уничтожение избирательного бюллетеня; подписание избирательного протокола до окончания подсчета голосов или установления результатов голосования; включение неучтенных избирательных бюллетеней в число бюллетеней, использованных для голосования или подмена действительных избирательны бюллетеней с отметками избирателей; внесение в протокол изменений после его составления; предоставление членом избирательной комиссии возможности проголосовать избирателю за другое лицо; выдача избирательного бюллетеня лицу, не включенному в список избирателей на соответствующем избирательном участке; подача неправильных данных в орган Государственного реестра избирателей.

Но по нашему мнению для полноты данного определения необходимо включить и необоснованное включение в Реестр избирателей, а также исключение из него избирателей.

Дардас В. М.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри криміналістики

КЛАСИФІКАЦІЯ ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНИХ ПОДІЙ

У сучасних умовах дорожнього руху спостерігається чітка тенденція до зростання кількості дорожньо транспортних подій або інакше кажучи злочинних порушень правил безпеки дорожнього руху. Це обумовлено як суб'єктивними та об'єктивними чинниками.

Залежно від механізму дорожньо транспортної події вирізняють такі його види:

1. Загальні:
- зіткнення;
- перекидання;
- наїзд на нерухомий транспортний засіб;
- наїзд на нерухому перешкоду;
- наїзд на пішохода;
- наїзд на велосипедиста;
- наїзд на гужовий транспорт;
- наїзд на тварин.

2. Окремі:
- сходження трамвая з рельсів;
- падіння вантажу, що перевозився транспортним засобом, або відкинутого колесом транспортного засобу предмета на людину, тварину чи на інший транспортний засіб, що спричинило шкоду здоров'ю або смерть потерпілого;
- наїзд на осіб, що не є учасниками дорожнього руху;

• наїзд на раптово виниклу перешкоду (вантаж, який упав з іншого транспортного засобу, відлетіле колесо тощо);

• падіння пасажира з рухомого транспортного засобу або падіння в салоні транспортного засобу, який рухається, але різко змінив швидкість або траєкторію руху тощо.

Окрім цього, дорожньо транспортні події варто класифікувати за: тяжкістю та видами наслідків, обстановкою, часом вчинення, місцем вчинення, механізмом вчинення, учасниками (кількість, стать, вік, досвід, інше), місцем та загальними причинами виникнення дорожньо транспортної події і т.п.

Зокрема, за причинами виникнення їх поділяють на:

• дорожньо транспортні події, що мали місце з вини людей;

• дорожньо транспортні події, спричинені непереборною силою природи або випадковим збігом обставин.

Згідно з Порядком обліку дорожньо-транспортних пригод, затвердженим Постановою КМУ від 30.06.2005 № 538 (останні зміни внесені 28.09.2011 р.) не підлягають обліку пригоди (небезпечні випадки), що сталися:

• внаслідок порушення водіями техніки безпеки і правил експлуатації транспортних засобів у процесі зчеплення-розчеплення з причепами або встановлення на них спеціального обладнання чи механізмів, запуску двигуна за допомогою пускової рукоятки, проведення ремонту транспортного засобу тощо;

• за участю тракторів, інших самохідних машин і механізмів, що сталися внаслідок порушення техніки безпеки під час виконання ними основних виробничих операцій (польові роботи, прокладання траншей, лісозаготівля, робота в кар'єрах, вантажно-розвантажувальні роботи, що виконуються за допомогою автокранів чи методом самоскиду, встановлення щогл, опор тощо);

• під час тренувань і змагань з автомобільних чи мотоциклетних видів спорту, якщо постраждали водії-спортсмени, судді чи інший персонал, що обслуговує спортивні заходи, або глядачі;

• внаслідок стихійного лиха;

• за участю транспортних засобів, зазначених у чинному договорі обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, за умови експлуатації таких транспортних засобів особами, відповідальність яких застрахована, відсутності травмованих (загиблих) людей, а також за умови досягнення згоди водіїв таких транспортних засобів щодо обставин скоєння дорожньо-транспортної пригоди, за відсутності у них ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції, та у разі складення такими водіями спільного повідомлення про дорожньо-транспортну пригоду відповідно до встановленого Моторним (транспортним) страховим бюро зразка.

Отже, наведена класифікація дорожньо транспортних подій сприяє розробці повної і разом з тим диференційованої криміналістичної характеристики, проясненню генезису слідчих ситуацій і розробці типових слідчих ситуацій, правильному вибору напрямку розслідування, постановці та вирішенні криміналістичних завдань, висунення загальних та окремих слідчих версій, розробці методики розслідування злочинних порушень правил безпеки дорожнього руху.

Щербакова Г.В.
Національна академія прокуратури України, головний науковий співробітник відділу НДІ, кандидат юридичних наук, доцент

СПОСОБИ ВТЯГНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНЬОГО У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Правильне застосування законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність є важливим засобом запобігання злочинності як в цілому, так і серед неповнолітніх. Чинний КК України виділяє у самостійний склад злочину втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, пияцтво, заняття жебрацтвом, азартними іграми (ст. 304 КК України).

За змістом закону під втягненням неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність треба розуміти певні дії дорослої особи, вчинені з будь-яких мотивів і пов'язані з безпосереднім впливом на неповнолітнього з метою викликати у нього рішучість взяти участь в одному чи декількох злочинах або займатись іншою антигромадською діяльністю.

Аналіз статистичних показників свідчить, що за останні одинадцять років кількість неповнолітніх, які вчинили злочин за участю дорослих, збільшилася в 2,2 рази. Третина засуджених підлітків учинили злочини разом із дорослими, частіше під їхнім безпосереднім керівництвом.

Недотримання на практиці вимог закону щодо необхідності встановлення ролі дорослих осіб у кожному випадку вчинення ними злочинів спільно з неповнолітніми, форм та способів втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, призводить до того, що значна кількість дорослих, не несуть кримінальної відповідальності за злочин, предбачений ст. 304 КК України.

З метою уникнення такої ситуації, під час досудового розслідування в кримінальному провадженні де фігурує група осіб причетних до злочину в склад якої входить дорослий та неповнолітній, необхідно з'ясовувати характер взаємовідносин між ними. Такі відомості мають суттєве значення для з'ясування ролі дорослого у втягуванні підлітка до вчинення злочину, яким способом це здійснювалося. При чому, у тих випадках, коли дорослій особі інкременується кримінальне правопору-

шення, передбачене ст. 304 КК України, у повідомленні про підозру та обвинувальному акті має бути чітко зазначено, якими конкретно діями на неповнолітнього вчинявся вплив, спрямований на те, щоб викликати у нього бажання взяти участь у вчиненні хоча б одного конкретного злочину (Ганова Г.О. Притягнення до кримінальної відповідальності неповнолітніх: процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та підтримання державного обвинувачення: навчально-практичний посібник / Г.О. Ганова, І.І. Присяжнюк, М.С. Туркот. – К.: НАПУ; ТОВ «Центр учбової літератури», 2013. – С. 32).

Найбільш повний опис можливих способів надається в Постанові ПВС України № 2 від 27 лютого 2004 р. «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність». Так, зокрема, у ній роз'яснюється, що втягнення дорослою особою неповнолітнього в злочинну чи іншу антигромадську діяльність може відбуватися шляхом фізичного насильства, а також психологічного впливу.

При цьому під ненасильницькими способами, що реалізуються за допомогою психологічного впливу, варто розуміти обіцянки, обман, роз'яснення, пропозиції, переконання, особистий приклад дорослого тощо.

Найпоширенішим ненасильницьким способом залучення неповнолітнього до злочинної діяльності є такий спосіб, як «пропозиція» вчинити злочин, або іншу протиправну дію. Якщо способом втягування неповнолітнього у злочинну діяльність була пропозиція вчинити певні кримінально-карані дії, то повинна вивчатись словесна форма пропозиції, а також ряд інших факторів (обстановка, у якій відбувається пропозиція, характер дій, що передують пропозиції, особливості особистості дорослого й неповнолітнього, їхня різниця у віці, наявність або відсутність родинних, дружніх або інших відносин тощо).

Обман, як спосіб залучення, може мати місце тільки в тому випадку, коли доросла особа, що спонукає неповнолітнього до певної протиправної, антигромадської поведінки, вводить в оману неповнолітнього щодо фактичних або юридичних обставин такого діяння.

Неповнолітній також може бути залучений до вчинення злочиної дії шляхом угоди вчинити злочин в обопільних інтересах. Залучення може бути здійснено й шляхом підкупу (надання або обіцянки надання грошової винагороди, допомоги по окремим питанням, наприклад, захистити неповнолітнього від кривдників тощо). Але ці обіцянки ставляться під умову, що неповнолітній візьме участь у вчиненні певної злочинної дії (Сокол Е.В. Организационно-тактические особенности расследования вовлечения несовершеннолетних в совершение преступления: Дис. … к. ю. н.: 12.00.09 / Е. В. Сокол; Краснодарский ун-т МВД России. – Краснодар, 2006. – С.36).

Застосування насильства як спосіб залучення неповнолітнього до злочинної діяльності може виразитися в побоях (нанесенні двох чи декількох ударів, що спричинили потерпілому фізичний біль, але не потягли заподіяння йому тілесних ушкоджень). Вказаний спосіб може бути реалізований також шляхом вчинення будь-яких інших насильницьких дій щодо неповнолітнього (заподіяння мук, мордування, катування, незаконне позбавлення волі або викрадення). Погроза застосування насильства може мати місце як в усній, так й в письмовій формі, виражатися жестами. Доречно пам'ятати, що насильницькі способи залучення часто залишають ідеальні сліди (сліди пам'яті людини), а також матеріальні (на тілі та одязі як неповнолітнього, так і дорослого, що втягнув неповнолітнього у злочинну діяльність).

Встановлення конкретних способів впливу дорослих, що спонукають неповнолітнього до участі у вчиненні злочину мають важливе кримінально-правове, процесуальне та криміналістичне значення.

Тому практичні працівники повинні детально вивчати дії повнолітньої особи, щодо залучення підлітка до злочинної діяльності (встановлювати яким способом це було зроблено, в якій обстановці). Визначати інтенсивність психичного чи фізичного впливу на неповнолітнього, з докладним відображенням таких даних в матеріалах кримінального провадження.

Тихоненко В. М.
Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри криміналістики

ЩОДО РОЗРОБКИ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ПРИМУШУВАННЯ ДО ВИКОНАННЯ ЧИ НЕВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

У сучасних умовах розвитку України як самостійної держави особливої уваги набувають питання правового регулювання цивільно-правових відносин та захист прав суб'єктів на них. Під час переходу до ринкових відносин поява різних форм власності зумовила появу нових підстав економічних конфліктів, які не могли зародитися в умовах існування державної форми власності. Ринкові відносини потягли за собою розширення цивільно-правових відносин у суспільстві, а з цим і збільшення кола прав та обов'язків між суб'єктами цих відносин. Тобто все частіше в суспільних відносинах виникає таке поняття як цивільно-правове зобов'язання, а саме: обов'язок вчинити певні дії на користь певного суб'єкта відносин або утриматись від них. При цьому існують правові засоби захисту своїх прав: так, у Конституції України записано, що права і свободи громадян

захищаються судом, тобто у разі порушення цивільно-правових відносин зацікавлена сторона саме за допомогою звернення до суду має захищати свої порушені права.

Проте у зв'язку з негативною оцінкою населенням легального вирішення спорів судами, низьким рівнем правової культури населення, недосконалістю законодавства, економічною кризою в державі та низьким життєвим рівнем зустрічається чимало випадків ігнорування порядку вирішення цивільних спорів, пов'язаних із захистом та поновленням порушених прав. Користуючись позасудовим шляхом вирішення тих чи інших питань, особа часто робить це із порушенням закону, нерідко долучає до цього третіх осіб, які їй у цьому «допомагають», у таких випадках ці особи – окремі злочинці чи злочинні угрупування, що спеціалізуються на «вибиванні боргів».

Таким чином, незаконне вирішення цивільно-правових спорів можна назвати примушуванням до виконання цивільно-правових зобов'язань. У національному законодавстві таке поняття виникло у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального й Кримінально-процесуального кодексів України» від 20 листопада 1996 року № 530, КК України 1960 р. був доповнений новою статтею – ст.198І («Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань»), до цього подібні протиправні дії кваліфікувалися як самоуправство чи вимагання. У чинному КК України цей склад злочину без суттєвих змін був залучений та виражений у ст. 355. Як і будь-який інший новий вид злочину, примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань вимагало чіткого наукового обособлення та окремого дослідження (Соловйова А. М. Примушування до виконання цивільно-правових зобов'язань. 2007, с. 7).

Незважаючи на достатньо високу актуальність проблеми протидії злочинному примушуванню до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, у вітчизняній кримінально-правовій теорії їй не приділяється достатньої уваги. Окремі питання зазначеної проблематики розглядалися переважно при дослідженні суміжних аспектів протидії корисно-насильницькій злочинності, зокрема, П. П. Андрушком, О. О. Дудоровим, Г. М. Зеленовим, О.Г. Кальманом, В.М. Куцом, В.О. Навроцьким, М.І. Хавронюком. та іншими вченими. На дисертаційному рівні Соловйовою А.М. було проведено дослідження складу цього злочину, але поза увагою дослідниці залишилася низка важливих аспектів проблеми, які потребують теоретичного осмислення (Арманов М. Г. Кримінальна відповідальність за примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань. 2009, с. 9).

Вказаний вид злочину, поряд із іншими новими чи відносно новими видами, певною мірою вносить якісні зміни у структурі злочинності у цілому, тому викликає необхідність нових рішень і активних заходів для

вирішення проблем удосконалення діяльності органів внутрішніх справ із захисту прав та свобод людини і громадянина, охорони правопорядку і забезпечення суспільної безпеки. Розробка спеціальної окремої методики розслідування примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань є досить актуальним та важливим питанням, вирішення якого допоможе не лише ефективніше розслідувати такі злочини, відокремлюючи їх від інших подібних за змістом, але й попереджувати вчинення цих злочинів, захищаючи права осіб, що виступають суб'єктами цивільно-правових відносин.

Важливість розгляду зазначеного питання полягає у тому, що вказаний вид злочину відноситься до корисно-насильницьких, більша частина яких має велику кількість спільних ознак, тому в процесі розслідування для встановлення обставин злочину часто використовуються схожі між собою методики. Але під час розслідування важливим є чітке розмежування складів злочинів, деякі з них є суміжними, а отже, використання не конкретної необхідної методики, а схожої, може призвести до заведення слідства у глухий кут.

Суміжними за складом з примушуванням до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань є вимагання, самоуправство, для розслідування яких розроблені окремі методики. Механізми вчинення цих злочинів дуже схожі між собою, в деяких випадках обстановка, способи взагалі співпадають. Але є істотна відмінність: відсутність ознак вимагання і одночасно наявність ознак примушування до виконання реально існуючого зобов'язання, не користуючись при цьому законним шляхом. Також важливо звернути увагу на те, хто є суб'єктом злочину, іноді ними виступають колекторські чи інші організації, які нібито мають повноваження на вчинення дій, пов'язаних з виконанням цивільно-правових зобов'язань, але їх діяльність не врегульована на законодавчому рівні, а надані послуги виходять за рамки закону. Це означає, що розслідування навіть суміжних злочинів має свої особливості. Отже, за відсутності самостійної методики розслідування примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань питання щодо її розробки є актуальним та доцільним.

Падей А. С.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірантка кафедри криміналістики

ПСИХОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ СЛІДЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Слідча діяльність є одним з важливих об'єктів дослідження у криміналістиці. Обговорення та дискусії стосовно даної діяльності здійснювалися в наукових джерелах насамперед у процесуальному, психологічному та тактичному аспектах. Метою даної статті є висвітлення особливостей діяльності з розслідування злочинів, психологічних якостей, які прита-

манні слідчому, а також психологічних прийомів та методів, якими користується слідчий під час діяльності з розслідування злочинів.

Вивченням даної теми займалися такі вчені-науковці як Р. С. Бєлкін, В. Л. Васильєв, В. С. Комарков, О. Д. Майстренко, А. А. Чебуренков, Ю. В. Чуфоровський, В. Ю. Шепітько, М.І. Єнікеєв та інші.

Р.С. Бєлкін зазначає, що закономірність виявлення доказів має переважно інформаційно-психологічний характер.

Щодо особливостей діяльності з розслідування можна зазначити наступне: діяльність по розслідуванню злочинів – цілеспрямований процес, метою якого є відтворення справжньої картини події злочину за її прямими та непрямими доказами. Її психологічна структура може розглядатись як сукупність *основних* (пізнавальної, конструктивної, комунікативної, організаційної) та *допоміжних* (профілактичної та засвідчувальної) різновидів діяльності. У діяльності слідчого істотне значення набуває криміналістичні знання і досвід, які створюють умови для розуміння наявної інформації, її правильного вибору. Ці знання та досвід є необхідною передумовою для активізації відтворюючої уяви.

Будь-яка слідча дія спрямована на одержання інформації про подію злочину. Разом з тим, декілька слідчих дій орієнтовані як на інформаційний пошук, так і на здійснення психологічного впливу на різні категорії учасників слідства. До таких дій можуть належати так звані комунікативні, тобто ті, в основі яких є безпосереднє спілкування. Це допит особи чи декількох осіб, які провадяться в умовах постійного контакту та діалогу між учасниками. Інформаційний обмін тут поєднується безпосередньо з психологічним впливом.

Виходячи з поставленої мети також варто зазначити психологічні якості особистості слідчого, які безсумнівно впливають на хід розслідування злочинів.

Оперативно-слідча та оперативно-розшукова діяльність відноситься до тих видів діяльності, успіх і навіть видатні досягнення, в яких більше пов'язані із загальним високим розвитком особистості, ніж зі спеціальними здібностями. Здібності, які необхідні для даної роботи набуваються в процесі навчання та практичної діяльності. На жаль, сучасна наука не має в своєму розпорядженні поки що достатньо надійних методів визначення та вимірювання здібностей, умінь і навичок слідчих та оперативних працівників, якими можна було б скористатися для вирішення питання про придатність слідчого. За кордоном широко використовуються різні варіанти виявлення здатностей, умінь та навичок оперативних і слідчих працівників за допомогою тестів.

Якостями, якими повинен володіти слідчий, на наш погляд повинні бути: морально-вольові якості та психологічна активність слідчого; організаційні якості; інтелектуальні якості; наявність високорозвиненої уяви

слідчого, оперативного працівника; стресостійкість;психологічна спостережливість; швидкість і точність реагування та прийняття рішень.

Що ж стосується прийомів та методів, якими повинен користуватися слідчий, варто зазначити наступне. В залежності від певного виду слідчих дій, практичний працівник повинен в ході пізнавальної діяльності використовувати різні психологічні прийоми та методи, особливо, коли при контакті між слідчим та допитуваним виникає певна протидія. Розглянемо ці положення на прикладі такої слідчої дії як допит. Ефективність допиту залежить,від уважного вивчення особистості допитуваного. На нашу думку слід віднести використання наступних психологічних прийомів слідчим:

– Ефективність допиту значною мірою залежить від *встановлення психологічного контакту***,** розвитку комунікативної взаємодії між слідчим та допитуваним;

– Із метою вивчення особистості допитуваного, встановлення та підтримання з ним психологічного контакту Л. Б. Філоновим було запропоновано *методику контактної взаємодії,* що передбачає послідовне проходження наступних шести *стадій:* накопичення згоди; пошук спільних або подібних зацікавлень; вибір принципів та якостей, що пропонуються для спілкування;виявлення якостей, небезпечних для спілкування; індивідуальний вплив та адаптація до партнера; вироблення загальних правил та взаємодія.

– У випадках протидії (особливо свідомої) допитуваного доцільно реалізувати деякі специфічні прийоми впливу, а також варіювати умови проведення допиту. Припустимою формою психологічного впливу є, перш за все, *переконання* – процес логічного обгрунтування думок для досягнення згоди між допитуваним і слідчим;

– *Використання психологічних особливостей особистості допитуваного* – суть прийому полягає в урахуванні слідчим як на етапі встановлення контакту, так і безпосередньо при допиті, відомостей про характерологічні риси допитуваного, його домагання, самооцінку, систему його стосунків у сімейно-побутовій, професійній та дозвільній сферах, домінуючі мотиви поведінки;

– *Особисті спостереження за допитуваним* – фіксація слідчим емоційних, мімічних, пантомімічних проявів з боку допитуваного дозволяє гнучко варіювати тактику допиту, забезпечуючи регуляцію стану допитуваного і динаміку спілкування;

– *Використання стану емоційної напруженості* – прийом засновано на тому, що у стані емоційної напруженості у особи суттєво знижується здатність повною мірою здійснювати свідомий контроль за змістом мовних повідомлень та своєю поведінкою;

– *Використання ефекту раптовості* – суть прийому полягає у несподіваності (для допитуваного) появи фактів та обставин, які доводять неправдивість його свідчень;

– *Максимальна деталізація свідчень* – використання цього прийому базується на тому, що дуже складно неправдиве свідчення обміркувати до найдрібніших деталей.

Отже з вищевикладеного можна зробити висновок, що дослідження особливостей слідчої діяльності, психологічних якостей, якими повинен володіти слідчий, а також психологічних прийомів та методів, які варто використовувати під час розслідування злочинів можуть сприяти подальшому вдосконаленню слідчої діяльності, а також підвищити ефективність розслідування злочинів. При цьому слід зауважити, що позитивним вважається досвід деяких зарубіжних країн, де рівень професійних та психологічних навичок перевіряється і є обов'язковим критерієм їх наявності у слідчого.

Дынту В. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», аспирант кафедры криминалистики

ВНЕШНИЕ ПРИЗНАКИ ИНСЦЕНИРОВКИ В ОБСТАНОВКЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Возможность обстановки преступления быть источником криминалистически важной информации обуславливается закономерностями взаимодействия объектов и явлений, процесс и результат которого находит свое отображение в определенной среде.

Р. С. Белкин указывает на то, что всякое событие преступления обязательно отражается в окружающей среде, элементами которой являются не только материальные образования – вещи, предметы, но и люди, в чьем сознании отражается событие преступления (Белкин Р. С. Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики. М., 1970. – С. 9-11).

При изучении обстановки преступления следователь должен ставить вопрос относительно объективности криминалистически важной информации, которую он получает на основании изучения следов оставленных после события. Данный вопрос является закономерным, поскольку поддается сомнению не только объективность полученной информации, но и объективность наличия, либо отсутствия самого следа в обстановке преступления.

Фактические данные, которые противоречат естественному ходу событий или обычному положению вещей (Шепітько В. Ю. Криміналістика. Енциклопедичний словник / За ред. В. Я. Тація. – Х., 2001. – С. 137) традиционно в криминалистической литературе называют негативными обстоятельствами. Так, например, В. С. Бурданова определяет негативные об-

стоятельства, как обстоятельства свидетельствующие о несоответствии фактических данных выдвинутой версии (Бурданова В. С. Избранное. Санкт-Петербург, 1973. – С. 4).

Анализируя понятие «негативные обстоятельства» и его содержание, можно утверждать, что негативные обстоятельства входит в структуру обстановки преступления. Негативные обстоятельства противоречат установленным фактическим данным. Таким образом, наблюдается диалектическая противоположность, которая отражает двойственное отношение внутри целого. Противоположности могут сталкиваться только тогда, когда они находятся в связи, тем самым, образуя целое, в котором проявляется их взаимная необходимость. Таким образом, негативные обстоятельства – это элемент обстановки преступления, который находясь во взаимосвязи с очевидными следами преступления формирует целостную систему реалий действительности, в которых происходил процесс подготовки, реализации и сокрытия преступления.

Что касается участия преступника в образовании негативных обстоятельств, можно сделать следующий вывод. Преступник после совершения преступления изучает и анализирует реальную обстановку преступления. Затем создает подходящую под реальную обстановку преступления модель события, которое могло произойти в схожих условиях. И в конечном итоге, совершает действия направленные на изменение обстановки преступления с целью создания видимости совершения иного события, тем самым стараясь повлиять на объективность восприятия следователя и на возможность установления истины. Можно говорить о том, что негативные обстоятельства присущи той обстановке преступлении, в которой преступник осуществлял действия направленные на изменение восприятия самого события преступлениях либо его обстоятельства.

Выявление негативных обстоятельств указывает на наличие инсценировки, то есть действий преступника направленных, на изменение обстановки преступления. Можно говорить о том, что негативные обстоятельства возникают именно при наличии деятельности, направленной на искажение восприятия информации о реально происшедшем событии.

При инсценировке обстановка преступления подвержена воздействию, которое направлено на её видоизменение, в результате которого образуется новая обстановка, но уже инсценируемого события. При этом полностью уничтожить реальную обстановку преступления не представляется возможным. В результате чего образуется определенное наслоение первоначальной и последующей информации. В систему реальной обстановки преступления внедряется обстановка инсценируемого события. То есть они сосуществуют параллельно. И только при существовании двух вышеуказанных систем становиться возможным появление негативных обстоятельств.

Негативные обстоятельства в обстановке преступления проявляются в виде следов и предметов. Следует говорить о том, что следы которые рассматриваются как негативные обстоятельства, в зависимости от их наличия либо отсутствия в обстановке преступления можно подразделить на два вида: присутствующие следы и отсутствующие следы.

Нужно отметить, что отсутствующие следы, как и присутствующие, по своему происхождению могут носить умышленный и неумышленный характер. Выявление негативных обстоятельств дает возможность следователю сделать вывод о наличии деятельности со стороны преступника направленной на инсценировку события преступления.

На основании изложенного выше, можно сделать вывод, что негативные обстоятельства входят в структуру обстановки преступления, в том случае, если она была подвержена воздействию со стороны преступника, направленного на ее изменение с целью искажения восприятия события преступления либо его определенного элемента.

Льовочкіна М. В.
Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри криміналістики

ТИПОВІ СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ, ВЕРСІЇ ТА НАПРЯМКИ РОЗСЛІДУВАННЯ НЕЗАКОННОГО ЗАВОЛОДІННЯ ТРАНСПОРНИМИ ЗАСОБАМИ

У зв'язку зі здійсненням слідчим пошукової діяльності згідно нового діючого кримінального процесуального законодавства при розслідуванні неправомірних заволодінь автомобілями, можливе виникнення наступних слідчих ситуацій, що характеризуються дефіцитом необхідної для розшуку автомобіля інформації (Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : закон України від 13. 04. 1912 р. № 4651-VI. – Електрон. дан. (6 файлів). – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua.).

Перша слідча ситуація: дані про прикмети й особливості автомашини неповні або відсутні. При цьому можливо застосування тактичної операції «Збір інформації про автомобіль і його особливості». У цій ситуації необхідно вирішити таке тактичне завдання як одержання достатніх для розшуку відомостей та здійснити наступні заходи: огляд місця події; надсилання запитів про дані на автомашину: до ДАІ; до нотаріальних контор; до страхових компаній; до організації-постачальника про перевезений на автомашині вантаж, його характер та особливості; до фірми, автомагазину, які продали автомобіль; до організації, яка володіє автомобілем; до організації, яка проводила технічне обслуговування автопарку підприємства; до автоекспертних фірм; пошук по автоматизованих інформаційно-пошукових системах; доручення органам дізнання щодо встановлення: колишніх власників автомашини; додаткових свідків і очевидців; знайомих

потерпілого; способу життя потерпілого; участі автомобіля в раніше вчинених ДТП; проведення окремих слідчих (розшукових) дій та вивчення різного роду документації; одержання зразків: ключів і систем керування пристроями проти викрадення та ін.; використання можливостей засобів масової інформації.

Друга слідча ситуація: інформація про можливе місце знаходження автомашини відсутня. При цьому можливо застосування тактичної операції «Перевірка пошукових версій «. У цій ситуації необхідно вирішити таке тактичне завдання як з'ясування дій злочинців за розпорядженням викраденим майном або викраденим автомобілем та здійснити наступні заходи: огляд місця події проведення допитів: потерпілого; свідків і очевидців; організація й проведення негласних слідчих (розшукових) дій або оперативно-розшукових заходів; установлення місцезнаходження автомашини; надсилання запитів до різних організацій; вивчення архівних кримінальних проваджень (справ); пошук автомашини по АІПС як кинутого автотранспорту; організація інформаційно-аналітичної роботи; використання засобів масової інформації.

Третя слідча ситуація: особа, яка вчинила неправомірне заволодіння автомобілем, відмовляється давати будь-які показання. При цьому можливо застосування тактичної операції « Розшук автомобіля за даними про злочинця». У цій ситуації необхідно вирішити таке тактичне завдання як одержання відомостей про автомашину, її видозміни й місцезнаходження та здійснити наступні заходи: надсилання запитів: на характеристики з місця роботи, навчання й проживання; до наркологічного і психоневрологічного диспансеру; на наявність (відсутність) судимостей; до ДАІ – про наявність у підозрюваного і його зв'язків автомашин, водійських посвідчень, про наявність фактів ДТП за участю осіб, знайомих з підозрюваними; в автомагазини; до ДАІ про наявність фактів ДТП за участі осіб, знайомих з підозрюваними; до нотаріальних контор про участь підозрюваного і його знайомих у нотаріально завірених угодах; доручення оперативним підрозділам про проведення негласних слідчих (розшукових) дій: за місцем проживання підозрюваного; за місцем проживання друзів підозрюваного (і їхньої роботи, якщо вона пов'язана з автотранспортом); щодо безпосередньо самого затриманого підозрюваного; з установлення додаткових зв'язків підозрюваного; проведення допитів: сусідів; родичів; товаришів по службі; власників сусідніх гаражів; друзів підозрюваного; повторний допит підозрюваного; проведення обшуку: за місцем проживання підозрюваного; гаражу підозрюваного; на дачах, підприємствах у друзів підозрюваного, що володіють подібними гаражами або аналогічними автомашинами; вивчення архівних матеріалів: про неправомірні заволодіння автотранспортними засобами минулих років; використання засобів масової інформації.

РОЗДІЛ 23
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Харитонов Є.О.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
завідувач кафедри цивільного права,
доктор юридичних наук, професор

ЗДОБУТКИ ТА ПРОРАХУНКИ ДРУГОЇ КОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УРСР

Потреба в оновленні законодавства (і передусім, цивільного), яку в період соціальних та економічних змін відчуває кожна держава, зумовлює актуальність дослідження передумов, засобів забезпечення та очікуваних результатів цього процесу. У зв'язку з цим являє інтерес розгляд питань, пов'язаних зі створенням ЦК УРСР 1963 р., від дати прийняття якого в цьому році виповнилося 50 років. Метою такого дослідження є використання позитивного й негативного досвіду, набутого у відповідній галузі, що має забезпечити підвищення якості робіт з оновлення законодавства, котрі проводяться у наші дні.

Цивільний кодекс УРСР 1963 р., змінив Цивільний кодекс 1922 р., який вичерпав себе разом із відмовою радянської влади від НЕП. Його нормами було передбачено інститути, які вже не існували у радянській країні 30-х років (приватна власність, товариства, приватні установи на правах юридичної особи тощо), низку статей було скасовано, але багато статей і навіть глав, – додано. Таким чином, необхідність проведення другої кодифікації радянського цивільного законодавства була зумовлена чинниками економічного, політичного та юридичного характеру. Для цього існувало й певне теоретичне підґрунтя, що сформувалося під час дискусій про систему радянського права взагалі, поняття та сутність радянського цивільного права, зокрема. Дискусії почалися ще у 20-х рр. і з перервами точилися аж до початку 60-х років. Чинником цього була необхідність вирішення питання про те, чи досить прийняття оновленого Цивільного кодексу, чи поряд з ним має бути створено ще й кодекс господарський? Прихильники виокремлення господарського права відстоювали позицію, згідно якій Цивільний кодекс та нормативні акти, що його «супроводжують», мають регулювати тільки відносини за участю громадян, оскільки майнові відносин між соціалістичними організаціями, є сферою дії господарського права. Цивілісти виходили з доцільності єдиного регулювання майнових відносин, незалежно від їхнього суб'єктного складу, Цивільним кодексом.

Підсумок дискусії було підбито законодавцем.

Відповідно до Конституції СРСР прийняттю цивільних кодексів союзних республік СРСР мало передувати прийняття Основ цивільного за-

конодавства Союзу РСР та союзних республік. Такі Основи були прийняті 8 грудня 1961 року і набрали чинності з 1 травня 1962 року. Вони знаменували собою оновлення цивільного законодавства, приведення його у відповідність з новими історичними умовами; при цьому були спрямовані не лише на оновлення радянського цивільного законодавства, а на проведення його нової загальної кодифікації. Причому з виданням Основ кодифікація не завершувалась, а лише починалась, тобто, йшлося про перший етап кодифікаційних робіт. Варто зауважити, що, коли в процесі першої кодифікації цивільного законодавства союзні республіки СРСР формально була вільними у виборі зразку для наслідування, то тепер цей зразок було чітко визначено ст. 3 Основ цивільного законодавства – це саме Основи і є. Цивільні кодекси союзних республік не можуть містити правила, які суперечить Основам. Щоправда, вони можуть розвивати та доповнювати Основи, але лише в тому випадку, коли регулювання певного типу відносин не охоплюється компетенцією СРСР.

Зміст Основ повністю увійшов до ЦК УРСР, який був прийнятий 18 липня 1963 р. та набрав чинності з 1 січня 1964 р. Як і Основи цивільного законодавства,. Цивільний кодекс складався з преамбули та восьми розділів, назви яких повністю відповідали згаданим вище найменуваннями розділів Основ. Однак були й деякі відмінності: статей у Кодексі було більше – 572, третій розділ «Зобов'язальне право» поділявся на дві частини: загальні положення, окремі види зобов'язань.

Поміж новел ЦК УРСР 1963 р., що відрізняли його від попереднього ЦК, можна назвати такі.

Розділ другий його називався «Право власності», а не «Речові права», що було цілком логічним з огляду на те, що інші речові права (якщо не вважати таким право оперативного управління) у ньому і не передбачалися. Серед форм власності не згадувалась приватна власність, якої не стало. Було значно розширено перелік зобов'язань. Зокрема, з'явилися глави про поставку, контрактацію, позичку, підряд на капітальне будівництво, розрахункові та кредитні відносини, рятування соціалістичного майна та ін. Відбулось перекомпонування матеріалу усередині розділів та між розділами. Визначальні зміни полягали у оновленні змісту, а головне – духу норм.

Що стосується загальних його положень, то тут, поряд з лібералізацією деяких норм, окремі обмеження, навпаки, було посилено. Так, ст. 5 ЦК більш жорстко регламентувала наслідки зловживання правом, встановлюючи, що цивільні права охороняються законом лише у тих випадках, коли вони здійснюються у відповідності з їхнім призначенням у соціалістичному суспільстві у період будівництва комунізму. При цьому від громадян та організацій вимагалось не лише дотримання закону, але й повага до правил соціалістичного співжиття та моральних принципів суспільства, що будує комунізм. Якщо урахувати, що ст. 5 оцінювалася як норма-принцип і як норма прямої дії, то очевидним є те, що вона від-

кривала широкий простір суддівському розсуду (який, мав ґрунтуватися на «соціалістичній правосвідомості»).

Істотною новелою у сфері захисту цивільних прав була ст. 7, котра встановлювала можливість цивільно-правового захисту честі та гідності громадян та організацій. (Білоусенко В., Паневин А. Судовий захист честі та гідності громадян / Білоусенко В., Паневин А.// Рад. право. – 1989. – № 12. – С. 21-26.)

Суб'єктами цивільних правовідносин Кодекс визнавав громадян та організації. Але слід зазначити, що у ньому більш точно і повно було визначено поняття юридичної особи (ст. 23). Хоча, разом із тим, залишились нез'ясованими співвідношення понять «установа», «підприємство», «організація», якими оперував законодавець.

Кодекс не містив норм, спеціально присвячених визначенню об'єктів права. Більша частина таких норм знаходиться у різних главах розділу «Право власності». Натомість, багато уваги приділялося загальним положенням угод. Тут з'явились деякі новели порівняно із законодавством 20-х років. Більш детально регламентувалися форми угод. Досить детально були урегульовані підстави та наслідки визнання угод недійсними.

Розділ «Право власності» у цілому був досить характерним для законодавства країни, що «побудувала соціалізм та перейшла до поступового будівництва комуністичного суспільства». По-перше, право власності виступало як єдине, що збереглося у радянському цивільному праві, речове право. По-друге, в зв'язку із скасуванням приватної власності, зміною економічного ладу країни, прийняттям нової Конституції СРСР відбулися зміни й у класифікації форм власності. Кодекс ґрунтувався на визнанні існування соціалістичної власності та особистої власності, тобто власності громадян на майно, яке призначене для задоволення їхніх матеріальних та культурних потреб (ст.ст. 87, 88).

Норми зобов'язального права складали основний зміст ЦК УРСР 1963 р., де зобов'язанням було присвячено 321 статтю з 572. На характер норм і систему зобов'язань найбільше вплинула та обставина,що нові радянські цивільні кодекси відображали тенденцію посилення «командних» засад у економіці, підвищення ролі планування, обмеження волі та розсуду сторін у господарських договорах. Оцінюючи загалом систему зобов'язань ЦК УРСР 1963 р., можна сказати, що в цілому вона була досить традиційною (за винятком положень, пов'язаних з посиленням публічно-правових засад).

«Абсолютними» новелами ЦК були розділи, присвячені авторському праву, праву на відкриття та винахідницькому праву, котрі раніше складали сферу спеціального правового регулювання поза межами ЦК УРСР 1922 року. Включення цих спеціальних розділів означало дальший відхід від пандектної системи цивільного права, що було цілком логічним у зв'язку з формуванням оригінальної системи радянського цивільного права.

Цікаві метаморфози відбулися зі спадковим правом. Тенденція тут полягала у тому, що, коли в регулюванні речових прав, договорів тощо ЦК 1963 р. був кроком «від римського та буржуазного цивільного права»,то спадкування, навпаки, наблизилось до них. Очевидно, це було результатом того, що радянська держава зосередила головні зусилля у цій сфері на забезпеченні публічно-правового регулювання планового народного господарства, тоді як відносини за участю громадян були на другому плані (особливо після ліквідації приватної власності). Тому тут було можливим сприйняття деяких положень римського та буржуазного приватного права, що відповідало соціалістичній концепції можливості наступництва у праві. Такий підхід, врешті, забезпечив часткову рецепцію римського приватного права у спадкових відносинах при другій кодифікації цивільного законодавства в УРСР.

Оцінюючи результати другої радянської кодифікації цивільного законодавства, можна зробити висновок, що поряд із посиленням у цій галузі публічно-правових засад, формуванням системи радянського цивільного права тощо, тут мав місце і певний компроміс, наслідком якого була прихована рецепція римського приватного права, та запозичення положень буржуазного цивільного права.

Це дозволяє зробити висновок, що й зараз при вдосконаленні цивільного законодавства є доцільним використання компромісу як методологічний прийом, органічно властивий законодавству перехідних періодів.

Ківалова Т. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри цивільного права,
доктор юридичних наук, професор

ДО ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ КОНДИКЦІЙНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

В умовах оновлення та постійного розвитку вітчизняного цивільного законодавства України не втрачають своєї актуальності дослідження правового регулювання зобов'язань, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

Свого часу зазначені зобов'язання досить активно досліджувалися і цивілістами Російської імперії, і радянськими правознавцями, у тому числі на рівні дисертаційних досліджень. Проте у вітчизняній цивілістиці аж до останнього часу дисертаційних досліджень з відповідної проблематики не проводилося. Лише на початку XXI століття у цій галузі стався своєрідний «прорив», який ознаменувався появою низки дисертацій і публікацій, де такими авторами як Берестова І.Є., Єрьоменко Г. В. Ніколаєнко О. В. аналізувалися положення згаданого інституту із врахуванням положень чинного цивільного законодавства України, а також проводився

спеціальний порівняльний аналіз деліктних зобов'язань та зобов'язань набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.

У науковій літературі іноді використовуються більш короткі і прості найменування зазначених зобов'язань, зокрема: зобов'язання, що виникають внаслідок безпідставного збагачення або кондикційні зобов'язання.

Зміст та сфера застосування кондиційних зобов'язань визначені у ст.1212 ЦК України, згідно якій особа, котра набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала.

Зазначені положення застосовуються незалежно від того чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події. Вони застосовуються також до вимог про: 1) повернення виконаного за недійсним правочином; 2) витребування майна власником із чужого незаконного володіння; 3) повернення виконаного однією із сторін у зобов'язанні; 4) відшкодування шкоди особою, яка незаконно набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи.

Із врахуванням положень цивільного законодавства зобов'язання, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави визначають як такі правовідносини, в яких особа, що набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (або підстави, яка згодом відпала), зобов'язана повернути потерпілому це майно або відшкодувати вартість набутого чи збереженого майна (Ніколаєнко О. В. Концепція та поняття зобов'язань, які виникають внаслідок набуття або збереження майна без достатньої правової підстави в цивільному законодавстві України / О. В. Ніколаєнко // Актуальні проблеми держави і права : Збірник наукових праць. – Одеса : Юридична література. – 2006. – Вип. 28. – С. 231).

Головні риси кондикційних зобов'язань полягають у тому, що вони є недоговірними, оскільки виникають не на підставі домовленості учасників цивільних відносин (договору), а внаслідок наявності обставин, прямо вказаних в законі; підставою їхнього виникнення є завдання шкоди потерпілому; відшкодування шкоди потерпілому відбувається, як правило, за рахунок особи, чиїми діями завдана шкода.

Суб'єкти зобов'язань, що виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, визначаються максимально просто: боржник – особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого); кредитор (потерпілий) – особа, за чий рахунок інша особа (боржник) набула майно або зберегла його у себе (частина 1 ст. 1212 ЦК України).

Зобов'язання, які виникають внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави можуть розглядатися як довірчі (фідуціарні) правовідносини, суть яких, на думку Р. А. Майданчика, полягає не стільки в тому, на яких підставах вони встановлені, а в тому, що, будучи встановленими, вони вимагають від зобов'язаної особи непохитної сумлінності, дбайливості у виконанні зобов'язань, відданості інтересам довірителя понад всі інші мотиви своєї поведінки. Порушення даного пріоритету відданості та дбайливості вважається протиправним і тягне для порушника негативні правові наслідки, навіть, якщо стовно своїх справ він проявляв не більше уваги, ніж до справ довірителя, якщо він ужив для збереження свого майна ті ж заходи, що і для збереження майна довірителя. Саме фідуціарно-правовою природою кондикційних зобов'язань пояснюється встановлення підвищеної відповідальності набувача майна (Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві / Р. А. Майданик. – К. : Київський університет, 2002. – с. 465).

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що зобов'язання, що виникають з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави є окремим випадком зобов'язань відшкодування шкоди. Присвячені їм норми Глави 83 ЦК України можуть застосовуватись за таких умов завдання шкоди: 1) шкода завдана майну; 2) завдання шкоди полягає у набутті або збереженні майна, але не його знищенні; 3) набуття або збереження майна у однієї особи відбувається за рахунок іншої особи.

Кізлова О. С.

Міжнародний гуманітарний університет,
завідувач кафедри цивільного та господарського
права і процесу,доктор юридичних наук, професор

ВЕКСЕЛЬ ЯК ПРЕДМЕТ ЗАСТАВИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Впродовж декількох століть у цивілістичній науці розробляється теорія цінних паперів, проте і сьогодні правильне зауваження Г. Ф. Шершеневича про те, що «поняття про цінні папери досі не прояснилося ні в житті, ані в науці, ані в законодавстві». Багато в чому це пов'язано з подвійністю їхньої правової природи. К. Анненков, цитуючи Н. О. Нерсесова, зазначав, що деякі з інститутів цивільного права стоять ніби на рубежі речового і зобов'язального права, до їх числа відносять і цінні папери, які за деякими властивостями підлягають визначенню зобов'язального права, а за іншими – речового. (Анненков К. Система русского гражданского права. Введение и общая часть. – [3-е изд., перераб.]. – Т. 1 / К. Анненков. – СПб. : Типография М. М. Стасюлевича, 1910. – С. 307.)

Відповідно до ст. 177 ЦК України, цінні папери належать до об'єктів цивільних прав, зокрема речей (майна), і саме як такі ми розглядаємо їх при дослідженні заставних правовідносинах.

Віднесення ЦК України цінних паперів до категорії рухомих речей, безумовно, вплинуло на можливість їх застави.

Цінні папери, будучи одним із найбільш універсальних видів предмета застави, можуть використовуватися будь-яким суб'єктом цивільного обігу, у торгівлі це застава векселів, складських свідоцтв, коносаментів, у банківській і фінансовій сферах – акції, облігації, заставні свідоцтва при кредитуванні виробничих організацій, у заставу надається будь-який з перерахованих видів цінних паперів.

Зі всіх груп цінних паперів, що знаходяться в Україні в цивільному обігу, одним із найбільш дискусійних питань, що належить до застави цінних паперів, є питання про заставу векселя.

Пов'язано це з цілим рядом причин: по-перше, як і відносно інших видів цінних паперів, відносно векселя незрозуміло – чи є предметом застави папір або засвідчене ним право; по-друге, неясна роль заставного індосаменту, а саме, чи є він підставою виникнення застави відповідно до норм ЦК України.

Для того, щоб розібратися в цьому питанні, необхідно мати чітке уявлення про сам вексель як про цінний папір, а також необхідно визначитися з обсягом тих відносин, які виникають з цього приводу.

В Україні правове регулювання вексельного обігу здійснюється Законами України «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про обіг векселів в Україні», нормами Женевських вексельних конвенцій № 358 і 359, які встановили Єдиний Закон про перевідний і простий вексель 1930 року. (Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 2006. – № 31. – Ст. 268.; [366] Про обіг векселів в Україні: Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2374-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 24. – Ст. 128.)

На базі норм цих конвенцій було прийнято «Положення про перевідний і простий вексель» від 7 серпня 1937 року з урахуванням деяких особливостей. (Вишневский А. А. Вексельное право : учеб. пособ. / А. А. Вишневский. – М. : Юристъ, 1996. – С. 142-159; Белов В. А. Вексельное законодательство России / В. А. Белов. – М. : Юринформ, 1996. – С. 419-447; Белов В. А. Ценные бумаги в российском гражданском праве / В. А. Белов ; под ред. Е. А. Суханова. – М. : ЮрИнфоР, 1996. – 448 с.) Україна є правонаступницею прав та обов'язків Союзу РСР за вексельними конвенціями 1930 року згідно зі ст. 7 Закону «Про правонаступництво України».

Вексельні зобов'язання – це письмове поручництво (гарантійний запис) за векселем, що здійснює третя особа (аваліст), яка бере на себе відпо-

відальність за виконання вексельного зобов'язання, за чужим вексельним боргом: акцептанта, векселедавця, індосанта.

У науковій літературі неодноразово підкреслюється думка про те, що внаслідок особливостей конструкції застави векселя, відповідно до вексельного права, можна говорити про існування вексельної застави, особливий різновид застави, що істотно відрізняється від застави як інституту цивільного права.

Перша відмінність полягає в тому, що цивільно-правова застава виникає на підставі закону або договору, вексельна застава виникає на підставі так званого «заставного індосаменту», який є односторонньою операцією, друга відмінність у тому, що договір застави є операцією, яка забезпечує виконання зобов'язання щодо іншої операції, має залежний від основного зобов'язання субсидіарний характер і припиняється в разі недійсності основного зобов'язання.

Вексельна застава є самостійною операцією, і недійсність основного зобов'язання не тягне недійсності вексельної застави, що дозволяє стягнути збитки, заподіяні у зв'язку з недійсністю забезпеченого заставою зобов'язання. По-третє, звернення стягнення при цивільній правовій заставі можливе в разі невиконання або неналежного виконання забезпеченого заставою зобов'язання за обставинами, за які відповідає заставодатель. Право звернення стягнення на предмет вексельної застави не ставить вексель у залежність від наявності або відсутності будь-яких зобов'язань між заставодателем або заставодержателем.

Векселедержатель – заставодержатель має право здійснити права, що випливають з векселя. По-четверте, до вексельної застави не застосовуються правила про черговість задоволення вимоги кредиторів при банкрутстві заставодателя. По-п'яте, припинення вексельної застави здійснюється не за підставою, передбаченою для застави, а на підставі зворотного індосаменту векселедержателя – заставодержателя, на користь заставодателя або закресленням заставного індосаменту. По-шосте, через специфіку заставного індосаменту та особливостей векселя як цінного папера подальша вексельна застава неможлива. По-сьоме, порядок звернення стягнення на предмет вексельної застави не пов'язаний із судовими процедурами і здійснюється через заставний індосамент та умови, що містяться в тексті векселя.

Таким чином, застава векселя регулюється і цивільним правом, і вексельним, але при цьому слід мати на увазі, що Положення про переводний і простий вексель не містить чіткої норми про значення заставного індосаменту з погляду загальних норм про заставу. У цьому плані слід погодитися з думкою А. А. Маковської, що для застави векселя потрібний договір застави, необхідність якої не підміняється заставним індосаментом. (Маковская А. А. Залог денег и ценных бумаг / А. А. Маковская. – М. : Статут, 2000. – С. 118.)

Визнаючи вексельну заставу особливим різновидом застави, який має значні відмінності від застави, передбаченої цивільним правом, слід визнати і те, що багато в чому він ефективніший і зручний як для заставодержателя, так і для заставодателя.

Адамова О. С.
Національний університет «Одеська юридична академія», докторант кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ СТРАХОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Правовідносини виконують свою функцію «конкретизатора» («індивідуалізатора») загальних приписів юридичних норм тому, що вони «живуть» за часом: виникають, змінюються, припиняють свою дію. Загальною основою такого руху є норми права. Проте юридичні норми самі по собі не можуть ні викликати, ні змінити, ні припинити правовідношення. Для цього необхідні конкретні обставини, які в юридичній науці називаються юридичними фактами [Савкин Д. В. Основания возникновения, изменения и прекращения страховых правоотношений. // Юрист. – 2002. – № 5. – С.55]. Саме юридичні факти є підставою «прив'язки» загальної, абстрактної норми до конкретного випадку і тим самим приводять в дію механізм правового регулювання.

Цивілістична доктрина щодо страхових правовідносин в залежності від характеру джерела їх виникнення розрізняє добровільну і обов'язкову форму страхування [Российское гражданское право: Учебник / Под ред. Крыловой З. Г., Гаврилова Э. П. 2-е изд. – М.: АО «Центр ЮрИнфор», 2001. – 327-328]. Добровільним страхуванням вважається те, яке виникло на основі добровільного волевиявлення сторін і було зафіксовано в договорі. Обов'язковим страхуванням вважаються правові відносини, що виникли безпосередньо із закону. Об'єкт страхової охорони вважається застрахованим незалежно від сплати страхувальником страхових платежів.

Страхові економічні відносини самі по собі не можуть набути правової форми, давати юридичне відображення, яке характеризується особливим зв'язком їх учасників у вигляді прав і обов'язків. Необхідні певні юридичні передумови для виникнення і подальшого руху страхових правовідносин. О. А. Красавчиков виокремлював три види правових явищ, що можуть бути такими юридичними передумовами [Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958. – С.50]. По-перше, це норми цивільного права, які встановлюють юридичну можливість (обов'язок) певної поведінки осіб за наявності певних умов, які також передбачаються у нормах права. По-друге, такою передумовою є правосуб'єктність осіб, які вступають у певні правовідносини. Перші дві передумови не породжують самі по собі прав і обов'язків, але створюють можливість виникнення і наступного руху страхових правовідносин.

Третьою передумовою є юридичні факти, які і реалізують можливість виникнення страхових правовідносин, що створюється матеріальними і попередньо вказаними юридичними передумовами, які і перетворюють таку можливість у дійсність.

Юридичними фактами, тобто підставами виникнення обов'язкової форми страхування є життєві обставини (юридичні факти), які прямо передбачені для даного виду страхування у законі. Так, Р. О. Халфіна стверджувала, що навіть у тих випадках, коли закон покладає певні обов'язки чи надає права, не передбачаючи для виникнення цих прав і обов'язків яких-небудь юридичних підстав, завжди існує певний факт, з яким закон пов'язує наявність прав і обов'язків [Халфина Р. И. Общее учение о правоотношениях. – М., 1974. – С. 296].

В юридичній літературі, присвяченій аналізу страхових правовідносин, існують декілька точок зору щодо визначення підстав виникнення таких правовідносин. Так, К. А. Граве і Л. А. Лунц вважали, що підставою виникнення страхування є страховий інтерес [Граве К. А., Лунц Л. А. Страхование. – М.:Госюриздат, 1960. – С. 41].

Але з такою точкою зору не можна погодитись у зв'язку з тим, що таке положення суперечить вихідним началам про юридичні факти, в якості яких виступають події і дії [Шиминова М. Я. Государственное страхование в СССР. – М.: Наука, 1987. – С. 46]. Страховий інтерес може бути лише специфічною передумовою для виникнення правовідношення страхування і необхідною ознакою дійсності договору страхування. А. Т. Ащеулов вважає, що юридичним фактом є страховий випадок [Ащеулов А. Т. Денежные обязательства колхоза перед государством. – Алма-Ата, 1971. – С. 132]. Таку точку зору також не можна вважати правильною, адже незалежно від існування чи відсутності страхового випадку страхове правовідношення існує. Третьою точкою зору, з якою також не можна погодитися, є думка про існування в якості підстави виникнення таких правовідносин страхового свідоцтва (полісу). Але страхове свідоцтво лише підтверджує наявність існуючого правовідношення і є, як правило, лише його формою укладення.

Відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону України «Про страхування», обов'язкові види страхування, які запроваджуються законами України, мають бути включені до цього Закону, крім того, забороняється здійснення обов'язкових видів страхування, що не передбачені цим Законом. Але в законодавстві України зустрічаються вимоги щодо страхування певних об'єктів страхової охорони фізичними і юридичними особами. Деякі автори вважають, що такий обов'язок щодо здійснення страхування виникає не із прямої вказівки закону, а з прийняттям на себе особою за договором, тому спеціальні правила про обов'язкове страхування на такі випадки не розповсюджуються [Шиминова М. Я. Государственное страхование в

СССР. – М.: Наука, 1987. – С. 66]. Як правило, такий обов'язок є умовою укладення інших договорів, іноді істотною.

Але, на нашу думку, вимога страхувати об'єкт страхової охорони випливає саме із закону, тільки страхування в даному випадку є наслідком існування іншого правовідношення. І укладатися таке страхування повинно в такому ж порядку, як і при добровільній формі, у вигляді індивідуально-правового акту – договору. У зв'язку з цим таке обов'язкове договірне страхування, як і добровільне страхування, не може бути у конкретного страховика обов'язковою передумовою при реалізації інших правовідносин (ч. 2 ст. 6 ЗУ «Про страхування»).

Голубєва Н. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія», докторант кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ СКЛАДНОГО ЗА ЗМІСТОМ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Одним із недоліків у визначенні зобов'язання як моделі правовідношення є те, що в законодавчому визначенні наводиться елементарна модель зобов'язальних правовідносин (одностороннього зобов'язання, коли на боці боржника тільки обов'язок, а на боці кредитора відповідне право вимоги). За такою моделлю будуються недоговірні зобов'язання. Але, односторонні договірні зобов'язання використовуються досить рідко, в основному коли йдеться про реальні договори, та і в таких договорах часто передбачаються деякі кредиторські обов'язки.

Зміст зобов'язання може мати більш складну структуру: по-перше, боржник може зобов'язуватися вчинити декілька дій, а тому обов'язків у зобов'язанні декілька, і відповідно – прав вимоги; по-друге, обов'язки можуть мати обидві сторони зобов'язання, і відповідно, обидві сторони будуть мати кореспондуючі праву вимоги.

Однак питання існування в цивільному праві взаємних зобов'язань є предметом давньої дискусії.

Залишається відкритим питання: скільки зобов'язань виникає з двостороннє-зобов'язуючого, синалагматичного договору, оскільки, не відповівши на питання, не зможемо дати вірне визначення самого поняття «зобов'язання».

Науковці пропонують декілька варіантів вирішення цього питання. Згідно з першим, із синалагматичного договору виникає декілька «простих» зобов'язань, що становлять собою поєднання суб'єктивного права й суб'єктивного обов'язку. Відповідно до іншої точки зору, всі взаємовідносини сторін, що виникли на основі договору, є єдиним зобов'язанням, яке в літературі називають: складним, двостороннім, взаємним, синалагматичним, «структурно-складним» зобов'язанням.

З поняття зобов'язання в ЦК України також ніби випливає, що зобов'язання є поєднанням кожного окремого обов'язку з кореспондуючою правоможністю. Відсутність певної вказівки на можливу взаємність у правах та обов'язках сторін зобов'язання у ст. 509 ЦК України компенсується іншими нормами зобов'язального права, які недвозначно вказують на можливість виникнення зобов'язання складного за змістом (взаємного, двостороннє-зобов'язуючого). Розуміння зобов'язання як складного, синалагматичного правовідношення все ж таки випливає зі ст. 510, ст. 538 ЦК України.

Якщо проаналізувати, наприклад, зобов'язання, що виникає з договору купівлі-продажу, виявимо велику кількість обов'язків та прав на кожній із сторін договору. Важко уявити, що для реалізації кожного з цих обов'язків виникає окреме зобов'язання. Така складна схема відносин не виправдана ні теоретично, ні тим паче практично. На виконання своїх обов'язків за договором купівлі-продажу, як і за багатьма іншими договорами, сторони мають здійснити низку дій, які поглинаються єдиним поняттям зобов'язання.

Отже, за сенсом цих статей, зобов'язання – це не обов'язок з правоможністю, що відповідає їй, а увесь комплекс перерахованих у них прав і обов'язків. Відносини, що виникають з однієї підстави, наприклад договору купівлі-продажу, необхідно розглядати як єдине взаємне зобов'язання, тобто зобов'язання, що складається з декількох суб'єктивних прав і відповідної кількості обов'язків.

Усе викладене переконує в тому, що тенденція розглядати зобов'язання як поєднання правоможності з обов'язком – неспроможна. Вважаємо, що більше потребам практики відповідає «цілісне» розуміння зобов'язань, що дозволяє більш ефективно вирішувати питання їх виконання, припинення, застосування цивільно-правової відповідальності й інших наслідків порушення зобов'язання.

Варто враховувати, що ускладнення змісту зобов'язання обов'язками на обох сторонах зобов'язання, у разі якщо у становищі однієї сторони виникли якісь зміни, приводить до того, що обов'язки іншої сторони також мають зазнати змін, інакше та господарська мета, яку ставили перед собою сторони, підпадає під загрозу, що не відповідає ні намірам сторін, ані стабільності обороту. Абсолютно логічно існування взаємних обов'язків сторін у рамках єдиного зобов'язання, що сприятиме збалансуванню інтересів сторін у разі зміни обставин, які супроводжують виконання зобов'язання.

У цьому разі зобов'язання не буде штучно розпадатися на декілька елементарних одиниць, щоб відповідати начебто «істинному» розумінню поняття правовідношення в праві. Поняття «зобов'язання» має охоплювати логічно повну сукупність прав і обов'язків, у якій учасники правовідносин виступають щодо один одного кредиторами й боржниками.

Деякі автори необґрунтовано розширяють межі складного за змістом (взаємного) зобов'язання. Так, вважають, що «зобов'язання, що забезпечується порукою, становить особливу зобов'язальну сукупність (складне зобов'язання), яка характеризується єдністю мети, у процесі досягнення якої перерозподіляються права й обов'язки між кредитором, боржником і поручителем. Порука є елементом системи складного зобов'язання, оскільки поручительство не має самостійної мети окрім досягнення мети забезпечуваного зобов'язання» (Акуленко Е. А. Поручительство в системе сложного обязательства : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Елена Александровна Акуленко. – М., 2011. – С. 5).

Звичайно, що договір поруки не може входити в єдине складне зобов'язання із зобов'язанням, яке воно забезпечує. Тут можна говорити тільки про зв'язаність, залежність зобов'язань, але не про їх єдність.

Карабань Я. А.
Суддя Господарського суду Донецької області

ВИКОНАННЯ ГРОШОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

1. З огляду на поширеність грошових зобов'язань як форми опосередкування цивільного обігу законодавство, що поширюється на такі зобов'язання, потребує наукового обґрунтування і ретельного опрацювання. Між тим, складається враження, що багато положень чинного на цей час цивільного законодавства, що стосуються виконання грошових зобов'язань, опрацьовані явно недостатньо.

Глава 48 «Виконання зобов'язання» Цивільного кодексу містить низку положень, які стосуються виконання грошових зобов'язань (ст. 533-537 ЦК). Проте тут не вирішуються питання про виконання грошових зобов'язань шляхом передання готівкових коштів і шляхом перерахування платником одержувачу платежу безготівкових коштів. Натомість про розрахунки готівкою і в безготівковій формі йдеться у главі 74 «Розрахунки» Цивільного кодексу, хоч ця глава поширюється на розрахункові правовідносини, до яких грошові зобов'язання не належать. Звичайно, невдале розміщення в Цивільному кодексі положень про способи виконання грошових зобов'язань не позбавляє ці положення регулятивного значення та здатності конкурувати при правозастосуванні з іншими законодавчими положеннями. Але ж це не виключає необхідності логічного послідовного розміщення нормативного матеріалу.

2. При визначенні строку виконання грошового зобов'язання помічається конкуренція між ст. 539 та ст. 538 ЦК. Судова практика схиляється до переважного застосування ст. 530 ЦК, хоч це видається неправильним. Справа в тому, що правові норми, які встановлені ч. 2 ст. 530 («якщо строк (термін) виконання боржника обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його ви-

конання у будь-який час. Боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із договору або актів цивільного законодавства») і абзацом першим ч. 2 ст. 538 ЦК («при зустрічному виконанні зобов'язання сторони повинні виконувати свої обов'язки одночасно, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства, не випливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту») співвідносяться як відповідно загальна і спеціальна. Оскільки грошові зобов'язання зазвичай є зустрічними зобов'язанням передати товар, виконати роботу, надати послугу, на них поширюється ч. 2 ст. 538 ЦК, що виключає застосування до них ч. 2 ст. 530 ЦК. Тому судова практика підлягає наближенню до букви закону, яке буде, як правило, виключати застосування до грошових зобов'язань ч. 2 ст. 530 ЦК (крім випадків, коли застосування ч. 2 ст. 538 ЦК до грошових зобов'язань виключається).

3. Складною проблемою стало визначення моменту виконання грошового зобов'язання при безготівкових розрахунках через банки. Будь-який акт цивільного законодавства загального правила з цього приводу не формулює. Проте стосовно позики ч. 3 ст. 1049 ЦК встановлює, що «позика вважається повернутою в момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками, або зарахування грошової суми, що позичалась, на його банківський рахунок». Виникає думка застосувати за аналогією це законодавче положення з метою визначення моменту виконання будь-якого грошового зобов'язання. Але аналогія застосовується у разі неурегульованості цивільних відносин, тобто за наявності прогалин у законодавстві і неврегульованості цих відносин тими засобами, які допускає закон (договори, звичаєм ділового обороту). У даному випадку прогалини немає, бо є загальні норми, відносно до яких має визначатись момент виконання грошових зобов'язань. Перебуваючи у договірних відносинах з банком, що його обслуговує, платник покладає на банк обов'язок здійснити перерахування коштів з його рахунку в банку на рахунок кредитора за грошовим зобов'язанням. Банк списує кошти з рахунку клієнта (платника) та дає доручення Національному банку, через який зазвичай здійснюються безготівкові розрахунки, списати кошти з його кореспондентського рахунку та перерахувати їх на кореспондентський рахунок банка отримувача в Національному банку. Банк отримувача платежу зараховує суму переказу на рахунок отримувача платежу в цьому банку. З цим банком отримувач платежу має договір на розрахунково-касове обслуговування. Цілком логічно зробити висновок про те, що платник має відповідати за дії банку, з яким він уклав договір на розрахунково-касове обслуговування. Тому у випадках, коли цей банк не виконав доручення клієнта (платника) на перерахування коштів на рахунок платника, за нездійснення платежу перед його отримувачем відповідальність має нести платник. Якщо ж цей банк доручення платника належно виконав,

а банк, що обслуговує отримувача коштів, одержані кошти не рахунок отримувача коштів не зарахував (із-за відсутності у цього банку коштів), негативні наслідки цієї ситуації повинен нести одержувач коштів. Отже, грошове зобов'язання відповідно до системи договірних зв'язків, що ґрунтується на чинному цивільному законодавстві, повинне вважатись виконаним в момент, коли Національний банк списав суму платежу з кореспондентського рахунку банку, що обслуговує платника, і зарахував на кореспондентський рахунок банка, що обслуговує отримувача платежу. За зарахування банком, що обслуговує отримувача платежу, коштів на рахунок отримувача платник відповідати не може. Це – відносини, тягар неналежного функціонування яких має нести одержувач платежу. Тому ч. 3 ст. 1049 ЦК не тільки не може застосовуватись за аналогією до всіх грошових цивільних зобов'язань, а її застосування є проблемним навіть стосовно позики із-за грубо несправедливого покладення на платника (боржника за зобов'язанням позики) негативних наслідків протиправної поведінки банку, який обслуговує отримувача коштів і якого вільно вибрав отримувач платежу. Тут з метою визначити момент виконання грошового зобов'язання було зроблено складний дискурс. Було б краще, якби це питання було вирішене шляхом прямого встановлення в Цивільному кодексі спеціальних правил з цього приводу.

4. Потребують перегляду і правила ст. 534 ЦК, що визначають черговість погашення вимог за грошовим зобов'язанням. Власником грошових коштів є платник (до певного моменту), це стосується і безготівкових коштів. Таке твердження ґрунтується на п. 1.3 ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», що визначає дату валютування як дату, «починаючи з якої гроші, переказані платником отримувачу, переходять у власність отримувача». Тому de lege lata безготівкові кошти також є об'єктом права власності. Логічно було б очікувати, що законодавець буде виявляти належну повагу до власності, до права боржників за грошовими зобов'язаннями на свій розсуд розпоряджатися власними грошовими коштами, у тому числі і тими, що обліковуються на рахунках таких боржників у банках. Але законодавець без будь-якої необхідності, а очевидно, із єдиного розуміння необмеженості своїх повноважень вирішив вмішатись у право боржників за грошовими зобов'язаннями на свій розсуд визначати призначення здійснюваних платежів. Правда, у змісті ст. 534 ЦК чітко проглядається бажання забезпечити інтереси банківської сфери, то не виключено, що цією статтею було виконано певне соціальне замовлення. Проте банківська система України і без того стала занадто обтяжливою для країни, держави, суспільства. Тому ст. 534 ЦК із цього Кодексу слід виключити. Від цього буде тільки користь для країни, держави, суспільства, а банківська система повинна дещо поступитись своїми інтересами, бо вони і без того забезпечені занадто.

Берназ-Лукавецька О. М.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ОКРЕМІ ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ВЛАСНИКА ЖИТЛА, ЯКЕ НАЛЕЖИТЬ ДО ЖИТЛОВОГО ФОНДУ СОЦІАЛЬНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Обмін квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку з житлового фонду соціального призначення з іншим наймачем квартири або садибного (одноквартирного) жилого будинку з житлового фонду соціального призначення допускається лише за згодою власників цього житла. У зв'язку з установленням у ст. 25 Закону «Про житловий фонд соціального призначення» такого правила виникає питання: хто є / може бути «власником житла», яке належить до житлового фонду соціального призначення ?

Складність пошуку відповіді на поставлене питання пов'язана з тим, що поняття «житловий фонд соціального призначення» та поняття «соціальне житло» можуть перебувати з категоріями власності та права власності в досить складних системно-структурних та логічних зв'язках, що пов'язане з можливістю досить широкого тлумачення названих понять на підставі їх визначення, закріпленого в ст. 1 Закону «Про житловий фонд соціального призначення». Згідно з названою нормою вони визначаються таким чином: житловий фонд соціального призначення – сукупність соціального житла, що надається громадянам України, які відповідно до закону потребують соціального захисту; соціальне житло – житло всіх форм власності (крім соціальних гуртожитків) із житлового фонду соціального призначення, що безоплатно надається громадянам України, які потребують соціального захисту, на підставі договору найму на певний строк.

Крім того, у ст. 3 Закону «Про житловий фонд соціального призначення» вживається поняття «житло із житлового фонду соціального призначення». До нього в указаній статті належать: квартири в багатоквартирних жилих будинках, садибні (одноквартирні) жилі будинки, які надаються громадянам у порядку черги на одержання соціального житла;

жилі приміщення в соціальних гуртожитках, які надаються громадянам на час їх перебування на соціальному квартирному обліку за умови, що таке житло є єдиним місцем їх проживання.

Отже, з наведеної норми закону випливає, що соціальні гуртожитки не є «соціальним житлом», але вважаються житлом з житлового фонду соціального призначення. На нашу думку, визначення понять у статтях 1 та 3 Закону «Про житловий фонд соціального призначення» мають бути більш чітко узгоджені таким чином, щоб усунути можливість різного їх розуміння.

Досить непростою й такою, що не вносить бажаної ясності в питання стосовно того, хто може бути власником житла, згода якого необхідна для обміну, є встановлена ст. 4 Закону «Про житловий фонд соціального призначення» (Про житловий фонд соціального призначення : Закон України // Відомости Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 2006. – № 19–20. – Ст. 159.) система об'єктів та суб'єктів правовідносин, пов'язаних із формуванням і використанням житлового фонду соціального призначення. Ця стаття визначає, що об'єктами правовідносин щодо формування й використання соціального житла є жилі приміщення для надання громадянам України, які потребують соціального захисту, відповідно до цього закону, а суб'єктами правовідносин щодо формування й використання соціального житла є: 1) громадяни України, які відповідно до законодавства визнані такими, які потребують соціального захисту та мають право на отримання соціального житла; 2) органи виконавчої влади; 3) органи місцевого самоврядування; 4) юридичні й фізичні особи.

Отже, достатньо чітко визначена лише одна група суб'єктів – громадяни України, які відповідно до законодавства визнані такими, які потребують соціального захисту та мають право на отримання соціального житла. Що ж стосуються іншої сторони – тієї, яка може надавати соціальне житло – житло всіх форм власності (ст. 1 Закону «Про житловий фонд соціального призначення»), то щодо неї ясності немає.

Дещо чіткіше вимальовується загальна картина завдяки положенням ст. 5 Закону «Про житловий фонд соціального призначення», яка називається «Формування житлового фонду соціального призначення». Ця стаття, зокрема, передбачає.

1. Житловий фонд соціального призначення формується органами місцевого самоврядування шляхом: будівництва нового житла; реконструкції існуючих жилих будинків, а також переобладнання нежилих будинків у жилі;

отримання житла, переданого в дар органам місцевого самоврядування українськими та іноземними юридичними та фізичними особами, міжнародними громадськими організаціями; передачі в комунальну власність житла, вилученого на підставі судових рішень або визнаного в установленому законом порядку безхазяйним або відумерлим; передачі забудовниками місцевим радам частки жилої площі в новозбудованих будинках на підставах, передбачених законодавством; передачі з державної в комунальну власність соціального житла, побудованого за рахунок коштів державного бюджету; використання на договірних засадах приватного житлового фонду; набуття права власності на житло на інших підставах, незаборонених законом.

2. Передача житла з житлового фонду соціального призначення до інших житлових фондів, визначених законом, не допускається.

З тексту та сенсу наведеної статті Закону «Про житловий фонд соціального призначення» випливає кілька концептуально важливих висновків.

По-перше, житло, що належить до нього, може перебувати в комунальній або приватній власності, і відповідно власниками житла з такого фонду можуть бути територіальні громади (Про місцеве самоврядування : Закон України від 21 травня 1997р. // Відомості Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 1997. – № 24. – Ст. 170.) або фізичні й юридичні особи, яким житло належить на праві власності.

По-друге, житловий фонд соціального призначення формується органами місцевого самоврядування;

По-третє, формування вказаного фонду може здійснюватися на двох основних видах засад: 1) придбання (набуття) органами місцевого самоврядування житла в комунальну власність; 2) використання як соціального житла будинків та приміщень, які перебувають у приватній власності, на підставі договору із власником зазначених будинків або приміщень.

Гончаренко В. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

СУДОВА ПРАКТИКА ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ПО СПРАВАМ ЗА СКАРГАМИ НА НОТАРІАЛЬНІ ДІЇ АБО ВІДМОВУ В ЇХ ВЧИНЕННІ

Нотаріуси відповідно до чинного законодавства зобов'язані здійснювати свої професійні обов'язки відповідно до Закону України «Про нотаріат», складеної присяги, сприяти фізичним та юридичним особам у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права й обов'язки, попереджати про наслідки нотаріальних дій, що вчиняються для того, щоб юридична необізнаність не могла їм зашкодити, зберігати в таємниці відомості, одержані ними у зв'язку з вчиненням нотаріальних дій, відмовляти у вчиненні нотаріальної дії у разі її невідповідності законодавству України або чинним міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Підстави для відмови у вчиненні нотаріальних дій встановлюються ст. 49 Закону України «Про нотаріат». Загальні підстави для відмови у вчиненні нотаріальних дій, що їх можна виділити у дві групи. Перша група – це підстави, які взагалі не дають можливості вчинити нотаріальні дії. До другої групи відносять підстави, які не дають можливості вчинити нотаріальну дію в якийсь момент, але після усунення їх вчинення нотаріальної дії стає можливим.

Таким чином, до першої групи підстав відмови належать:

1) вчинення дії, що суперечить закону;

2) подання документів для вчинення нотаріальної дії, які суперечать закону або містять відомості, що порочать честь і гідність громадян;

3) суперечність цілям, указаним у статуті чи положенні правочину, що укладається від імені юридичної особи;

4) якщо вчинення дії взагалі не входить до компетенції нотаріальних органів.

До другої групи підстав відмови відносять:

1) звернення за вчиненням нотаріальної дії не до того нотаріуса чи посадової особи, які мають право вчинити цю нотаріальну дію;

2) звернення за вчиненням нотаріальної дії недієздатної особи;

3) звернення за вчиненням нотаріальної дії представника, який не має необхідних повноважень;

4) звернення за вчиненням нотаріальної дії особи, яка знаходиться в стані афекту, алкогольного чи наркотичного сп'яніння.

Правовою гарантією дотримання нотаріусом чи іншою посадовою особою, яка вчиняє нотаріальні дії, принципу законності є передбачена ст. 50 Закону України «Про нотаріат» можливість оскаржити їх дії або відмову у вчиненні нотаріальної дії до суду. Право на оскарження нотаріальної дії або відмови у її вчиненні, нотаріального акта має особа, прав та інтересів якої стосуються такі дії чи акти.

Проблеми, що виникають при розгляді судами справ за скаргами на нотаріальні дії або відмову в їх вчиненні, потребують певного узагальнення з метою одностайного та узгодженого підходу до вирішення зазначених категорій справ.

Достдар Р. М.

ВСП «Миколаївський інститут права» Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільно-правових дисциплін, кандидат юридичних наук, доцент

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК РЕЧОВОГО ПРАВА В ЄВРОПІ

Одним із основних інститутів цивільного права є інститут речового права, за яким забезпечується задоволення інтересів управомоченої особи шляхом безпосереднього впливу на річ без сприяння інших осіб. Речові відносини завжди були одним із центральних об'єктів дослідження в цивільному праві. Історико-правові дослідження засвідчують, що тільки ті держави, у яких речове право визначає всі інші відносини та перебуває у центрі правової системи, претендують називатися правовими і демократичними.

Конституцією України закріплений головний обов'язок держави – утвердження та забезпечення прав і свобод людини. Повага та забезпечення прав людини є одним із керівних напрямків діяльності і Європейського Союзу відповідно до цілей та принципів цієї організації, закріплених в установчих договорах. Речове право є, напевне, найпоширенішим, адже справу з речами людство має кожного дня, і потребує належного захисту

з боку держави. Серед українських науковців цій проблематиці приділяли увагу Є. Харитонов, С. Погрібний, Л. Заблоцька, О. Дмитренко, Н. Шишкова, О. Усенко, А. Федорова, А. Юдківська та інші.

Відродження речового права в законодавстві України почалося з розробки та прийняття Цивільного кодексу України, книга третя якого має назву «Право власності та інші речові права».

Речове право – це право, яке забезпечує задоволення інтересів уповноваженої особи шляхом впливу на річ без участі інших осіб. Тобто задоволення інтересів власника здійснюється шляхом взаємодії з належними йому речами при забезпеченні відповідної поведінки з боку третіх осіб.

Проаналізував як вітчизняну, так і світову літературу щодо становлення та розвитку речового права, в цьому процесі, необхідно особливу увагу звернути на римське право, яке стало взірцем для запозичення правових конструкцій; Цивільний Кодекс Наполеона та Німецьке цивільне Уложення, як першим кодифікаціям цивільного права, де речове право займає неабияке місце. В результаті дослідження було виявлено, що європейська наука розвивалася на основі рецепійованого римського права. Це пов'язано з тим, що римське право є однією з підвалин сучасної європейської цивілізації, а від того, наскільки великим буде вплив римського права в Україні, значною мірою залежить готовність нашої держави до інтеграції в європейську спільноту.

Римська юриспруденція відзначалася не лише теоретичною ґрунтовністю, а й практичною загостреністю. Тільки на основі розв'язання окремих казусів, конкретних практичних висновків було розроблено загальні правові теорії, науково пояснено багато юридичних явищ, в тому числі і у речовому праві.

Романо-германська правова сім'я сформувалася на базі модернізованого римського і місцевого звичаєвого права та є найбільш розповсюдженою на Європейському континенті. Безспірним фактом є те, що осередком розвитку романо-германського типу правової системи є Континентальна Європа.

На сьогоднішній день право романо-германського типу правової системи знаходиться в стані розвитку. Дедалі ширше використовується судова практика і юридичні прецеденти, які притаманні англо-американському праву. Підґрунтям розвитку системи романо-германського права служили загальна культура і традиції країн континентальної Європи.

До кінця XIX ст. в Німеччині римське право було невичерпним джерелом і класичним зразком для створення норм німецького права. Зокрема, вплив римського права позначився на структурі Німецького цивільного Уложення. Його фундамент становило те німецьке право, в якому асимілювались досягнення римської правової форми.

Найширше використали римське право укладачі класичного кодексу Наполеона 1804 р. Кодекс, як і римське класичне право, містить чіткі,

лаконічні формулювання, написаний простою мовою. Вирішуючи окремі питання права, зокрема, право власності, інші речові права, кодекс прямо повторює римське класичне право.

Вплив римського приватного права також має місце в українському національному законодавстві. У період, коли відбувається трансформація правової системи України у правову систему романо-германського типу, неабияке значення мають дослідження з римського права. Одне із речових прав – право власності – детально розроблене римськими юристами. Основні види речових прав відомі ще з часів римського права і навіть термінологічно з ним пов'язані. Зокрема, сервітут, емфітевзис, суперфіцій термінологічно та нормативно оформилися у римському приватному праві і за своїм основним призначенням та суттю докорінних змін при закріпленні положеннями актів сучасного цивільного законодавства України та країн Європи не зазнали.

Отже, можливо зробити висновок, що, враховуючи рецепцію римського права більшістю економічно розвинутих країн світу, ці детально розроблені римськими юристами інститути з урахуванням деяких змін та доповнень, які обумовлені сучасним високим рівнем розвитку законодавства, що регулює відносини у всіх найбільш важливих сферах суспільного буття, використовуються їх правовими системами і в сучасних умовах.

Потреби цивільного обороту та досвід застосування інституту речового права у інших розвинених країнах світу обумовили законодавче закріплення у Цивільному кодексі України права особи здійснювати певний комплекс юридичних можливостей стосовно свого чи чужого майна, які полягають у безпосередньому пануванні над річчю і використанні у тому чи іншому відношенні її корисних властивостей.

Необхідно вказати на виняткову роль в цьому процесі римського права, яке зберегло величезне значення протягом низки століть, й це пояснюється тим, що римське право було найбільш розробленою формою права. Це обумовило можливість його пристосування до товарно-грошових відносин, що зароджувалися в надрах феодальної Європи, де почався процес створення перших кодифікацій цивільного права.

Черногор Н. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СПАДКОЄМЦІВ ЗА БОРГИ СПАДКОДАВЦЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТОМ УКРАЇНИ

На сьогодні важливою та такою, що одержала неоднакове розуміння є норма ст. 1282 ЦК України – «обов'язок спадкоємців задовольнити вимоги кредитора». Приймаючи спадщину спадкоємець може навіть і не

передбачати, що саме входить до складу спадщини. Після відкриття спадщини у спадкоємців за законом або за заповітом виникає право на спадкування, це право є суб'єктивним цивільним правом, зміст якого полягає у можливості спадкоємцями прийняти спадщину або відмовитися від неї (Толстой Ю. К. Наследственное право / Ю. К. Толстой. – М. : Проспект, 2000. – С.69) в межах встановлених строків для прийняття спадщини (ст. 1270 ЦК України).

Згідно із законодавством вимоги кредитора до спадкоємців підлягають задоволенню раніше, ніж видається свідоцтво про право на спадщину, про що додатково свідчить положення п. 2 ч. 1 ст. 64 Закону України «Про нотаріат». Задоволення претензій кредитора здійснюється ще до прийняття спадщини одним чи всіма спадкоємцями або до видачі територіальній громаді свідоцтва про право на спадщину (Про нотаріат: Закон України від 02 вересня 1993 р. № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.).

Існує думка, що особа яка має право спадкування з часу відкриття спадщини, не може ще вважатися суб'єктом тих відносин, у яких перебував спадкодавець (Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула : Автограф, 2001. – С. 511). Акт прийняття спадщини вважається актом виключного значення, оскільки саме в момент її прийняття наступає спадкове правонаступництво (Васильченко В. В. Юридичні факти в динаміці спадкового правонаступництва / В. В. Васильченко // Вісник Запорізького державного університету. – 2003. – № 1. – С. 78).

У ч. 5 ст. 1268 ЦК України зазначено, що незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини. Зазначене положення спрямоване на усунення невизначеності в суб'єкті права власності на спадкове майно у період часу від моменту відкриття спадщини до її фактичного прийняття (Васильченко В. В. Коментар Книги шостої Цивільного кодексу України «Спадкове право» / В. В. Васильченко // Довідник нотаріуса. – 2006. – № 2. – С. 23.). А також зазначене положення має важливе значення для охорони законних прав спадкоємців, оскільки у разі прийняття ними спадщини, вони набувають право не лише на майно, що виявилося в наявності на момент прийняття спадщини, а й на майно, що було в наявності на момент її відкриття (Кухарєв О. Є. Спадкове право України : навч. – практ. посіб. / О. Є. Кухарєв. – К. : Прав. єдність, 2011. – С. 97.).

Згідно ст. 1281 ЦК України, строк для пред'явлення претензії в тому разі, коли кредитор не знав і не міг знати про відкриття спадщини (до одного року), перекриває строк для прийняття спадщини (шість місяців). Зазначене свідчить, що спадкоємці будуть відповідати за борги спадкодавця протягом шести місяців після прийняття спадщини, тобто успадковуватимуть разом із правами спадкодавця також його обов'язки у неви-

значеному розмірі, але за загальним правилом, їх розмір має знаходитись у межах отриманої спадщини. Доцільним є покладання обов'язку щодо обов'язкового відкриття спадщини та зобов'язання спадкоємців не здійснювати цивільних правочинів щодо відчуження майна спадкодавця протягом строку можливого звернення кредиторів.

З метою забезпечення інтересів кредиторів та запобігання випадків ухилення спадкоємців від виконання цивільно-правових обов'язків, закон зобов'язує спадкоємців повідомити кредитора-спадкодавця про відкриття спадщини, якщо звичайно, вони знали про боргові обтяження спадкодавця (ч.1 ст. 1281 ЦК України). Також аналогічний обов'язок покладений і на виконавця заповіту (ч.1 ст. 1290 ЦК України). Приховання факту смерті спадкодавця від кредитора може привести до відкладення строків пред'явлення вимог до спадкоємців, а також до пред'явлення додаткових вимог кредитора щодо відшкодування йому витрат, пов'язаних із тривалим невиконанням боргових зобов'язань. Деякі вчені зазначають, що приховання факту смерті спадкодавця від кредитора, може бути підставою для продовження строку для пред'явлення кредиторами вимог спадкоємців на строк навіть до трьох років (Спадкове право. Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук. – практ. посіб. / [С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко, С. Я. Рябовська, О. О. Карма та ін.] ; за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – С.473).

Час погашення боргів чітко не визначено. З абзацу 2 ч. 2 ст.1282 ЦК України можна припустити, що задоволення вимог кредитора має здійснюватися після отримання спадкоємцями спадщини в натурі. Свої вимоги кредитор може пред'явити до спадкоємців після прийняття спадщини. У день смерті спадкодавця відбувається тільки відкриття спадщини і протягом встановлених строків для прийняття спадщини спадкоємці можуть подавати заяви про прийняття спадщини. Після спливу строків для прийняття спадщини вони вступають в права спадкування, і тільки після цього у них виникає зобов'язання платити за боргами спадкодавця. З моменту смерті боржника-спадкодавця до моменту вступу спадкоємця в права спадщини, спадкоємці фактично не мають зобов'язань по боргам спадкодавця. Умовою відповідальності спадкоємця по боргам спадкодавця є факт прийняття спадщини. Закликання до спадкування в силу смерті спадкодавця та родинних зв'язків з ним не є підставою для пред'явлення вимоги кредитором спадкодавця до спадкоємців. Спадкоємці не зобов'язані погашати заборгованість спадкодавця з перших днів після його смерті, а мають право з моменту прийняття спадщини, тобто через шість місяців. Межі відповідальності спадкоємця по боргам спадкодавця визначаються на момент відкриття спадщини, а не на момент прийняття спадщини або звернення кредитора.

Давидова І.В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

«ПРАВОЧИН» В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ

Значення правочинів важко переоцінити, адже кожен з нас стикається з даною категорією. Всі учасники цивільного обігу здійснюють «життя в праві» головним чином шляхом здійснення різних правочинів. Зокрема, фізичні особи щодня користуються послугами підприємств побутового обслуговування, роздрібної торгівлі, транспорту, зв'язку тощо. Різні організації вступають у цивільні відносини, пов'язані з постачанням товарів, будівництвом, перевезенням вантажів та ін. Фізичні та юридичні особи здійснюють при цьому правомірні дії, в результаті яких виникають, змінюються і припиняються цивільні права і юридичні обов'язки.

Відповідно до діючого цивільного законодавства України (зокрема, ч. 1 ст. 202 ЦК України) правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – Офіц. вид. – 2003. – № № 40-44. – Ст. 356.).

Зазначимо, що термін «правочин» не є новим для нашого законодавства. Цивільний кодекс УРСР 1922 р. містив розділ IV, який мав назву «Правочини», а ст. 26 даного кодексу передбачала, що «правочини, тобто дії, направлені на встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин, можуть бути односторонніми і взаємними (договори)» (Гражданский кодекс УРСР 1922 р. – [Електронний ресурс] : Режим доступу : http://civil-law.narod.ru/wist/gk22/). Також слід звернути увагу на те, що термін «правочин» є більш вдалим ніж термін «угода», який використовувався у ЦК УРСР 1963 р., оскільки він охоплює і дії однієї особи, які не залежать від згоди або досягнення домовленості з іншими особами.

Оскільки термін «правочин» відсутній у сучасних тлумачних словниках української мови, його мовне значення слід виводити зі складових – «право» і «чинити». Термін «право» в словнику української мови тлумачиться, як 1) законодавство; юриспруденція; 2) система встановлених або санкціонованих державою загальнообов'язкових правил (норм) поведінки; 3) обумовлена певними обставинами підстава, здатність, можливість робити, чинити що-небудь, користуватися чим-небудь; 4) наука, що займається юриспруденцією; правознавство (Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. / [уклад. В. Яременко, О. Сліпушко]. – К. : Аконіт. – Т. 3. – 1999. – С. 659-660). «Чинити» означає: 1) робити що-небудь, здійснювати щось; 2) поводитися певним чином, поступати згідно з якими-небудь принципами, правилами, настановами і т.п.; 3) спричинити щось своєю поведінкою; 4) бути джерелом чого-небудь, породжувати щось. (Новий

тлумачний словник української мови : у 4 т. / [уклад. В. Яременко, О. Сліпушко]. – К. : Аконіт. – Т. 4. – 1999. – С. 823)

Виходячи із наведених значень складових слова «правочин» робимо висновок, що термін «правочин» можна тлумачити, як джерело, чинник, що створює можливості робити щось, користуватися чим-небудь, поводитися певним чином. При цьому зазначений чинник діє незалежно від того, чи мали місце дії однієї, чи кількох осіб. Таким чином, термін «правочин» є ширшим поняття «угода», яка означає «домовленість» двох або більше осіб. Отже, термін «правочин» заслуговує на позитивну оцінку, оскільки у юристів є можливість застосовувати його до правомірних дій однієї особи та погоджених дій кількох осіб.

Проаналізувавши як теоретичні положення щодо правочинів, так і законодавчі норма, можна сказати, що характерними ознаками правочинів, які дають можливість розмежовувати їх з іншими юридичними фактами, є:

– правочин завжди є вольовим актом, чим він відрізняються від юридичних фактів, подій, настання чи ненастання яких не залежить від волі осіб;

– правочином є не будь-яка дія, а лише та, яка спеціально спрямована на досягнення певного правового результату (набуття, зміну або припинення цивільних відносин), що зумовлено волею сторони (сторін) правочину;

– правочином є дія суб'єктів цивільного (приватного) права, які завжди є юридично рівними, отже, можливість вчинення ними правочинів – це елемент змісту їх цивільної дієздатності;

– правочин завжди є правомірною дією, чим він відрізняється від правопорушень. Правомірність правочину означає, що ним визначаються властивості юридичного факту, який породжує ті правові наслідки, настання яких бажають його суб'єкти.

Крім зазначених ознак є ще одне застереження, а саме: правочин має відповідати нормам моралі, бути «моральним». Вимога «моральності» правочину означає його відповідність сприйнятим суспільством ідеалам добра і зла, справедливості тощо. Необхідно зазначити, що правомірність і моральність правочину є комплексними поняттями і його ознаками.

Зазначені ознаки є загальними для усіх правочинів. Між тим притаманність їм наведених загальних ознак не є перешкодою для поділу (класифікації) правочинів на окремі види, з урахуванням тієї обставини, що вони можуть мати видові особливості.

Таким чином, аналіз правочинів дає можливість виділити загальні ознаки (які виділяють їх від інших юридичних фактів) та видові (які дають можливість поділяти їх за категоріями).

Паліюк В. П.
ВСП «Миколаївський інститут права» Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільно-правових дисциплін, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, суддя апеляційного суду у відставці

ТАЄМНИЦЯ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ ПРИ ЗВЕРНЕННІ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Європейський суд з прав людини (далі – Євросуд), відповідно до ст. 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, яка вважає себе потерпілими від допущеного однією з Високих Договірних Сторін порушення прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї. Високі Договірні Сторони зобов'язуються не перешкоджати жодним чином ефективному здійсненню цього права.

Між тим, як свідчить практика Євросуду, зазначену вимогу – Високі Договірні Сторони зобов'язуються не перешкоджати жодним чином ефективному здійсненню цього права – не завжди дотримуються. В зв'язку з чим, порушуються права, які пов'язані з таємницею кореспонденції при зверненні до Євросуду.

Наприклад, М. А. Глінов, громадянин Казахстану, звернувся до Євросуду щодо незаконного перебування у відділі міліції м. Харкова. Однак, 16 травня 2006 р. Євросуд вирішив вилучити заяву з реєстру справ відповідно до ст. 37 Конвенції у зв'язку з тим, що заявник не відповів на численні запити Євросуду про надання документів на підтвердження скарг. До того, 26 травня 2006 р. до Євросуду надійшов лист від 15 травня 2006 р., в якому заявник відмовився від розгляду своєї заяви Євросудом, стверджуючи, що адміністрація слідчого ізолятора (далі – СІЗО) не відправила до Євросуду один з його листів і що на нього повсюдно чиниться тиск. Між тим, 25 вересня 2006 р., з врахуванням викладених обставин, Євросуд вирішив поновити заяву в реєстрі справ відповідно до п. 2 ст. 37 Конвенції та направити Уряду скарги заявника на стверджуване втручання органів державної влади у його право на повагу до кореспонденції, зокрема, права на переписку із Євросудом (ст. 8 Конвенції).

Зважаючи на те, що на багатьох листах заявника, відправлених до Євросуду, проставлено штамп СІЗО і вони надходили разом із супровідними листами адміністрації СІЗО, яка стисло повідомляла про зміст відповідного листа заявника, Євросуд визнав за доцільне порушити з власної ініціативи питання про дотримання Україною вимог ст. 8 Конвенції у зв'язку з переглядом кореспонденції заявника, адресованої Євросуду.

В контексті цих вимог, Євросуд зауважив, що: «правові норми стосовно контролю за кореспонденцією ув'язнених, якою вони обмінюються із зовнішнім світом, зокрема із Євросудом, було змінено 1 грудня 2005 р.

(21 грудня 2005 р. ці зміни набрали чинності), але кореспонденція заявника, адресована Євросуду, переглядалася адміністрацією СІЗО як до, так і після зазначеної дати» (п. 55 рішення Євросуду по справі «*Глінов проти України*» (2009). Тому Євросуд визнав, що наша держава порушила ст. 8 Конвенції.

Що стосується вимог ст. 34 Конвенції, то Євросуд в своїй практиці неодноразово зазначав, що: «надзвичайно важливою умовою ефективного функціонування механізму подання індивідуальних заяв, передбаченого ст. 34 Конвенції, є забезпечення заявникам можливості вільно спілкуватися з конвенційними органами, не зазнаючи тиску в будь-якій формі з боку органів влади, спрямованого на те, щоб змусити їх відкликати або змінити свої скарги. Словосполучення «тиск у будь-якій формі» слід розуміти як таке, що означає не лише акти прямого примусу та відвертого залякування заявників чи їхніх представників, а й інші неправомірні опосередковані дії або контакти, метою яких є позбавлення їх наміру чи бажання звертатися зі скаргами до конвенційних органів (п. 160 рішення Євросуду по справі «*Курт проти Туреччини*» (1998).

Євросуд, з врахуванням напрацьованої практики, традиційно з'ясовує умови дотримання державою своїх зобов'язань за ст. 34 Конвенції. З цією метою він досліджує обставини справи та аргументи сторін у контексті таких трьох питань: 1) чи існують факти не відправлення адміністрацією СІЗО кореспонденції заявника до Євросуду; 2) чи існують факти невручення кореспонденції Євросуду заявникові; 3) чи чинили органи влади будь-який тиск на заявника, щоб позбавити його бажання надалі підтримувати свою заяву в Євросуді.

Щодо обставин викладеної вище справи, то Євросуд зазначив наступне.

1.Скарга на не відправлення адміністрацією СІЗО кореспонденції заявника до Євросуду. З цього приводу, Євросуд зазначив, що заявник не уточнив змісту цього листа і не надав жодної конкретної інформації стосовно обставин або причин не відправлення адміністрацією СІЗО цього листа чи її відмови відправити його. Водночас, Уряд надав документальні підтвердження того факту, що лист заявника, позначений згаданою вище датою, адміністрація СІЗО передала поштовому відділенню для відправлення до Євросуду.

2.Скарга про невручення адміністрацією СІЗО кореспонденції, адресованої Євросудом заявникові. Євросуд зазначив, що ця скарга заявника обмежується, по суті, критикою існуючого порядку вручення вхідної кореспонденції ув'язненим, від яких на практиці не вимагається підтверджувати її одержання своїм підписом.

3.Скарга про тиск на заявника з боку органів влади з метою позбавлення його бажання підтримувати свою заяву в Євросуді. По цьому питанню Євросуд вважав, що заявник не навів жодного конкретного при-

кладу чинення на нього тиску з боку органів влади, і відхиляє його скарги як цілком безпідставні.

Таким чином, беручи до уваги зазначені вище обставини і висновки, Євросуд визнав, що: «скаргу про перешкоджання здійсненню заявником свого права на індивідуальну заяву, гарантованого ст. 34 Конвенції, не підтверджено і що немає потреби в подальшому її розгляді» (п. 75 рішення Євросуду по справі «*Глінов проти України*» (2009).

Єсіпова Л. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ПРОЦЕНТІВ ЗА КОРИСТУВАННЯ ЧУЖИМИ ГРОШИМА

Цивільний кодекс України, на відміну від раніше діючого законодавства, зокрема ст. 170 ЦК 1963р., передбачає сплачування процентів за користування чужими грошима у розмірі, що встановлюється договором або актом цивільного законодавства. До набрання чинності даним нормативно-правовим актом отримувати прибуток (у вигляді процентів) за грошовими операціями могли тільки банки, кредитні спілки та інші фінансові установи при наявності відповідної ліцензії Національного банку України.

Установлення законодавцем процентів за користування чужими грошовими коштами викликало наукову полеміку – що це: плата, відшкодування збитків, особлива міра відповідальності або неустойка? Як показує огляд літератури за цим питанням, всі автори одностайно визнають проценти як плату при правомірному користуванні грошовими коштами. Полеміка щодо правової природи процентів розпочинається тоді, коли проценти застосуються як правові наслідки порушення грошових зобов'язань.

З огляду на це, редакція ст. 536 ЦК представляє інтерес с точки зору **правової природи** процентів, які розглядає як борг, а не відповідальність. Та обставина, що проценти за цією статтею є боргом, виражається, зокрема, в відсутності зв'язку між можливістю їх стягнення та наявністю підстав юридичної відповідальності, а також в неприпустимості їх зменшення за вимогою боржника.

Поряд з тим, ст. 625 ЦК передбачає проценти у якості санкції за порушення боржником грошового зобов'язання (за прострочення боржника) і встановлює їх у розмірі трьох процентів річних, якщо договором або актом цивільного законодавства не встановлений інший процент.

На практиці питання віднесення процентів до боргу чи до особливого виду майнової, цивільно-правової відповідальності набуває великого значення, адже несплата (прострочення сплати) боргу тягне за собою

можливість стягнення з боржника неустойки (штрафу, пені) за порушення зобов'язання, тоді як штрафні санкції (у їх широкому розумінні) за несплату (прострочення сплати) майнових санкцій не застосовуються.

Крім того стають незрозумілими правила ст. 534 ЦК: до якої черги погашення вимог кредитора відносяться проценти – до другої чи третьої? Як розуміються проценти у підпункті другому пункту першого згаданої статті: як майнова санкція чи як борг?

Уявляється, що проценти за ст. 536 Кодексу застосовуються все ж таки у розумінні боргу. Тому у договорі, на підставі якого виникає грошове зобов'язання, необхідно встановлювати розмір процентів за користування грошима, бо, якщо такий процент не буде вказаний актом цивільного законодавства, то на підставі пункту першого ст. 536 ЦК розмір процентів за користування грошима можна вважати необхідною умовою договору За несплату цього проценту кредитор вправі стягнути з боржника неустойку як за порушення зобов'язання.

Однак, у договорі сторони вправі вказати розмір процента як майнової санкції за прострочення виконання грошового зобов'язання. При чому такий процент буде вважатися неустойкою (штрафом або пенею), оскільки як окремий несприятливий наслідок порушення зобов'язання проценти ст. 611 ЦК не передбачені (передбачена тільки неустойка), а дефініція неустойки, закріплена у § 2 глави 49 Кодексу, як раз дає нам змогу віднести до неї проценти (правильніше їх буде називати у такому разі «відсотки», хоча переклад цих термінів на російську мову буде ідентичним) як грошову суму, що сплачується боржником кредиторові у разі порушення зобов'язання. Виходячи з цього, вважаємо, що особливістю процентів, що встановлені законом або договором як плата, є те, що вони встановлюються на випадок правомірного користування грошовими коштами, їх сплата є обов'язком у звичайному відношенні. Якщо обов'язок сплати процентів установлений у санкції правової норми або у договорі як наслідок порушення зобов'язання, то обов'язок сплати таких процентів буде відповідальністю.

Відповідно до ст. 625 ЦК проценти як санкція будуть нараховуватись на всю прострочену суму боргу, тобто й включаючи суму, що склалася як проценти за користування грошима. У разі не закріплення розміру процентів як майнової санкції у договорі, боржник на вимогу кредитора повинен сплатити йому три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір не передбачений іншим актом цивільного законодавства. Проценти на неустойку відповідно до ст. 550 ЦК не нараховуються.

Що ж до ст. 534 цього Кодексу, то проценти необхідно включати до другої черги погашення вимог кредитора, не залежно від того, чи є ці проценти боргом, а чи є вони цивільно-правовою санкцією.

Проценти за користування чужими коштами передбачаються законодавцем як у договірних зобов'язаннях, так і у позадоговірних. Вони наступні відмінності:

• При користуванні чужими грошовими коштами у договірних зобов'язаннях боржник має підставу одержання грошей – це договір позики або елемент договору позики у змішаному договорі (ст. 628 ЦК). При користуванні чужими грошовими коштами у позадоговірних зобов'язаннях боржник не має підставу одержання грошей, але підстава, на якій вони були отримані, згодом відпала (гроші отримані внаслідок помилки, випадку, дій інших осіб, власних дій по набуттю майна, договір згодом був визнаний недійсним тощо).

• При користуванні чужими грошовими коштами у договірних зобов'язаннях боржник, як правило, винний у порушенні умов договору. Але у зв'язку зі значною шкодою прострочення грошових зобов'язань, законом передбачено, що боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання, тобто його вина заздалегідь передбачається, але боржнику не надається права довести свою невинуватість. При користуванні чужими грошовими коштами у позадоговірних зобов'язаннях вина набувача не має значення, тобто передбачається, що він є невинним у тому, що ці грошові кошти у нього є.

• Проценти за користування чужими грошовими коштами у договірних зобов'язаннях стягуються з дня виникнення права вимоги кредитора до дня припинення зобов'язання виконанням. Проценти річних за користування чужими грошовими коштами у позадоговірних зобов'язаннях стягуються з часу, коли ця особа дізналася або могла дізнатися про володіння цими грошовими коштами без достатньої правової підстави.

З огляду на це, можна зробити наступне застереження. Стягнення майна, яке набуте, збережене без достатньої правової підстави, є правовими наслідками порушення зобов'язання, але не є мірою відповідальності, тому що такі наслідки не пов'язані з додатковими майновими обтяженнями, стягується тільки те, що безпідставно набуте, збережено. Але проценти за користування цими безпідставно одержаними чи збереженими грошовими коштами є мірою цивільно-правової відповідальності, тому що вони є додатковими майновими безеквівалентними обтяженнями боржника, який дізнався або міг би дізнатися про володіння цими грішми без достатньої правової підстави.

Колянковська Т. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ПРОПОЗИЦІЯ ПРО УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ

За змістом ст. 641 ЦК України офертою визнається пропозиція укласти договір, яка адресована одній чи кільком особам, містить вказівку на істотні умови договору і виражає намір особи, яка зробила пропозицію, вважати себе зв'язаною договором у разі її прийняття.

Рисами оферти виступають ряд ознак, які індивідуалізують таку пропозицію і в сукупності тягнуть за собою встановлені законом правові наслідки для оферента та акцептанта.

Перша ознака стосується визначеності оферти. Недостатньо визначена оферта може викликати різне розуміння її змісту самим оферентом, та особою до якої було спрямовано пропозицію. Така невизначеність повинна бути витлумачена на користь акцептанта (того, хто отримав та прийняв оферту) виходячи із загального принципу, в силу якого в першу чергу враховуються інтереси сторони, яка сприйняла виявлення волі, що потребує тлумачення. (Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 3-е. стереотипное. – М.: «Статут», 2001. – С. 196.)

З наведеної ознаки щодо визначеності оферти випливає адресність оферти, з якої має бути ясно, до кого саме вона звернена. Адресність в літературі нерідко розглядається адресування (спрямованість) оферти конкретно одній чи кільком особам (конкретним особам) і ніколи не може бути «кинута в толпу» (рос.). Прихильники цього підходу, Р. О. Халфіна, Ф. І. Гавзе, вважали, що «пропозиція не може розглядатися як оферта, оскільки тут ще не встановлено один із істотних елементів договору – його сторона». (Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1952. – С. 207.)

Новицький І.Б., Лунц Л. А. вважали, що офертою можна визнавати й пропозицію, яка адресована невизначеному колу осіб, якщо з неї випливає намір оферента укласти договір «з будь-ким і кожним». (Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. – М.: Госюриздат, 1954. – С. 151 – 152)

Однак, ЦК України містить загальну презумпцію того, що реклама та інші пропозиції, які адресовані невизначеному колу осіб, визнаються лише запрошеннями до оферти, але не офертою.

Відповідно до ч. 2 ст. 641 ЦК пропозиція, розрахована на невизначене коло осіб (наприклад, реклама), визнається запрошенням до оферти, якщо інше не зазначено в цій пропозиції.

Друга ознака оферти відноситься до її змісту. Оферта має містити вказівку на істотні умови майбутнього договору. Зазначена вимога має подвійний зміст, оскільки обов'язково мають бути визначені умови, визнані істотними в силу закону, а зазначений в оферті набір умов визнається для акцептанта максимальним. Відповідно, після того як адресат прийме пропозицію, не запропонувавши зі свого боку жодних змін або доповнень до оферти, оферент не зможе змінювати набір умов, які містяться в оферті. (Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 3-е. стереотипное. – М.: «Статут», 2001. – С. 197.)

Третя вимога щодо оферти стосується її направленості. Оферта повинна виражати намір особи, яка її зробила (оферента), вважати себе

зобов'язаною у разі її прийняття. Це означає, що зі змісту оферти акептант повинен зробити висновок про те, що для укладення договору достатньо вираження ним волі, яка співпадає з офертою.

Зазначені ознаки оферти дають можливість відмежувати її від звичайних переговорів, які вчиняються усно або письмово і переслідують мету уточнити наміри контрагента або викликати на те, щоб він виступив із зустрічною пропозицією. (Див.: Бервено С. М. Проблеми договірного права України //Дис….доктора юрид.наук. – Київ, 2006. – С.207-209)

Пропозицію укласти договір можна змінити або взагалі відкликати (скасувати), але не пізніше, як до моменту або в момент її отримання адресатом. У цьому разі, раніше зроблена оферта втрачає свою значимість і не зв'язує оферента. Оферта, яку одержав адресат, не може бути відкликана протягом строку для її акцепту, якщо інше не передбачено в самій оферті або не випливає із суті пропозиції чи з обстановки, в якій вона зроблена.

Оферта може бути зроблена із зазначенням або без зазначення строку для відповіді. Якщо пропозицію укласти договір зроблено із зазначенням строку для відповіді, то договір вважається укладеним за умови, що особа, яка зробила пропозицію, одержала від другої сторони відповідь про прийняття пропозиції протягом цього строку (ст. 643 ЦК України).

У пропозиції укласти договір, яка адресується другій стороні, строк для відповіді може не зазначатись. У цьому разі укладення договору залежить від того, в якій формі зроблено пропозицію – усній чи письмовій. Коли оферта зроблена усно, без зазначення строку для відповіді, договір вважається укладеним, якщо друга сторона негайно заявила оферентові про прийняття нею пропозиції. Якщо ж таку пропозицію зроблено в письмовій формі, договір вважається укладеним, коли відповідь про прийняття пропозиції отримано протягом нормально-необхідного для цього часу.

Відповідно до ст. 646 ЦК України відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах визнається відмовою від пропозиції і водночас є новою пропозицією. Сторони в цьому разі міняються місцями: акцептант стає оферентом, а оферент – акцептантом, бо на нову пропозицію потрібна згода колишнього оферента.

Кривенко Ю. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ

Під правовим статусом у науці прийнято розуміти юридично закріплене положення особи в суспільстві. Аналіз правового статусу особи дозволяє отримати уявлення про значення і роль, яку особа відіграє у суспільстві, про ті можливості, якими вона може реально скористатися для реалізації своїх інтересів. Крім того, категорія правового статусу відо-

бражає характер взаємин між особою та іншими індивідами, між особою і державою. Правовий статус є юридичним виразом соціального (фактичного) статусу особи .

Загальновизнаною є класифікація правового статусу на три види:

– загальний для всіх правовий статус громадянина;

– спеціальний (родовий) статус певних груп громадян (пенсіонерів, військовослужбовців, студентів тощо);

– індивідуальний (приватний) статус конкретних осіб. (Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, Изд-во Саратовского Ун та, 1987, С.53.)

Правовий статус дитини є одним з різновидів спеціального (родового) статусу. Об'єднуючи в собі набір специфічних ознак, він характеризує правове становище – неповнолітніх (дітей).Для опису спеціального правового статусу деякі вчені використовують категорію «правовий модус».

У науці висловлена точка зору, згідно з якою специфіка спеціального правового статусу виражається, крім іншого, в тому, що він включає в себе особливий елемент – «спеціальну правоздатність». На наш погляд, дане твердження не повною мірою відповідає дійсності.

Поняття дитини сформульовано в ст.1 Конвенції ООН про права дитини: «Для цілей цієї Конвенції дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше»(Конвенция о правах ребёнка 1989г (принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 44/25 от 20 ноября 1989г.)// Справочная правовая система ГАРАНТ). Законодавство також дає поняття дитини – у ст. 6 Сімейного кодексу: «дитиною визнається особа, яка не досягла віку вісімнадцяти років (повноліття)» та «неповнолітньою є особа у віці від 14 до 18 років (повноліття)». (Сімейний кодекс України: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 21-22, ст.135)

Що стосується терміну «діти», то він вживається у двох значеннях:1) для позначення неповнолітніх; при цьому термін «діти» вживається або самостійно, або в поєднанні зі словом «неповнолітні» («у разі, якщо відсутня домовленість між подружжям з питань, проживання дітей, а також у разі, якщо встановлено, що даний правочин порушує інтереси дітей чи одного з подружжя, суд зобов'язаний: визначити, з ким з батьків будуть проживати неповнолітні діти після розлучення .. » . 2) для позначення повнолітніх; при цьому використовується словосполучення «повнолітні діти» («Працездатні повнолітні син і дочка зобов'язані утримувати своїх непрацездатних потребують допомоги батьків і піклуватися про них»). (Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. – М.: Городец, 2006. – 192 стр.;Сімейний кодекс України: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, N 21-22, ст.135)

Очевидно, що в першому варіанті термін «діти» тотожний термінам «дитина» і «неповнолітній». Відповідно, ми будемо вживати всі три термі-

ни в одному і тому ж значенні. Викладене дозволяє сформулювати ознаку, яка властива спеціальному правовому статусу дитини – наявність вікових меж (до 18 років).

Поряд з цим, специфіка правового статусу дітей (неповнолітніх) по відношенню до правового статусу повнолітніх обумовлена декількома взаємопов'язаними обставинами:

– неповнолітня особа є або передбачається соціально незрілою особистістю; – – неповнолітня особа не розуміє значення своїх дій ;

– неповнолітня особа не може керувати своїми вчинками .(Попов С. Н. Правовая эмоциональность. Введение в юриспруденцию. – АГАУ, 2004)

Преамбула до Конвенції ООН про права дитини передбачає,що «.. дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціального захисту і піклування, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження».(Конвенция о правах ребёнка 1989г (принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 44/25 от 20 ноября 1989г.)// Справочная правовая система ГАРАНТ).) Таким чином, друга ознака правового статусу дитини означає: діти є (або передбачаються) фізично і розумово незрілими суб'єктами. Зазначені ознаки спеціального правового статусу дитини мають подвійну природу. З одного боку, відображаючи фактичний стан справ у суспільстві, показуючи соціальну роль і місце дітей в соціумі, вони мають соціальний характер. З іншого боку, закріплені у праві, вони мають характер юридичний.

Третя ознака правового статусу дитини випливає з перших двох. Однак, на відміну від них, вона має суто юридичну характер. Враховуючи викладені вище міркування і маючи на увазі загальноправові принципи гуманності, справедливості та розумності, доречно зробити висновок про те, що законодавцю слід створювати певний пільговий правовий режим щодо неповнолітніх. На наш погляд, пільговий правовий режим щодо неповнолітніх повинен характеризуватися такими основними рисами:

1. На неповнолітніх не можна покладати занадто багато юридичних обов'язків, однак вони повинні бути забезпечені комплексом суб'єктивних прав.

2. Притягнення неповнолітніх до юридичної відповідальності повинно мати особливу, «пом'якшену» процедуру.

3. У великій кількості правовідносин діти не можуть виступати в якості безпосередніх їх учасників; їх інтереси в цих випадках забезпечуються їх законними представниками.

Отже, перерахувавши основні ознаки, які визначають спеціальний правовий статус дитини в Україні, сформулюємо його визначення:дитина – людська істота, яка не досягла 18-річного віку, що є (або передбачається) фізично і розумово незрілим суб'єктом правовідносин, для якого створюється пільговий режим правового регулювання.

Некіт К. Г.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ЩОДО ВІДМІННОСТЕЙ ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОМУ ПРАВІ

Закріплення українським законодавством можливості виникнення з договору управління майном права довірчої власності (ч. 2 ст. 1029 ЦК України) надає актуальності аналізу цього поняття та співвідношенню української моделі довірчої власності з англо-американським трастом, який досить часто розглядається як прообраз інститутів довірчого управління та довірчої власності у країнах пострадянського простору. Для виявлення особливостей довірчої власності за українським цивільним законодавством спробуємо порівняти правове регулювання відносин довірчої власності в Україна та відносин трасту.

Наведена задача, проте, ускладнюється тим фактом, що, закріпивши можливість передачі майна в довірчу власність, український законодавець не розкрив сутності цього правового явища. Спочатку цивільним законодавством України було закріплено поняття права довірчої власності на іпотечні активи. У ч. 1 ст. 26 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 року довірча власність визначалась як особлива форма договірних майнових відносин, яка регулює розпорядження платежами за іпотечними активами, переданими установником у володіння, користування і розпорядження управителю. Проте згодом дане положення було відмінене Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15 грудня 2005 року.

Таким чином, легальне визначення довірчої власності в українському законодавстві на сьогодні відсутнє. У доктрині право довірчої власності визначається як належне довірчому власнику право власності на визначене майно, обтяжене обов'язком його здійснення з метою і з обмеженнями, встановленими договором управління майном чи законом (Майданик Р. А. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття) // Українське комерційне право. – 2004. – № 5. – с. 57).

Так само і поняття трасту в британському законодавстві легально не закріплено. Аналіз доктринальних підходів до визначення трасту дозволяє дійти висновку, що сутність довірчої власності (трасту) в англо-американському праві зводиться до передачі засновником трасту, який є власником майна (settlor), свого майна іншій особі – довірчому власнику (trustee) для управління на користь вказаної засновником особи або осіб – бенефіціара (beneficiary), або для досягнення визначеної засновни-

ком трасту спеціальної мети. Таким чином, відносини трасту включають три суб'єкти: засновника, трасті і бенефіціарія. Проте учасниками трасту можуть бути і дві особи у тому випадку, коли засновник призначає бенефіціарієм самого себе (Ієвіня О. А. Траст (довірча власність) в англо-американському праві // Нотаріат для вас. – 2008. – № 12. – с. 14).

При аналізі правового регулювання трасту в англійському праві особливу увагу необхідно звернути на його специфіку, що відрізняє даний інститут від довірчої власності в країнах романо-германської правової сім'ї, до яких відноситься і Україна. В англійському праві історично склалося так, що при встановленні трасту виникають фігури двох власників – довірчого власника, який розглядається як «власник за загальним правом» і бенефіціара, що є «власником за правом справедливості». При цьому частина правоможностей, а саме правоможності розпорядження та управління виокремленим майном, належить одній особі (довірчому власнику), а інша частина правоможностей – отримання вигод від експлуатації майна – іншій особі або особам (бенефіціарам). Юридично ця конструкція опосередкується тим, що титул за загальним правом (legal title) щодо майна переходить до довірчого власника, і весь тягар власності покладається на нього, а титул за правом справедливості (equitable title) передається бенефіціару.

Специфіка трасту обумовлена історією розвитку англійського права. Наслідком поділення англійського права на загальне право і право справедливості є можливість існування «розщепленої» власності. Якщо в континентальній правовій системі право власності розглядається як абсолютне і неподільне, що поєднує в собі «тріаду» правоможностей (володіння, користування і розпорядження), то в англійському праві принцип неподільності правоможностей, що входять до складу права власності, відсутній (Жданов А. А. Возникновение и эволюция доверительной собственности в Общем праве // История права и государства. – 2001. – № 7. – с. 34-36).

Наслідком неможливості «розділення» власності в континентальному праві є неможливість «імплантації» у нього трасту в тому стані, у якому він існує в англо-американському праві. Тому в країнах романо-германської правової сім'ї , у тому числі і в Україні, інститут довірчої власності набуває специфічних рис. У вказаних країнах у таких випадках звертаються до інституту довірчої власності в іншому, «континентальному» її розумінні, коли «розщеплення» власності не відбувається, і у відносинах довірчої власності фігурує лише один юридичний власник – довірчий, який використовує передане йому майно з певною метою, після досягнення якої право власності на це майно переходить до первинного (фактичного) власника – засновника.

Отже, українська модель довірчої власності тим і відрізняється від класичного англо-американського інституту траста, що в цьому випадку не виникає «розщепленої власності». При передачі майна довірчому власнику в останнього виникає і особливе право на нього – право довірчої

власності. При цьому довірчий власник є єдиним суб'єктом речового права на передане майно, установнику довірчої власності і вигодонабувачеві належать лише зобов'язальні права. Інтереси установника забезпечуються за допомогою обтяження майна, переданого в довірчу власність, низкою обмежень і цільовим призначенням (Майданик Р. А. Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 8 (46). – с. 18). У такому варіанті довірча власність цілком відповідає принципам континентальної правової системи, і може ефективно існувати в українському законодавстві, про що свідчить досвід зарубіжних країн континентального права (ФРН, Франція).

Орзіх Ю. Г.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «НОТАРІАЛЬНА ДІЯ» В КОНТЕКСТІ НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ДЕРЖАВНУ РЕЄСТРАЦІЮ РЕЧОВИХ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО ТА ЇХ ОБТЯЖЕНЬ

З 01.01.2013 року набула чинності принципово нова система державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень у зв'язку з чим нотаріуси (державні та приватні) як спеціальні суб'єкти державної реєстрації прав набули додаткових повноважень. Зокрема, відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухому майно та їх обтяжень» (далі – Закон) – Нотаріус як спеціальний суб'єкт здійснює функції державного реєстратора, крім передбачених п. 4 та 6 частини другої ст. 9 цього Закону. Крім того, відповідно до абз. 2 та 3 ч. 5 ст. 3 Закону державна реєстрація прав власності, реєстрація яких проведена відповідно до законодавства, що діяло на момент їх виникнення, під час вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва проводиться нотаріусом, яким вчиняється така дія; Державна реєстрація прав у результаті вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва проводиться нотаріусом, яким вчинено таку дію.

Виходячи зі змісту цитованих норм Закону слідує, що нотаріус як спеціальний суб'єкт виконує функції державного реєстратора речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень або під час вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном або у результаті вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном. Таким чином, якщо нотаріальна дія з нерухомим майном не вчиняється – нотаріус не має права користуватися державним реєстром речових прав на нерухоме майно.

Діюче законодавство України не містить визначення поняття «нотаріальна дія з нерухомим майном», більш того, у діючому законодавстві від-

сутнє визначення поняття «нотаріальна дія». Єдиний висновок, який можна зробити виходячи з норм діючого Закону України «Про нотаріат» це те, що будь-яка вчинена нотаріальна дія обов'язково реєструється у реєстрі для реєстрації нотаріальних дій; запис у реєстрі є доказом вчинення нотаріальної дії. Але ці норми вказують лише на процедурні моменти вчинення нотаріальних дій, натомість самого визначення нотаріальної дії не існує.

За відсутності нормативного визначення вказаних термінів єдине, що залишається це звернутися до надбань науки. Серед науковців, що досліджують проблеми нотаріату розповсюдженим є використання терміну «нотаріальний акт», що з точки зору лінгвістичної є певним синонімом нотаріальної дії, оскільки акт (від латинського – actio) – це дія. Але науковці вказують на деякі відмінності між терміном нотаріальна дія та нотаріальний акт, вказуючи на те, що нотаріальна акт це наслідок вчинення нотаріальної дії. Наприклад, наслідком вчинення нотаріальної дії – посвідчення правочину є посвідчувальний напис; наслідком вжиття заходів щодо охорони спадкового майна є акт опису майна і т.д. (Теорія нотаріального процесу: Науково-практичний посібник / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920с. – С. 557). В свою чергу, відповідно до іншого підходу розуміння суті нотаріальної дії передбачається, що нотаріальна дія є одним з можливих результатів нотаріальної діяльності (Нотариальное право России: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. проф. В. В. Яркова. – М.: Волтерс Клувер, 2003.– 408 с. – С. 145).

Думається, що жодна з пропонованих концепцій не надає головної відповіді – що таке «нотаріальна дія». Таким чином, ані діюче законодавство, ані наукові розробки не надають єдиного концепції нотаріальної дії, скрізь призму якої можливо було б збудувати парадигму нотаріату, яка б давала однозначні відповіді на питання правової природи відносин, що виникають між нотаріусом та особою, що звернулася до нього. При цьому важливим є урахування тієї особливості, що відносини, що виникають за участю державного нотаріуса та відносини, що виникають за участю приватного нотаріуса мають різну правову природу оскільки ключовим елементом є те, що у випадку недосягнення згоди між клієнтом та приватним нотаріусом з приводу плати нотаріальна дію не буде вчинена. З іншого боку, з 01.01.2013 року, не дивлячись на те приватний чи державний нотаріус вчиняє нотаріальну дію з нерухомим майном він з однокавим обсягом прав та обов'язків виступає державним реєстратором речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень несучи відповідальність за ці дії згідно абсолютно іншого законодавчого акту. Дуалістична природа нотаріуса як центрального суб'єкта у правовій системі країни, що забезпечує постійну рівновагу між публічними та приватними інтересами, робить його абсолютно унікальним суб'єктом у правовому просторі України, не говорячи вже про обов'язки нотаріуса як суб'єкта первинного фінансового моніто-

рингу та особи яка повинна, у випадках передбачених Податковим кодексом України, слідкувати за сплатою податку на доходи фізичних осіб.

За таких умов, значущість поняття «нотаріальна дія» як системоутворюючого елемента зростає у рази та потребує негайного з'ясування на законодавчому рівні.

Отже, у зв'язку з новими повноваженнями нотаріусів України, здійснення яких можливо лише під час вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном або у результаті вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном, виникає практична необхідність, по-перше, визначення поняття «нотаріальна дія», по-друге, визначення моменту початку вчинення нотаріальної дії та моменту закінчення її вчинення, по-третє, визначення поняття «нотаріальна дія з нерухомим майном» оскільки, як показує практика тлумачення даних понять з 01.01.2013 року здійснюється по-різному, що призводить до неоднакового застосування діючого законодавства України та збільшенню скарг з боку населення, яке не має змоги належним чином здійснити свої цивільні права.

Сафончик О.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ДЕЯКІ ПИТАННЯ УКЛАДАННЯ ШЛЮБУ ГРОМАДЯНИНА УКРАЇНИ З ІНОЗЕМНИМ ГРОМАДЯНИНОМ

За умов глобалізації сучасного світу, динамічних інтеграційних та міграційних процесів неухильно збільшується питома вага сімейних відносин за участю іноземного елемента, тобто таких, де одна з сторін є іноземцем, або шлюб зареєстрований за рубежем, або там народилися чи проживають діти, або усиновлення здійснюють іноземці тощо. Наявність іноземного елемента в сімейних відносинах надає їм «міжнародного» характеру, відносить їх до сфери міжнародних приватноправових відносин, які регулюються за допомогою колізійних норм міжнародно-правового характеру та колізійними нормами національного законодавства.

Відповідно до статті 2 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» (надалі – Закон) іноземці та особи без громадянства мають ті ж права і свободи та виконують ті ж обов'язки, що і громадяни України, якщо інше не передбачено Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами України. Стаття 18 Закону зазначає, що іноземці та особи без громадянства мають рівні з громадянами України права і обов'язки у шлюбних та сімейних відносинах. Щодо вступу до шлюбу, то ст. 56 Закону України «Про міжнародне приватне право» зазначає, що форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства визнача-

ються правом України, тобто регулюється СК України. Отже, іноземцеві для вступу до шлюбу потрібно здійснити ті ж самі дії, що й громадянинові України за винятком необхідності дотримання низки формальностей, спрямованих на встановлення, зокрема, законності перебування іноземця на території України, підтвердження його сімейного стану тощо.

Реєстрація шлюбу з іноземними громадянами має певні особливості та здійснюється з урахуванням вимог нормативно-правових актів: Конституції України, законів України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про міжнародне приватне право», «Про імміграцію», «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, міжнародних конвенцій, учасником яких є Україна.

Відповідно до статей 55-56 Закону України «Про міжнародне приватне право» право на шлюб визначається особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладення шлюбу. У разі укладення шлюбу в Україні застосовуються вимоги СК України щодо підстав недійсності шлюбу. Форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України.

Жінка та чоловік, які бажають зареєструвати шлюб, подають письмову заяву про реєстрацію шлюбу за встановленою формою до будь-якого органу реєстрації актів цивільного стану за їхнім вибором. Заява про реєстрацію шлюбу подається жінкою та чоловіком особисто. Якщо жінка (або) чоловік не можуть через поважні причини особисто подати заяву про реєстрацію шлюбу до державного органу реєстрації актів цивільного стану, таку заяву, нотаріально засвідчену, можуть подати їх представники. Повноваження представника мають ґрунтуватися на нотаріально посвідченій довіреності. При поданні заяви про реєстрацію шлюбу жінка та чоловік пред'являють на посвідчення своєї особи. Іноземці та особи без громадянства для державної реєстрації шлюбу в Україні повинні пред'явити паспорт або паспортний документ з відміткою про реєстрацію уповноваженого органу щодо законності їх перебування в Україні, якщо інше не передбачено чинним законодавством України.

Реєстрація шлюбу з іноземцями має особливості правового регулювання у зв'язку з необхідністю перевірки законності перебування цих осіб на території України, підтвердження їх сімейного стану та врахування умов дійсності поданих ними документів. Шлюб між громадянами України, якщо хоча б один з них проживає за межами України, може укладатися в консульській установі або дипломатичному представництві України згідно з правом України.

Іноземці та особи без громадянства для реєстрації шлюбу в Україні повинні пред'явити національний паспорт або паспортний документ

з відміткою про реєстрацію уповноваженого органу щодо законності їх перебування в Україні, якщо інше не передбачене чинним законодавством України. При реєстрації шлюбу в державних органах реєстрації актів цивільного стану України, якщо в паспортах або паспортних документах іноземців та осіб без громадянства відсутні відомості про сімейний стан їх власників, то вони повинні одночасно подати документ про те, що не перебувають у шлюбі, виданий компетентним органом країни свого громадянства або країни постійного проживання, та легалізований належним чином.

Зазначені документи можуть бути також видані або легалізовані консульською установою або дипломатичним представництвом цієї країни в Україні та надалі легалізовані Міністерством закордонних справ України. Якщо в паспортах або паспортних документах є відмітка про припинення шлюбу вищезазначених осіб, документ про те, що особа не перебуває в шлюбі, повинен бути пред'явлений за період після розірвання шлюбу. До документів іноземців, осіб без громадянства, які є підставою для реєстрації шлюбу, складених іноземною мовою, обов'язково додається переклад тексту на українську мову, достовірність якого засвідчується дипломатичним представництвом або консульською установою України за кордоном, посольством (консульством) держави, громадянином якої є іноземець (країни постійного поживання особи без громадянства), Міністерством закордонних справ, іншим відповідним органом цієї держави або нотаріусом.

Державний орган реєстрації актів цивільного стану під час приймання заяви про реєстрацію шлюбу інформує наречених про можливість здійснення медичного обстеження та за їх бажанням видає направлення за зразком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я.

Стосовно часу реєстрації шлюбу, то він реєструється після спливу одного місяця від дня подання особами заяви про реєстрацію шлюбу. За наявності поважних причин керівник державного органу реєстрації актів цивільного стану дозволяє реєстрацію шлюбу до спливу цього строку.

Про державну реєстрацію шлюбу в паспортах або паспортних документах осіб, які зареєстрували шлюб, робиться відмітка із зазначенням прізвища, імені, по батькові і року народження другого з подружжя та місця і дати такої реєстрації. При реєстрації шлюбу наречені мають право обрати прізвище одного з них, як спільне прізвище подружжя або надалі іменуватися дошлюбними прізвищами. Наречена, наречений мають право приєднати до свого прізвища прізвище нареченого, нареченої. Якщо вони обоє бажають мати подвійне прізвище, за їхньою згодою визначається з якого прізвища воно буде починатися. Складення більше двох прізвищ не допускається, якщо інше не випливає із звичаю національної меншини, до якої належить наречена і (або) наречений. Якщо на момент реєстрації шлюбу прізвище нареченої, нареченого вже є подвійним, вона, він має

право замінити одну із частин свого прізвища на прізвище другого, про що вказується у заяві про реєстрацію шлюбу. Державна реєстрація шлюбу має відповідні правові наслідки, а саме: шлюб є підставою для виникнення прав та обов'язків подружжя. Шлюб не може бути підставою для надання особі пільг чи переваг, а також для обмеження її прав та свобод, які встановлені Конституцією і законами України.

Сєвєрова Є.С.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ДЖЕРЕЛОМ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

Питання, пов'язані з розглядом справ про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, мають особливе значення, оскільки їх актуальність зумовлена великою кількістю справ, що виникають з таких правовідносин.

Аналіз справ про відшкодування шкоди свідчить про наявність низки питань, які потребують на відповідне роз'яснення, незважаючи на те, що певну прогалину заповнено Узагальненням судової практики розгляду судами цивільних справ про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки у 2010 – 2011 роках (Судова практика розгляду цивільних справ про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки: Узагальнення судової практики Вищого Спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [Електронний ресурс] / Режим доступу:http:nau.gov.ua), а також Постановою Пленуму Вищого Спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 01.03.2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки».

Так, актуальним та таким, що не знайшло остаточного вирішення, слід вважати питання щодо суб'єктного складу осіб, які беруть участь у справі, зокрема з приводу того, кому належить право вимоги у разі завдання шкоди майну, яким є джерело підвищеної небезпеки.

Найскладнішим це питання виявляється сьогодні, після внесення змін до законодавства, яке виключає довіреність як підставу керування транспортним засобом, проте не виключає низку спорів, вимоги в яких обґрунтовані правом на відшкодування, яке виникає на підставі довіреності.

Судова практика з цього приводу демонструє відсутність усталеної практики і висновки суду зводяться до такого.

Прихильники наявності права на відшкодування матеріальної шкоди у особи, яка володіє майном на підставі довіреності, виходять з того, що за ч.3ст.386 ЦК України власник, права якого порушені, має право на відшкодування завданої йому майнової та моральної шкоди, оскільки володіння майном на підставі довіреності є володінням в розумінні ст.397 ЦК України і тому підлягає захисту на рівні права власності (Ухвала Верховного Суду України [Електронний ресурс]/Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua /Review, 8036408).

Інші, навпаки, вважають, що керування автомобілем на підставі довіреності свідчить лише про представницькі відносини керуючого засобом власника майна по будь – яким питанням, пов'язаним із розпорядженням, експлуатацією та відчуженням транспортного засобу, тому такі особі не мають права на відшкодування шкоди (Рішення апеляційного суду Донецької області від 15 червня 2007 року [Електронний ресурс] / Режим доступу: www.reyestr.court.gov.ua /Review/2135841).

Пунктом 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 6 від 27 березня 1992 року «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» передбачено, що ст.48 Закону України «Про власність» положення щодо захисту права власності поширюється також на особу, яка хоч і не є власником, але володіє майном на праві повного господарського відання, оперативного управління або іншій правовій підставі, передбаченій законом чи договором, тому така особа також вправі вимагати відшкодування шкоди, заподіяної цьому майну.

Таким чином, для надання відповіді, чи належить право вимоги особі, яка керує автомобілем на підставі довіреності, слід визначитися із тим, законом чи договором передбачено для неї таке право, а також з'ясувати зміст поняття володіння та представництва.

Відповідно до ст.237 ЦК України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона зобов'язана або має право вчиняти правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства.

Відповідно до ст.244 ЦК України представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися за довіреністю. При цьому довіреністю є письмовий документ, що видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами.

Зміст правовідносин представництва і довіреність як документ, що їх підтверджує, вказують на те, що права та обов'язки виникають у довірителя, а не у представника, що спростовує доводи про наявність у представника прав, тотожних довірителю.

В свою чергу, довіреність не може підміняти собою договір, навіть якщо видана на підтвердження факту його існування.

Володіння чужим майном – це право особи фактично утримувати річ у стані привласнення, вважаючи її своєю, належною їй, здійснюючи стосовно неї всі правомочності власника, не маючи підстав на законних підставах вважатися ним (Цивільне право : підручник : у 2т. / В.І. Борисова, Л. М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін. ; за ред.В. І. Борисової, І.В. Спасибо – Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2012. – Т.1., с.484).

За традицією цивільного права та законодавства України володіння ніколи не визнавалося окремим інститутом і традиційно розглядалося як одне з повноважень власника, що може бути передано за договором іншим особам.

У теперішній час в новому ЦК України спеціально передбачені підстави виникнення і припинення права володіння, яке виникає на підставі договору з власником, а також на інших підставах, встановлених законом, однак довіреність як підстава прямо законом не передбачена.

Наявність довіреності не надає права вважати володіння річчю як своєю, оскільки за змістом представництва особа, яка діє за довіреністю, набуває прав та обов'язків лише для представляємого та діє від його імені.

Довіреність встановлює зовнішні відносини представництва, а саме: відносини між довірителем та третіми особами, та не має ознак володіння в розумінні глави 31 ЦК України.

Виходячи з таких положень, навряд чи правильним є ототожнення поняття володіння, яке має право на захист із володінням майном на підставі довіреності, тому правильним уявляється практика, яка виходить із відсутності права у особи на відшкодування шкоди, яка володіє майном на підставі довіреності.

На користь такої думки свідчить і те, що у разі одночасного пред'явлення вимог про відшкодування шкоди власником майна та особою за довіреністю, суд не зможе надати перевагу особі, яка користується майном за довіреністю, оскільки право власника майна є беззаперечним та очевидним, тоді як довіреність не є договором і не може його замінювати.

Підбиваючи підсумки, слід зазначити, що Постановою Пленуму ВССУ питання відшкодування шкоди особі, яка керувала автомобілем на підставі довіреності спеціально не визначено. Водночас положення про те, що право захисту права власності належить і особам, які хоч і не є власниками, але володіють майном фактично, в тому числі і ті, які керують транспортним засобом без доручення, але на підставі документів, визначених пунктом 2.1 Правил дорожнього руху України (посвідчення водія на право керування транспортним засобом відповідної категорії та реєстраційного документа на транспортний засіб), скоріше вказує на можливість розцінювати користуванням майном за довіреністю володінням, хоча з огляду на викладені позиції з цим навряд чи можна погодитися.

Смилянец И. П.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры гражданского права, кандидат юридических наук

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ НЕЗАРЕГИСТРИРОВАННОГО БРАКА

Сегодня все больше пар живут вместе, одной семьей без регистрации брака, в так называемых «фактических брачных» отношениях. Именно так юристы определяют сегодня незарегистрированные государством отношения между мужчиной и женщиной. Иногда еще используется понятие «фактический брак». Сегодня фактическим браком можно назвать отношения между мужчиной и женщиной, когда пара проживает на одной территории, ведет совместное хозяйство и при этом не регистрирует свои отношения в органах государственной власти.

Еще раз следует обратить внимание на то, что понятие «гражданский брак», которое довольно широкого используется и в обществе, не является синонимом указанного выше термина, поскольку понимание указанного понятия как незарегистрированного брака ошибочно. Понятие «гражданский брак», наоборот, означает брак, оформленный в органах государственной власти.

Хотелось бы остановиться прежде, на юридических проблемах так называемых фактических брачных отношений, которые существуют и существовали всегда. Отсутствие четкой системы правового регулирования отношений фактического брака автоматически исключает единый подход судебных органов к решению связанных с ним споров. Семейный кодекс Украины – далее СК Украины, также не дал конкретных ответов на спорные вопросы. Так, статья 74 СК Украины хоть и не в полной мере, но все же пытается приравнять «фактический брак» к зарегистрированному, но для этого сначала придется доказать свои семейные отношения в суде. (Семейный кодекс Украины от 10.01.2002 р.// www.rada.gov.ua)

Таким образом, соглашаясь на фактический брак, граждане тем самым допускают определенную неопределенность дальнейших отношений в юридическом смысле, поскольку их содержание составляют взаимные права и обязанности. Последние же находятся под защитой закона лишь в зарегистрированном браке (Семейный кодекс Украины от 10.01.2002 р.// www.rada.gov.ua – ч.2 ст. 21), причем такой защиты они не лишаются даже тогда, когда жена и муж по уважительным причинам (учеба, работа, лечение, необходимость ухода за родителями, детьми и т. д.) не проживают совместно. Как правило, отношения в незарегистрированном браке строятся исключительно на чувствах и устном договоре. Фактическое совместное проживание не считается браком, а продолжительность фактических брачных отношений и характер супружеских связей между их участниками не имеют правового значения.

Согласно ч.1 ст. 74 СК Украины, если женщина и мужчина проживают одной семьей, но не находятся в браке между собой, имущество,

приобретенное ими за время совместного проживания, принадлежит им на праве общей совместной собственности, если иное не установлено письменным договором между ними. (Семейный кодекс Украины от 10.01.2002 р.// www.rada.gov.ua)

Однако, супруги имеют право на раздел имущества, приобретенного ими за время брака, будет подтверждаться свидетельством о браке, а установление, с какого момента начались фактические брачные отношения будет достаточно проблемным вопросом, поскольку для подтверждения факта совместного проживания и ведения общего хозяйства лицам, находящихся в незарегистрированном браке нужно будет обратиться в суд и представить доказательства такого совместного проживания.

СК Украины определяет, что для заключения одним из супругов договоров, требующих нотариального удостоверения и (или) государственной регистрации (а это – недвижимость, транспортные средства), а также договоров относительно ценного имущества, согласие второго из супругов должно быть подано в письменном виде и должно быть нотариально заверенная (Семейный кодекс Украины от 10.01.2002 р.// www.rada.gov.ua). При этом, законодательство не предусматривает и не может предусмотреть, получения согласия второго из фактических супругов. То есть, нормы о распоряжении общей совместной собственностью супругов будут срабатывать только если права на имущество были оформлены на обоих лиц, тогда как для супругов нет разницы на кого будет оформлено имущество.

В случае, когда фактический союз не оправдал надежд, и мирных путей раздела имущества не найдено, участнику фактических брачных отношений нужно убедить суд прежде всего в том, что это имущество является общим. Для этого необходимо доказать не сам факт пребывания в фактических брачных отношениях, а факт приобретения данного конкретного имущества на средства или вследствие трудового участия обоих фактических супругов. Практика показывает, что сделать это не всегда просто.

Простым, но не всегда действенным способом доказательства являются показания свидетелей. Так, аргументами могут служить сведения о том, что один из участников фактических брачных отношений за период совместного проживания не имел достаточных средств для приобретения или улучшения имущества без привлечения средств другого. Большую доказательную силу имеют документы, которые могут подтвердить наличие заработка или иного дохода, получение кредита в банке на имя одного или обоих участников фактического брака, договоры о займе, дарении денег, или документы, подтверждающие расходы на общее имущество.

Учитывая сложности при разрешении семейных споров между лицами, которые находятся в законном браке – часто лица, между которыми существуют отношения, сомневаются в надлежащей правовой защите прав законных супругов и в связи с этим не регистрируют свои отношения. Но при этом также не учитывают и несовершенное правовое регулирование фактических брачных отношений и юридические последствия таковых.

Токарева В. О.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ОБСТАВИНИ, ЩО МАЮТЬ ІСТОТНЕ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ОЦІНКИ СТРАХОВОГО РИЗИКУ

Актуальність питання щодо надання страхувальником інформації про всі відомі йому обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформувати його про будь-які зміни страхового ризику зумовлено тим, що саме порушення зазначеного обов'язку сигналізує про підготовлюване страхове шахрайствао з боку страхувальника, а порушення цього обов'язку служить для страховиків у більшості ситуацій стає підставу для відмови страховика у виплаті страхового відшкодування.

Правова природа цього обов'язку страхувальника передбаченого п.2 ч. 1 ст. 989 Цивільного кодексу України (далі ЦК України) має особливості. Деякі науковці зазначають, що цей обов'язок не випливає з умов договору страхування, як наприклад, В.І. Серебровський підкреслював, що обов'язок повідомлення є обов'язком передбаченим законом, а не договором. (Серебровський В. И. Страхование. – М., 1927, С. 116.).

Оскільки договір страхування ще не укладено і, природно, не набув чинності, цей обов'язок не носить характеру переддоговірного обов'язку, то цей обов'язок випливає безпосередньо із закону, вважає А.І. Худякова. (Худяков А. И. Страховое право / А. И. Худяков. – СПб., 2004, С. 594.).

Своєрідність даного обов'язку простежується хоча б в тому, що інформування страховика про істотні обставині не можна, віднести до різновиду правочинів, хоча надання відповідних відомостей та їх характер можуть призвести до виникнення страхових договірних зобов'язань, що складаються з відповідних суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін договору страхування.

Звичайним юридичним обов'язком вважати цей інститут також складно, хоча в ЦК України сказано, що страхувальник зобов'язаний при укладенні договору страхування надати страховикові інформацію про всі відомі йому обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформувати його про будь-які зміни страхового ризик, проте обов'язку має кореспондувати відповідне право іншого суб'єкта. Тим часом страховик не має права у разі відмови страхувальника від надання тих чи інших відомостей вимагати їх надання судовому порядку.

Уявляється у даному разі немає власне обов'язку к вважає С. В. Дедіков, а мова йде про умови дійсності договору страхування. Якщо, наприклад, страхувальник відмовиться надати страховику деякі відомості, посилаючись, скажімо, на комерційну або державну таємницю, то це зовсім не означає, що страховики неодмінно відмовиться від укладення страхової угоди. На практиці при страхуванні військових вантажів або виробів обо-

ронної промисловості страхувальник надає страховику лише саму загальну інформацію, проте страхові компанії йдуть на укладення договорів страхування. Іншими словами, страхувальник формально не виконав покладеного на нього законом обов'язки, але це в даному випадку не спричинило жодних правових наслідків. Досить часто страховики, навіть не отримавши відповідей страхувальників на всі питання, що містяться у спеціальному листі запитан, все таки приймають той чи інший об'єкт на страхування (Дедиков С. В. Существенные обстоятельства имущественного страхования / С. В. Дедиков // Хозяйство и право. – 2005. – № 7. – С. 32-41.).

У літературі зі страхування поки не розроблено єдиного поняття істотних обставин страхування або обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику.

Слід зазначити, про необхідність розмежування понять «істотні умови договору страхування» і «обставини, що мають істотне значення для визначення ймовірності настання та для оцінки страхового ризику», значення яких аналізується. Істотними умовами будь-якого договору, в тому числі і договору страхування, згідно із ч. 1 ст. 638 ЦК України є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Іншими істотними умовами для договорів страхування відповідно до ст. 982 ЦК України є предмет договору страхування, страховий випадок, розмір грошової суми, в межах якої страховик зобов'язаний провести виплату у разі настання страхового випадку (страхова сума), розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору та інші умови, визначені актами цивільного законодавства.

Цілком очевидно, що із зазначених умов значення для виявлення ймовірності настання страхового випадку та розміру можливого збитку можуть мати опис предмета страхування (наприклад, кам'яний будинок меншій мірі має схильність до пожежі, ніж будинок з дерева, та можливий, розмір збитків за загальним правилом має бути менший), перелік ризиків, від яких настання здійснюється страхування (якщо передбачається страхування від усіх ризиків, то ймовірність настання одного з них вище, ніж у випадку, коли страхування здійснюється від окремих небезпек). Певною мірою впливає на можливість настання страхового випадку і строк дії договору, хоча в такому контексті правильніше було б говорити про строк страхування. При цьому звичайного опису предмета страхування для досягнення тієї мети, яка забезпечується введенням розглянутого обов'язки, недостатньо. Тому страховики зазвичай включають у свої листи запитань значну кількість спеціальних запитань (Дедиков С. В. Существенные обстоятельства имущественного страхования / С. В. Дедиков // Хозяйство и право. – 2005. – № 7. – С. 32.).

Так, при страхуванні будівлі у вигляді загального правила потрібно повідомити наступну інформацію: рік будівлі, з чого складені стіни, з

чого зроблені перекриття, підлога та стелі, рік проведення капітального ремонту комунікацій у будинку, на скільки віддалено знаходиться пожежна охорона, про наявність системи пожежної сигналізації, автоматичної системи пожежогасіння, охорони або чергових (консьєржів) в під'їздах та про наявність води в підвальному приміщенні тощо. У той же час для того, щоб умова про предмет страхування вважалися узгодженим, достатньо вказати характер будівлі (житлове, адміністративне і т. п.), з якого матеріалу побудовано (камінь, цегла, дерево), кількість поверхів та адресу розташування. Тож, можна зазначити, що характер та деталізація опису предмета страхування та істотних обставин які має надати страхувальник принципово розрізняються.

Слід зауважити, що у ст. 982 ЦК України мова йде про істотні умови договору страхування, щодо яких сторони мають дійти згоди, а п. 2 ч. 1 ст. 989 ЦК України говорить про обставини, що мають істотне значення для оцінки ризику та прийняття рішення страховиком про укладення договору страхування. Щодо обставин наданих страхувальником сторони не мають досягти домовленості, оскільки ці відомості мають носити об'єктивний характер та страховик не може не погодитися з представленою інформацією та пропонувати її змінити, лише вимагати її уточнення. Аналогічно і страхувальник не може пропонувати узгодити надану інформацію, так як страховик не володіє відомостями про відповідний предмет. Якщо представники страховика оглянули пропоноване до страхування майно, вони можуть запропонувати страхувальнику: уточнити інформацію, але і в цьому разі немає предмету для узгодження волевиявлення сторін угоди, бо мова йде лише про більш детальне, з точки зору страховика, відображення інформації. Іноді на заяві страхувальника або листі запитань, який він заповнює, передбачається наявність підпису представника страховика, але і в такому разі не можна вважати інформацію, представлену страхувальником, результатом домовленості сторін договору. Підпис представника страховика на документі, що містить інформацію страхувальника про істотні обставини страхування, носить технічний характер та підтверджує лише факт, ознайомлення представника страховика з відповідними даними (Дедиков С. В. Существенные обстоятельства имущественного страхования / С. В. Дедиков // Хозяйство и право. – 2005. – № 7. – С. 32-41.).

Оскільки останнім часом і окремі автори, і судова практика розглядають заяву страхувальника як документ, що містить умови договорів страхування, необхідно чітко розмежовувати зміст заяви на умови договору та на інформацію про обставини, що мають істотне значення для визначення ступеня страхового ризику. І єдиний критерій, який дозволяє це зробити –є необхідність досягнення домовленості сторонами. Положення заяви, що потребують узгодження волевиявлення контрагентів, можуть бути віднесені до числа умов договору, а положення мають виключно інформаційне значення – це істотні обставини страхування.

У науці страхового права виділяють об'єктивні та суб'єктивні критерії для визначення оцінки істотності обставин. Об'єктивна оцінка не залежить від волі страхувальника і його поглядів, а суб'єктивна ґрунтується виключно на його думці.

Своє розуміння обставин, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику було надано Г. Ф. Шершеневичем, В.І. Серебровським, та розробляється сучасними наковцями (Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. II. – М., 2003, С. 347; Серебровский В. И. Страхование. – М., 1927, С. 116; Худяков А.І. Страхове право / А.І. Худяков. – СПб., 2004, С. 594.).

Отже, відсутність єдиного поняття обставин, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, та спроби його розробити науковцями є досить складаним завданням, з огляду на те, що у світі існують десятки підгалузей страхування, які розділяються між собою за видами ризиків, декілька сотень різновидів страхових продуктів і кожному класу страхування властиві свої істотні умови. Деякі з даних обставин засновані на здоровому глузді, інші на многорічних статистичних спостереженнях, треті обумовлені досвідом конкретної страхової компанії тощо. Як уявляється саме тому доктрина і законодавство обрали в якості основного критерію, формальна ознаку, а саме те, що запит страховик.

Чанишева А. Р.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук, доцент

АКЦЕСОРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

1.Поняття акцесорних (додаткових) зобов'язань не вживається у чинному цивільному законодавстві України, але існування таких зобов'язань непрямо законодавство визнає. Так, коли в ст. 266 ЦК йдеться про основну і додаткову вимоги, то вже це дає підставу стверджувати, що тут визнається можливість існування основних і додаткових зобов'язань, бо вимога складає зміст зобов'язання (первинно такий зміст складаюь суб'єктивне право та кореспондуючий йому обов'язок, а на певному етапі суб'єктивне право набуває ознаки вимоги а обов'язок – боргу). Зазначення на стягнення нейстойки як на один із видів додаткових вимог у ст. 266 ЦК також може бути інтерпретовано на користь твердження про визнання законодавцем категорії акцесорного (додаткового) зобов'яання, бо, як пише В. А.Бєлов, угода про неустойку порушує цивільне грошове зобов'язання (Белов В. А. Гражданское праао. Т. IV. Особенная часть. Учебное для бакалавров/В. А. Белов. – М.: Юрайт, 2013. – с. 272-273). Отже, є акцесорне (додаткове) зобов'язання щодо сплати неустойки, в межах якого на певному етапі може бути пред'явлена вимога (додаткова) про стягнення неустойки.

Та обставина, що цивільне законодавство України визнає поняття акцесорного (додаткового) зобов'язання, підтверджується і ст. 548 ЦК. Тут називається освновне зобов'язання і визначається його зв'язок з правочином щодо забезпечення його виконання. Поряд з основним зобов'язанням у контексті цієї статті цілком доцільним було вживання терміну акцесорне (додаткове) зобов'язання. Але законодавець надав переваги вишуканій словесності перед юридичною чіткістю нормативного тексту і став вживати то термін «зобов'язання» (основне), то термін «правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання» (основного).

Що стосується науки, то тут термін «акцесорні (додаткові) зобов'язання» вживається досить часто. Прагнення уникнути вживання такого терміну не помічається. Цей термін вживають В. А.Бєлов (Белов В. А. Гражданское праао. Т. IV. Особенная часть. Учебное для бакалавров / В. А. Белов. – М.: Юрайт, 2013. – С. 37, 63, 82), В.В. Вітрянський (Витрянський В. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств/ М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. Договорное право. Общие положения. – М.: Статут, 1997. – с.450), О.І. Харитонова і Є.О. Харитонов (Харитонов Є.О., Харитонова О.І. Цивільні правовідносини. – Одеса: Фенікс, 2011. – с.247).

Вживається цей термін і в заголовках наукових статей (Бут Ю. А. К вопросу о классификации акцессорных обязательств по характеру соотношения основного и придаточного обязательств//Современное социально-экономическое, правовое и психолого-педагогические проблемы Российского государства и общества: материалы конференции. – Минеральные воды, 2009. – С. 190-192; Сайфуллин Р. И. О судьбе акцессорных обязательств после расторжения обеспечиваемого договора// Вестник Высшего арбитражного Суда Российской Федерации. – 2010. – № 3. – С.66-75).

Проте слід визнати, що більш вживаними в науці є терміни »охоронні зобов'язання», «забезпечувальні зобов'язання» .

2.Коло акцесорних (додаткових) зобов'язань цивільне законодавство не визначає. Із ст 266 ЦК можна зробити висновок про те, що до таких належать зобов'язання щодо сплати неустойки. Вимога накласти стягнення на заставлене майно, про яку йдеться у ст. 266 ЦК, не має зобов'язального характеру. Отже, лише зазначення на вимогу про стягнення неустойки у вказаній статті дає деяке уявлення про коло зобов'язань, що належать до категорії акцесорних (додаткових). Слово «тощо», що вживається у ст. 266 ЦК, не може допомогти у вирішенні проблеми визначення акцесорних (додаткових) зобов'язань, оскільки до цього слова були названі дві різні вимоги, одна із яких не має зобов'язального змісту. Це унеможливлює продовження логічного ряду, хоч слово «тощо» і передбачає необхідність його продовження.

Більше інформації про коло зобов'язань, які законодавець непрямо визнає акцесорними (додатковими), можна отримати із ст 548 ЦК. Із цієї

статті випливає, що додатковими є всі забезпечувальні зобов'язання (у тому числі зобов'язання, що входять до змісту застави та притримання).

Викладене погоджується з положеннями, що розроблені наукою цивільного права. Зокрема, О.І Харитонова і Є. О. Харитонов пишуть, що «додаткові (акцесорні) зобов'язання виникають тільки за наявності основного зобов'язання і нерозривно пов'язані з ним (наприклад, правовідносини поруки, завдатку, застави)» (Харитонов Є.О., Харитонова О.І. Цивільні правовідносини. – Одеса: Фенікс, 2011. – с.247).

В.А.Бєлов дійшов висновку про те що забезпечувальні правовідносини «не завжди набувають форми акцесорних зобов'язальних правовідносин». На регулятивній стадії свого існування зобов'язання забезпечувального призначення виникають тільки при заставі (Белов В. А. Гражданское праао. Т. IV. Особенная часть. Учебное для бакалавров/В. А. Белов. – М.: Юрайт, 2013. с.82) У решті випадків регулятивним обов'язкам, наприклад, поручителя, кореспондує, на думку В. А. Бєлова, право кредитора очікувати здійснення поручителем дій, що будуть забезпечувати виконання основним боржником забезпеченого порукою зобов'язання (Белов В. А. Гражданское праао. Т. IV. Особенная часть. Учебное для бакалавров/В. А. Белов. – М.: Юрайт, 2013. – с.825-827). Не маючи тут можливості детально аргументувати свою позицію зауважимо лише, що заперечення зобов'язального характеру забезпечувальних відносин є повністю неприйнятними.

Виходячи із опрацьованого в науці розуміння акцесорних (додаткових) зобов'язань до них слід віднести зобов'язання забезпечувального характеру (поруку, завдаток, делькредере, неустойку, а також заставу і притримання в тій частині, в якій вони мають форму зобов'язань), зобов'язання в яких реалізується цивільна відповідальність за порушення зобов'язання (відшкодування збитків, міри відповідальності, що передбачені ч.2 ст. 625 ЦК).

3.Впродовж тривалого часу залишається невирішеним питання про можливість визнання процентів такими, що сплачуються в межах акцесорних (додаткових) зобов'язань. М. Г. Мехевич свого часу висловила думку про те, що вимога про сплату процентів є додатковою, і назвала такі вимоги, при наведенні переліку додаткових вимог, першими (Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. – М.: Юридическая литература, 1982. – с.115). Акцесорним визнає зобов'язання щодо сплати процентів В. А. Бєлов (Белов В. А. Гражданское праао. Т. IV. Особенная часть. Учебное для бакалавров/В. А. Белов. – М.: Юрайт, 2013. – с.63). Але ця думка викликає сумніви у її правильності. Коли ми звертаємося до акцесорних (додаткових) зобов'язань, що названі вище, помічаємо, що вони є певною надбудовою над основним зобов'язанням. Це можна сказати і про проценти, передбачені ст. 625 ЦК. Але ж зобов'язання сплатити проценти за користування кредитом, позикою, є звичаною платою за послугу, такою

ж як і плата за користування річчю на підставі договору найму (оренди). Тому регулятивні зобов'язання щодо сплати процентів не можуть визнаватись додатковими.

4. Використання категорії акцесорних (додаткових) зобов'язань має рацію за умови, що є необхідність у встановленні для них особливого правового режиму. Видається, що така необхідність є. Перш за все є потреба у чіткому законодавчому вирішення питання про можливість застосування до акцесорних (додаткових) зобов'язань таких способів забезпечення і заходів відповідальності, які встановлені стосовно основних зобов'язань.

Тут відсутня будь-яка ясність взагалі. А фрагментарне правило про неприпустимість нарахування процентів на неустойку (ч.2 ст.550 ЦК) лише породжує цілу низку запитань, які тільки не перший погляд виглядають несерйозними: 1) якщо забороняється нараховувати проценти на неустойку, то чи можна встановлювати пеню за прострочення сплати неустойки; 2) чи можна встановлювати неустойку за прострочення виконання зобов'язання щодо відшкодування збитків;3) чи можна на суму збитків нарахувати проценти? Усі ці і численні інші подібні питання питання потребують законодавчого вирішення.

Семенова К. Г.

Євпаторійський факультет

Харківського національного університету внутрішніх справ,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

ПРАВА НА РЕКОНСТРУЙОВАНИЙ ОБ'ЄКТ НЕРУХОМОГО МАЙНА: ПИТАННЯ РЕЄСТРАЦІЇ

У цивільному обігу доволі часто виникають проблемні питання теоретичного та практичного характеру щодо реконструйованого об'єкту нерухомого майна, зокрема питання про наявність прав на такий об'єкт.

Дискусію, як правило, викликає питання – що відбувається з об'єктом після реконструкції: він припиняє існування в результаті заміни на новий і при цьому право власності на нього також припиняється або ж об'єкт просто змінюється, не зачіпаючи при цьому право власності.

В теорії дуже розповсюдженою є думка, що будь-яка реконструкція нерухомого майна спричиняє створення нової нерухомості (Алексеев С. С. Избранное, 2003. – С. 115; Бабенко М. В. Новостворене нерухоме майно як обєкт цивільних прав // Вісник Академії праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. Серія: Право та державне управління. – 2012 . – № 1. – С. 58). Як правило у якості аргументів наводиться те, що саме внутрішні та зовнішні технічні показники об'єкту зазнають суттєвих змін. Крім того на реконструкцію об'єкта нерухомості необхідно у встановленому законодавством порядку отримувати аналогічні дозволи, що й на будівництво.

Підсилюється така думка і позицією законодавця, який не відрізняє порядок реєстрації прав щодо новозбудованого та реконструйованого нерухомого майна. Відповідно до ст. 18 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (ВВР, 2004, N 51, ст. 553 із змінами) фізичним та юридичним особам на новозбудовані, реконструйовані об'єкти нерухомого майна видається свідоцтво про право власності на нерухоме майно, що підтверджує виникнення права власності при здійсненні державної реєстрації прав на нерухоме майно. А у п. 46 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень встановлюється, що державна реєстрація прав з видачею свідоцтва про право власності на нерухоме майно проводиться у зв'язку з набуттям права власності на новозбудовані чи реконструйовані об'єкти нерухомого майна.

Ми згодні з авторами, які вважають, що такий підхід має певні недоліки (Зубков О. С. Цивільне-правове регулювання набуття права власності на новостворене нерухоме майно: автореф. дис. … канд. юрид. наук, 2010). Адже, по-перше, необґрунтовано ототожнюються два різні об'єкти – новозбудоване нерухоме майно та реконструйоване нерухоме майно. По-друге, переведення нерухомого майна з однієї категорії в іншу (при його реконструкції) ототожнюється зі створенням нової нерухомості, а отже теоретично тягне виникнення права власності на об'єкт, щодо якого вже було зареєстроване право власності.

Новозбудованим об'єктом нерухомості є такий об'єкт, що був створений без прив'язки до іншого, вже існуючого нерухомого майна, без використання його складових структурних елементів. Тобто не можна визнавати новостворениим нерухомим майном об'єкт нерухомого майна, що являє собою вже існуючий об'єкт нерухомості зі зміненими (хай навіть і суттєво) зовнішніми та внутрішніми параметрами. Відповідно, на думку С. О. Зубкова, немає підстав і для видання нового свідоцтва про право власності на цей об'єкт. Він вважає, що у випадку реконструкції нерухомого об'єкту повинні вноситися лише зміни до технічної документації даного об'єкту (Зубков О. С. Вказана праця).

На нашу думку, порядок переведення нерухомого об'єкту з однієї категорії в іншу, а отже і порядок реєстрації прав на такий об'єкт, повинен залежати від виду робіт, здійснюваних з нерухомістю при проведенні реконструкції. Якщо будівельні роботи привели до створення нового об'єкту, то необхідна реєстрація виникнення прав. Якщо право на об'єкт було зареєстроване і відбулася архітектурно-будівельна зміна нерухомості, то в опис об'єкту в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно на підставі нового технічного плану повинні бути внесені зміни, а правовласникові може бути видане нове свідоцтво про право власності. Тобто підставою видачі нового свідоцтва повинне бути не проведення реконструкції, яке прирівнюється до створення нової речі і спричиняє ви-

никнення права власності за ст. 331 ЦК України, а внесення змін в опис об'єкту нерухомості щодо якого вже існує право власності.

Подібний підхід був врахований законодавцем при внесенні змін до Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень постановою Кабінету Міністрів Україні від 21 листопада 2012 р. № 1156. Було встановлено, що для проведення державної реєстрації прав на реконструйовані об'єкти нерухомого майна заявник, крім документів, що зазначені у пунктах 28, 29 і 31 цього Порядку, подає органові державної реєстрації прав документ, що підтверджує право власності на об'єкт нерухомого майна, розташований на земельній ділянці (абз. 4 п. 46). Однак формулювання «набуття права власності на новозбудовані чи реконструйовані об'єкти нерухомого майна», що використовується у цьому ж пункті Порядку не сприяє зміні до підходу в реєстрації прав.

Можливим розв'язанням проблеми ототожнювання новозбудованого та реконструйованого нерухомого майна, що наразі існує в законодавстві, може бути встановлення підстав для внесення змін до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. Такою підставою серед інших може бути і зміна об'єкту нерухомого майна у зв'язку з реконструкцією без зміни зовнішніх меж. Факт реконструкції повинен визначатися на підставі відомостей органу технічного обліку. Тобто чинним законодавством повинно бути передбачено подання, окрім встановлених п. 46 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, документів проведення технічної інвентаризації реконструйованого об'єкта.

У будь-якому разі при вдосконаленні порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно законодавцем мають бути обов'язково враховані і юридичні, і технічні характеристики реконструйованого об'єкту.

Вороніна Н. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ОБІЦЯНКА ВИНАГОРОДИ ЗА ЗНАХІДКУ ЯК ВИД ЗАОХОЧУВАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Під знахідкою розуміють: виявлення речі, що вибула з володіння власника або іншої уповноваженої на володіння особи попри їхню волю; річ, яку власник або інший володар загубив, а інша особа – знайшла. При цьому, якщо з'явиться власник речі, особа, яка знайшла річ, зокрема, має право: вимагати від її власника (володільця) винагороду за знахідку в розмірі до двадцяти відсотків вартості речі (ч. 2 ст. 339 ЦК України).

Звернемо увагу на те, що за законодавством Російської імперії було встановлено більш високу винагороду – одну третину цінності речі. При цьому цивілісти називали цю норму надзвичайно несправедливою, тому що вона позбавляє власника значної частини цінності загубленого майна. Річ

не повинна служити для особи, що знайшла річ, джерелом збагачення (Синайский В. И. Русское гражданское право. – М. : Статут, 2002. – С. 147.).

Ст. 865 Проекту Цивільного уложення визначала винагороду за знахідку в розмірі десятої частини вартості знайденої речі, що на думку науковців більше відповідало вимогам сучасного цивільного права (Кассо Л. А. Неизвестность хозяина найденной вещи. – М. : Правоведение, 1906. – С. 14.).

У § 971 Німецького цивільного кодексу винагорода за знахідку передбачається 5 % з речей вартістю до 300 марок, а понад цю суму до 1 %, і надає власникові речі протягом трьох років право вимагати від особи, що знайшла річ, та стала власником речі, винагороди в розмірі її збагачення цією річчю (неправомірного збагачення)(Германское право : Часть I : Гражданское уложение. – [Пер с нем.]. – М., 1996. – С. 221.). Таким чином, винагорода за знахідку зведена до самого незначного розміру.

У § 722 Швейцарського цивільного кодексу передбачено більш оціночну норму: особа, що знайшла річ, може розраховувати на справедливу нагороду (Швейцарское гражданское уложение / [Електронний ресурс]: http://www.admin.ch/ch/f/rs/2.html).

ЦК Франції навпаки взагалі не передбачає винагороду за знахідку (Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) ; [пер. с франц. В. Захватаева] / Отв. ред. А. Довгерт. – К. : Истина, 2006. – С. 265).

На думку Д.І. Мейєра важким з юридичної точки зору є обґрунтування права на винагороду, що надає закон особі, яка знайшла чужу річ. Та обставина, що річ була загублена власником, тобто втрачене володіння, не усуває права власності, а тому де б і в кого б він її не знайшов, він усюди має право взяти її без усякої винагороди (Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. ; [по исправл. и допол. 8-му изд.]. – 1902. – М. : Статут. – Ч. 2. – 1997. – С. 79.).

При цьому, винагорода не є відшкодуванням зроблених по збереженню речі витрат, тому що, по-перше, витрати повинні бути доведені в кожному окремому випадку, а тим часом у більшості випадків знахідки їх зовсім не буває (підняття гаманця на вулиці), і, по-друге, тому, що ч. 1 ст. 339 ЦК України указує особливо на відшкодування витрат разом з винагородою.

Невірним є припущення, що винагорода за знахідку становить стягнення з хазяїна за недбалість у зберіганні своєї речі. У силу чого особа, що знайшла річ, покликана карати того, хто загубив? З цього приводу Д.І. Мейєр говорить про те, чи може бути взагалі притаманна сучасному законодавству ідея покарання власника за негосподарське ставлення до речі, що йому належить? На це питання автор не дає відповіді, напевне, вважаючи її очевидною. Думаємо, що відповідь однозначна – ні.

Необхідним в даному контексті вважаємо розглянути значення терміну «винагорода». Так, у тлумачному словнику сучасної української

мови винагорода визначена як: 1) те, що є платою за працю, за які-небудь заслуги чи послуги; 2) те, що дається або робиться замість чого-небудь втраченого, не здобутого, компенсація (Загнітко А. П., Щукіна І.А. Великий тлумачний словник : Сучасна українська мова від А до Я. – Донецьк : БАО, 2008. – С. 79.).

Друге тлумачення взагалі не підходить до нашого випадку, адже особа, що знайшла річ, не втрачає її, оскільки вона ще не набула право на неї, тим більше не може йти мова про компенсацію.

Чи є винагорода, на яку претендує особа, що знайшла річ за ч. 2 ст. 339 ЦК України, платою за працю? Варто навести з цього приводу позицію Д.І. Мейера. Так, не погоджуючись з рішенням Сенату про те, що нагорода дається особі, що знайшла річ, не за те, що вона не спокусилась на злочин, а за працю при знахідці речі, автор наводить аргументацію, з якою можна погодитися, про невірність думки найвищої судової інстанції: «не можна вважати відповідну винагороду винагородою за працю, тому що найчастіше знахідка не пов'язана з якою-небудь працею. По-перше, підняти річ, віддати її не пов'язане з поняттям про трудову діяльність; працю можна було б побачити в оголошенні, але сам Сенат у тому же рішенні не визнав оголошення істотною умовою набуття права на винагороду за знахідку. По-друге, приставати на цю точку зору навіть небезпечно – прийдеться в кожному окремому випадку вирішувати, чи була докладена праця особою, що знайшла річ, і у випадку негативної відповіді необхідно відмовити у винагороді» (Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. ; [по исправл. и допол. 8-му изд.]. – 1902. – М. : Статут. – Ч. 2. – 1997. – С. 223). Далі автор робить висновок, що закон винагороджує сумлінність особи, що знайшла річ за те, що вона не приховала річ, і спонукує її до повернення власникові обіцянкою часткової майнової вигоди. У своєму роді премія за чесноту.

Тому тут можна говорити про виникнення так званих «заохочувальних відносин» – це відносні правовідносини, що складаються із права вимоги виплати грошової суми, видачі іншого майна або застосування іншого заохочення та кореспондуючого йому обов'язку таке заохочення здійснити. При цьому під заохоченням варто розуміти визнання зобов'язаною особою дій управомоченої правильними (належними, позитивними) і схвалення таких з метою спонукання управомоченої особи й надалі здійснювати подібні дії у відповідних ситуаціях. Передбачається, що реалізація заохочувальних правовідносин повинна сприяти збільшенню майнової сфери управомоченої особи, або зростанню поваги до неї самої або її окремих якостей (ділових, трудових, моральних і т.п.) іншими особами, або, нарешті, до підвищення рівня його самооцінки й самоповаги.

Думаємо, що винагорода за ч. 2 ст. 339 ЦК України представляє собою вид заохочувальних правовідносин. З цього приводу, напевне, законодавець мав би подібну «премію за чесноту» визначити як «нагороду»,

адже термін «нагорода» у тлумачному словнику сучасної української мови визначено як те, що сприймається як відзнака за хороші справи, заслуги, чесноти тощо. Цей термін більш точно, ніж термін «винагорода» відображає заохочувальний характер відповідної премії.

Костова Н.І.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільного права, кандидат юридичних наук

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ ПОДІЛУ ПУБЛІЧНОГО І ПРИВАТНОГО ПРАВА

З давніх-давен поняття «публічне і приватне» вживалися як протилежні за своїм змістом. В історії становлення юриспруденції, як теоретичній, так і практичній відчутно посилилась увага до дослідження цих «протилежностей», до з'ясування критеріїв розмежування тих двох частин об'єктивного юридичного права та, звичайно, до пошуку спільних рис і пересічних кордонів .

Теоретичне обґрунтування поділу системи права на публічне і приватне було сформовано ще за часів Стародавнього Риму. Адже саме у Дигестах Юстиніана римський юрист Ульпіан вперше стверджував, що вивчення права поділяється на дві частини: вивчення публічного і вивчення приватного. «Публічне право є те, що відноситься до стану римської держави; приватне право є те, що відноситься до користі окремих осіб; бо існує користь публічна та користь приватна. Приватне право має служити на користь окремих осіб та їх об'єднань, а публічне право– суспільній користі (Шабуніна В. В. Поділ права на публічне і приватне в римському праві Проблеми законності – 2006. – № 77. – С. 14-21). В основу розмежування було покладено такий критерій, як носій (отримувач) користі. Однак про наявність приватного права у цей період можна говорити лише умовно, адже правила, які містилися у збірках, мали казуїстичний характер і, будучи «перемішаними» із публічними нормами, базувалися на імперативних началах. Тому право на ранніх етапах мало безсистемний характер.

Спробу розвинути римське вчення про поділ права здійснив Ф.І. Савіньї. На його думку, розмежування між приватним та публічним правом слід проводити за ознакою мети та інтересу. «В публічному праві ціле (держава) є метою, а окрема людина посідає другорядне становище, і навпаки, у приватному праві окрема людина є метою, а ціле (держава) – засобом» (Савіньї Ф.І. Метод правового регулювання як критерій поділу позитивного права на приватне та публічне // Юридична Україна , – 2005. – № 3. – С 54-63). Разом із тим, цей учений підкреслював недостатність однієї лише категорії інтересу для відмежування приватного права від публічного. З огляду на те, що у праві слід розрізняти змістовний момент (інтерес,

користь) і формальний момент (захист, позов), він розумів приватне право як «самозахист інтересу», а публічне – як захист інтересу за ініціативою органів державної влади.

Опираючись на висунуту концепцію можна говорити про умовний поділ підстав: на «матеріальні», які використовують для розмежування категорії користі, мети, інтересу, суспільних та юридичних відносин; та «формальні», які вирізняють ці галузі права з позицій, зокрема, суб'єктного складу учасників відносин, становища суб'єктів, форм захисту, наслідків порушення права. Такий поділ права дістав теоретичну підтримку в працях мислителів Західної Європи Г. Гроція, Т. Гоббса, Ш. Монтеск'є, І. Канта та Г. Гегеля.

В кожній системі права є норми, які покликані забезпечувати, насамперед, загальнозначущі публічні інтереси, тобто інтереси суспільства, держави в цілому, а є норми, які захищають інтереси окремих осіб, перш за все – приватних власників. Але чи можемо ми говорити про абсолютну самостійність публічного і приватного інтересу.

Дореволюційний цивіліст Г.І. Шершеневич писав, що «суспільні інтереси охороняються настільки, наскільки вони повинні забезпечити благоденство приватних осіб, і навпаки, приватні інтереси охороняються настільки, наскільки вони поєднуються зі суспільними завданнями» (Шершеневич Г.І. Погляди українських представників теорії соціального права на проблему розмежування публічного і приватного права // Право України, 2005. – № 2. – С 118-120).

З огляду на такі міркування, помилковою є думка, що поділ був заснований тільки на поділі інтересу. Про це також свідчить те, що в публічному праві є низка інститутів, котрі безпосередньо спрямовані на захист саме приватних інтересів. Наприклад, норми Кримінального кодексу про відповідальність за злочини проти приватної власності покликані охороняти саме індивідуальні інтереси фізичних осіб. Тому якщо при «формуванні» системи права брати за критерій тільки характер інтересу, який було закладено з давніх–давен, то можна говорити про неповноцінність поділу.

На сьогодні існує безліч теорій та правових концепцій про поділ права на приватне і публічне. В основу яких покладено різне: предмет чи об'єкт, методи регулювання, чи сфера застосування. Всі правові галузі використовують єдині прийоми, методи, засоби правового регулювання, але в різному співвідношенні. Мова може йти лише про переважання тих або інших юридичних елементів – наприклад, загального блага над приватними інтересами, імперативного методу над диспозитивним. Тому теорія поділу права на публічне і приватне, на мою думку, є раціональною і необхідною для нормального функціонування правових систем. Але не варто також забувати і про їх спільні риси та неможливість існування цих систем без взаємодії.

Адаховська Н. С.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного права

ПРАВОПРИПИНЯЮЧІ ЮРИДИЧНІ ФАКТИ У ПРАВОВІДНОСИНАХ ОПІКИ ТА ПІКЛУВАННЯ

Правовідносини з опіки та піклування, як правило є триваючими правовідносинами хоча б тому, що одночасно вони в той же час являють собою особливий правовий стан. Однак будь-яке правовідношення, яким би тривалим воно не було, має певні часові рамки і обов'язково рано чи пізно припиняється. Тому досить складним і цікавим питанням, практично не розробленим у теорії цивільного права, є питання про правоприпиняючі юридичні факти у правовідносинах з опіки над майном.

Існує досить різноманітний спектр правоприпиняючих юридичних фактів. Багато в чому, це пояснюється труднощами в розмежуванні двох стадій розвитку правовідносин – зміни і припинення. Особливістю правовідносин опіки та піклування є значення суб'єктного складу їх учасників один для одного. Дійсно, здавалося б, найбільш значимим у правовідносинах повинен бути його зміст, а тому зміна прав і обов'язків повинно було б вести до його припинення і до виникнення нових правовідносин. Однак, що стосується досліджуваних правовідносин його учасники, особливо підопічний, практично не помічають зміни свого статусу; набагато важливіше для них збереження колишнього суб'єкта, якщо між учасниками правовідносин встановилася особисто-довірча атмосфера. Тому, зміна суб'єктного складу відповідних правовідносин є не правозмінюючим, а правоприпиняючим фактом. Це судження знаходить підтвердження в позиції законодавця, оскільки, не переоформлення спеціально повноважень опікуна до повноважень піклувальника, законодавець у той же час передбачає необхідність оформлення спеціальними актами органів опіки та піклування заміни одного суб'єкта правовідносини на іншого: приймається акт про звільнення або про відсторонення опікуна або піклувальника від покладених на нього обов'язків і акт про призначення нового опікуна або піклувальника для даного підопічного.

Звільнення опікунів або піклувальників від покладених на них обов'язків можливо також за їх власним проханням. Найчастіше для такого прохання є поважні причини: хвороба, суттєва зміна сімейного стану, відсутність взаєморозуміння з підопічним тощо.

Звільнення опікуна та піклувальника від виконання їх обов'язків можливе за однією з двох підстав: за заявою опікуна або піклувальника; за заявою органу опіки та піклування. Крім того, піклувальник може бути звільненим від повноважень за заявою особи, над якою встановлено піклування.

Залежно від підстав звільнення від обов'язків опікуна (піклувальника) закон визначає такий порядок звільнення.

1) Опікун або піклувальник можуть бути за їх заявою звільнені від виконання своїх обов'язків органом опіки та піклування.

2) За заявою органу опіки та піклування звільнити особу від повноважень опікуна або піклувальника може суд – у разі невиконання нею своїх обов'язків, а також у випадку поміщення підопічного до навчального закладу, закладу охорони здоров'я або закладу соціального захисту.

3) За заявою особи, над якою встановлено піклування, піклувальник звільняється від виконання своїх обов'язків (та повноважень) органом опіки та піклування.

Від звільнення опікуна (піклувальника) від виконання ним своїх обов'язків суттєво відрізняється інший правоприпиняючий юридичний факт: акт органу опіки та піклування про відсторонення зазначених осіб від виконання покладених на них обов'язків. Таку відмінність можна провести як з підстав, так і з правових наслідків. Припинення опіки можливе з таких підстав:

1) у разі передачі малолітньої особи батькам (усиновлювачам), про що орган опіки та піклування приймає відповідне рішення;

2) у випадку досягнення підопічним чотирнадцяти років. При цьому особа, яка виконувала обов'язки опікуна, стає піклувальником без спеціального рішення щодо цього;

3) у разі поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною. У цьому випадку рішення суду про поновлення цивільної дієздатності фізичної особи є підставою для рішення органу опіки та піклування про припинення опіки (ст. 76 ЦК України);

4) у випадку смерті опікуна або підопічного (п. 5.4 Правил опіки та піклування).

Підставами припинення піклування є:

1) досягнення фізичною особою повноліття;

2) реєстрація шлюбу неповнолітньої особи;

3) надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності;

4) поновлення судом цивільної дієздатності фізичної особи, цивільна дієздатність якої була обмежена (ст. 77 ЦК України);

5) смерть підопічного або піклувальника (п. 5.5 Правил опіки та піклування).

Опікун (піклувальник) може бути відсторонений від виконання покладених на нього обов'язків у наступних випадках: при використанні своїх прав опікуна або піклувальника підопічного в корисливих цілях; при залишенні підопічного без нагляду та необхідної допомоги; при виявленні органами опіки та піклування фактів суттєвого порушення прав та інтересів підопічного або при істотному порушенні встановлених законом правил охорони майна підопічного і (або) розпорядження його майном.

Що стосується правових наслідків звільнення та відсторонення опікунів і піклувальників від виконання ними своїх обов'язків, то різниця полягає в тому, що при звільненні опікуна або піклувальника від обов'язків у подальшому він знову може прийняти на себе такі обов'язки щодо того ж самого або іншого підопічного. Ніяких несприятливих наслідків у цьому випадку не виникає. Якщо ж опікун (піклувальник) відсторонюється від виконання покладених на нього обов'язків, то актом органу опіки та піклування про таке відсторонення фактично обмежується його сімейна правоздатність: він не може надалі прийняти на виховання у свою сім'ю дитину.

Акт органу опіки та піклування про звільнення або про відсторонення опікунів або піклувальників від виконання покладених на них обов'язків може бути оскаржений ними в судовому порядку.

Завершуючи дослідження питання про правоприпиняючі факти у правовідносинах з опіки та піклування, слід констатувати, що набагато більш значимими є правоприпиняючі склади: звільнення або відсторонення опікуна (піклувальника) від покладених на нього обов'язків призводить не до зміни правовідносин з заміною його суб'єкта, а до його припинення і до виникнення нового правовідносини зважаючи на особливу значущість суб'єктного складу як елемента структури даних правовідносин. Припинення опіки та піклування як правового стану веде до остаточного припинення правовідносини без виникнення нових правовідносин.

Денисюк В. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільного права

ЗНАЧЕННЯ ВОЛІ І ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ В ПРОЦЕСІ УКЛАДЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Правова природа порядку укладення договору полягає у визнанні його процесом формування волі та її фіксацію в умовах договору як домовленості. У літературі домовленість розглядається як спільний вольовий акт (волевиявлення) (Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор / Ф. И. Гавзе – М.: Юридическая литература, 1972. – с.85), або ж як погоджена воля сторін (Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М.: Госюриздат, 1950. – с. 95). З позицій загальної теорії права специфіка договору полягає у тому, що він виражає не одноособове чи єдине (злите) волевиявлення, а певну множинність відокремлених волевиявлень, які і погоджуються у договірному акті (Иванов В. В. К вопросу об общей теории договора / В. В. Иванов // Государство и право. – 2000. – № 12. с. 74).

Отже, домовленість складається із зустрічно спрямованих і взаємоузгоджених волевиявлень контрагентів. За загальним правилом, така

спрямованість носить взаємопротилежний характер. Так, якщо одна особа бажає продати земельну ділянку, то домовленості можна досягнути тільки з тією особою, яка бажає її купити. Воля і волевиявлення спрямовані на досягнення взаємопротилежного правового результату: у однієї сторони це припинення права власності і отримання грошових коштів, у другої – виникнення права власності і позбавлення певної суми грошових коштів. Винятками із загального правила є договір про спільну діяльність, договір простого товариства та установчий договір, у яких волевиявлення сторін не має зустрічного та взаємопротилежного характеру. Навпаки, воно має єдину спрямованість на досягнення спільної мети.

З тим, щоб зрозуміти правову природу домовленості необхідно проаналізувати категорії волі та волевиявлення. Воля – це внутрішня спрямованість, бажання кожного із учасників домовленості. Ця категорія є об'єктом дослідження не тільки юристів, але й психологів. Останні виділяють наступні її ознаки: 1) усвідомлений особою характер дії; 2) здатність людини коригувати свої дії; 3) наявність активності у подоланні труднощів (Филиппов М. М. Понятие воли в советской психологии. Опыт определения воли. Проблемы методологии и логики / М. М. Филиппов. – Томск: Изд-во Томского ун-та. – 1967. – с. 123). Тобто, воля з їхньої точки зору є суб'єктивним проявом ставлення особи до своїх дій.

На думку В. А. Ойгензіхта, воля – це психічне регулювання поведінки, яке полягає у детермінованому і мотивованому бажанні досягти поставленої мети у виборі рішень, розробці шляхів, засобів і застосуванні зусиль для їх здійснення (Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права) / В. А. Ойгензихт. – Душанбе: Дониш, 1983. – с. 24). Різноспрямовані інтереси суб'єктів тільки тоді перетворюються у договір, коли воля його учасників співпадає, стає єдиною, взаємоузгодженою. Таким чином, пише О. Ю. Скворцов, укладаючи договір його учасники, з одної сторони, погоджують свої інтереси, а з іншої вимушені самообмежувати себе, з тим щоб досягнути бажаного результату – укласти договір (Гражданское право: учебник в 3 т. – Т. 1 / [Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева и др.]; под ред. А. П. Сергеева. – М.: РГ-Пресс, 2011. – с. 839).

Волевиявлення – це зовнішнє вираження волі, воно має формуватися вільно, без жодного тиску з боку контрагентів чи третіх осіб. Без погодження волі як внутрішньої сторони домовленості неможливе і волевиявлення як форма зовнішнього вираження волі.

Перед тим як досягнути домовленості сторона повинна визначити свій інтерес (майновий чи немайновий) та підшукати контрагента, який зможе його задовольнити. Потреба задовольнити власний інтерес кожної зі сторін і складає вольовий момент майбутнього договору. Інтерес – це певна потреба в чому-небудь. Але потреба і інтерес – це не одне й те ж, хоча між ними існує нерозривний зв'язок. Співвідношення інтересу і по-

треби полягає у тому, що потреба – це певна взаємодія організму людини із зовнішнім матеріальним світом, яка характеризується фізичною залежністю і характерна як для людини, так і для тварини. Інтерес же представляє собою потребу, характерну для людини як для соціального суб'єкту, тобто потребу, що має соціальний характер. Потреба породжує інтерес, стає його змістом. Інтерес, що сформувався, означає конкретизацію потреби, тобто завершення процесу проходження потреби через свідомість суб'єкта і націленість суб'єкта на певне благо (майнове чи немайнове). Таким чином, потреба є первинною по відношенню до інтересу.

Про те, що має вирішальне значення у договорі – воля чи волевиявлення – у літературі висловлюються три точки зору. Перша зводиться до того, що у разі виникнення спору закон надає перевагу волі, а не волевиявленню (Н. В. Рабінович, В. А. Тархов). Інші вважають, що перевагу слід надавати саме волевиявленню (І.Б. Новицький). Також існує думка, що у всіх випадках має бути єдність волі і волевиявлення (О. О. Красавчиков, О.С. Іоффе).

Безумовно, воля у праві має вирішальне значення, вона є передумовою виникнення права, а будь-яка юридична дія відбувається з людської волі. Важливість волі має і законодавче підґрунтя. Так, договори із пороками волі незалежно від правомірності волевиявлення можуть бути визнані недійсними (ст.ст. 229-235 Цивільного кодексу України). Хоча на недійсність договору можуть впливати і пороки волевиявлення, тому абсолютизувати значимість чи то волі, чи то волевиявлення – неправильно.

Водночас не можна заперечувати той факт, що волевиявлення отримало в законодавстві ширше врегулювання, оскільки має об'єктивне вираження в усіх його проявах та формах при укладенні та виконанні договору. Наприклад, при тлумаченні змісту правочину суд з'ясовує наміри сторін (волю) тільки у тому разі, якщо акт волевиявлення сторін не дає змоги з'ясувати його зміст.

Судова практика свідчить, що при вирішення справи у рівній мірі враховується як воля сторони, так і її зовнішній прояв. А тому найбільш прийнятною здається третя позиція – у договорі вирішальне значення має єдність волі і волевиявлення.

Вонсович Х.І.

Чернівецький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільно-правових дисциплін

ПРАВО НА МАТЕРИНСТВО – СІМЕЙНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ

З плином часу роль жінки в суспільстві переглядається, тепер захоплення викликають сильні, впевнені в собі, успішні жінки, які можуть не просто самостійно прогодувати сім'ю, а й покласти на свої тендітні плечі величезне виробництво. Але якою б сильною не здавалася жінка в очах

оточуючих, головним її призначенням залишається народжувати і виховувати потомство.

Народження дитини є природною і водночас найважливішою соціальною функцією жінки, яку крім неї ніхто здійснити не може.

Право на материнство є одним із фундаментальних природних прав жінки взагалі і жінки, яка перебуває у шлюбі, зокрема. Природне право, як відомо, існує навіть тоді, коли воно не запино у законі.

Кожна жінка має право на материнство, яке конституційно закріплено і охороняється державою. Однією із основних цілей укладення офіційного шлюбу вважається народження в майбутньому дитини як продовження роду. Реалізація права на материнство та права на батьківство є законодавчим визнанням природного права жінки та чоловіка на статеве життя (Булеца С. Б., Іванов Ю. Ф., Ієвіня О. В. Науково – практичний коментар до Сімейного кодексу України. Станом на 01.09.2011р. – К.: «Видавничий дім «Професіонал», 2011. –с.72).

Своє право на материнство одні жінки (їх стає дедалі більше) здійснюють осмислено, відповідально. Шлюбна пара готується до того, щоб забезпечити здоров'я дитини і своє безжурне майбутнє. Для декого вагітність – це випадковість, неочікувана і часом навіть прикра. Трегі вважають народження дитини, навіть незважаючи на лікарські пересторогі, сенсом свого життя; інші – порятунком від тяжкої недугт, попри високу ймовірність передачі її дитині у спадок (Ромовська З. Я. Українське сімейне право: підручник [для студ. вищ. навч. закл.] Зорислава Ромовська. – К.: Правова єдність, 2009. – с.159).

Конституція України не дає ні права на життя, ні права на материнство вона лише закріплює ці природні права людини, встановлюючи гарантії їх здійснення.

Аналізуючи ст. 49 Сімейного кодексу України та інші законодавчі акти, можна дати таке визначення материнства в праві: материнство – це забезпечена законом можливість жінки здійснювати репродуктивну функцію народжувати здорових дітей, належним чином утримувати їх та виховувати в повазі до прав та свобод інших людей, любові до своєї сім'ї та родини, свого народу тощо.

Материнство як правове явище – це врегульовані законодавчими нормами суспільні відносини, спрямовані на захист інтересів матері і дитини, їх майнову і моральну підтримку. Воно включає не тільки заходи державного впливу, а й деякі особисті права жінки як дружини (Дякович М. М. Сімейне право України. Навч. посіб. 2-ге вид. випр. та доп. – К: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – с.130).

Поняття «материнства» включає в себе і фізіологічний стан жінки під час вагітності, і її соціальне становище. А також її моральний настрій (Сімейний кодекс України: науково – практичний коментар/ Жилінкова

І.В., Антошкіна В. К., Д'ячкова Н. А., Москалюк В. Ю. та ін./ за ред. Жилінкова І.В К. – 2008. – с.451).

Право на материнство – це можливості жінки у забезпечені комплексу потреб, які пов'язані з народженням, розвитком, вихованням, утриманням своєї дитини відповідно до Конституції та законодавства України (О. М. Гончаренко Право на дитинство, право на материнство, право на батьківство: порівняльний аналіз – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/nvnau_pravo/2012_173_1/12gom.pdf).

Зміст особистого немайнового права жінки на материнство становлять правомочності дружини з приводу вирішення: мати чи не мати дитину. З метою охорони здоров'я жінки їй надається право самій вирішувати питання про материнство, саме тим вона має вона має можливість реалізувати право на репродуктивну свободу, яку слід розглядати в аспекті права на життя.

Право дружини на материнство може бути, за нормальних обставин, реалізоване завдяки статевим стосункам з її чоловіком, небажання чоловіка мати дитину або його нездатність до зачаття дитини може спричинити розірвання шлюбу. В свою чергу відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини також може бути причиною розірвання шлюбу. Тут потрібно зазначити, що причини для небажання мати дитину ролі не відіграють. Те ж саме можна сказати і не тільки про небажання, але й про, наприклад, відкладення наміру завести дитину на інший, пізніший час тощо.

Материнство, як врегульовані законодавчими нормами суспільні відносини, спрямовані на захист інтересів матері і дитини, їх майнову і моральну підтримку. Материнство включає не тільки заходи державного впливу, а її деякі особисті права жінки як дружини. Включення в систему особистих немайнових прав права жінки на відшкодування моральної шкоди за позбавлення її можливості народити дитину автоматично відносить кошти, одержані за таке відшкодування, до особистої власності дружини.

Право на материнство як сімейне право, включає в себе також певні обов'язки другого із подружжя. Вагітній дружині мають бути створені у сім'ї умови для збереження її здоров'я та народження здорової дитини. Дружині-матері мають бути створені в сім'ї умови для поєднання материнства зі здійсненням нею інших прав та обов'язків.

Отже, право на материнство – це не тільки сімейно-правовий інститут, а явище більш широке. Зміст цього права становлять не лише сімейно-правові норми, а й норми конституційного, цивільного, трудового, адміністративного, кримінального та інших галузей права.

Подчаха Д. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного права

ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Реальне виконання іпотечних зобов'язань неможливе без застосування норм звернення стягнення на предмет іпотеки. Зрозуміло, що далеко не завжди іпотека приводить до звернення стягнення на предмет застави.

Стягнення на предмет іпотеки для задоволення вимог іпотекодержателя може бути звернуто в разі невиконання або неналежного виконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання.

Причому стягнення накладається при невиконанні зобов'язання боржником за обставинами, за які він відповідає. Не можна звертати стягнення на заставлене майно, якщо зобов'язання не було виконано боржником з причин, пов'язаних з дією непереборної сили (Кізлова, О. С. Застава в цивільному праві України (концептуальні засади та правова природа) : 12.00.03 : дис. .. д-ра юрид. наук / Кізлова Олена Сергіївна ; НУ «ОЮА». – Одеса, 2011)

У разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель може надіслати іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. В цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги.

Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель має право розпочати звернення стягнення на предмет іпотеки.

Відповідно до Закону України «Про іпотеку» звернення стягненття на предмет іпотеки, здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя. Винятком із такого правила є норма, згідно з якою звернення стягнення на майно, що є предметом іпотеки і належить державному чи комунальному підприємству або підприємству більше ніж на 50 % акцій (часток, паїв) якого перебуває у державній власності, здійснюється тільки на підставі рішення суду (Про іпотеку: Закон України від 05.06.03 № 898-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.).

Також зазначимо, що відповідно до діючого законодавства України, якщо предметом іпотеки є два або більше об'єкти нерухомого майна, стягнення звертається в обсязі, необхідному для повного задоволення вимог іпотекодержателя.

Якщо предметом іпотеки є об'єкти, які належать різним особам, та задоволення отримується за рахунок частини переданого в іпотеку майна, ті

іпотекодавці, на майно яких було звернено стягнення, мають право на пропорційне відшкодування від іпотекодавців, на майно яких не зверталось стягнення, і набувають прав іпотекодержателя на частину майна, на яку не було звернено стягнення, для забезпечення такого відшкодування.

І якщо перші дві підстави звернення стягнення на предмет іпотеки є для нас звичним то укладення договору про задоволення вимог іпотекодержателя є досить новим і викликає багато запитань.

Відзначимо, що згідно до законодавства України передбачається наступне: сторони іпотечного договору можуть вирішити питання про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору. Позасудове врегулювання здійснюється згідно із застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі, або згідно з окремим договором між іпотекодавцем і іпотекодержателем про задоволення вимог іпотекодержателя, який підлягає нотаріальному посвідченню і може бути укладений в будь-який час до набрання законної сили рішенням суду про звернення стягнення на предмет іпотеки (Про іпотеку: Закон України від 05.06.03 № 898-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.).

Разом з тим, законодавством передбачена передача предмета іпотеки в управління. Тому після прийняття рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки і з метою отримання продукції, плодів та доходів, забезпечення належного господарського використання переданого в іпотеку нерухомого майна згідно з його цільовим призначенням предмет іпотеки на підставі договору між іпотекодавцем і іпотекодержателем або рішення суду може бути переданий іпотекодержателю або іншій особі в управління на період до його реалізації відповідно до Закону України «Про іпотеку». Управління майном здійснюється відповідно до законодавства та умов, визначених договором чи рішенням суду. Продукція, плоди і доходи, отримані в результаті управління предметом іпотеки, спрямовуються на задоволення забезпечених іпотекою вимог іпотекодержателя, якщо інше не встановлено договором або рішенням суду.

Зазначимо, що іпотекодержатель несе відповідальність за задоволення прав чи вимог інших осіб на предмет іпотеки, які мають вищий пріоритет. Задоволення прав чи вимог осіб з нижчим пріоритетом здійснюється у межах перевищення вартості нерухомого майна, визначеної шляхом його оцінки, після задоволення прав чи вимог, які мають вищий пріоритет, над розміром забезпеченої іпотекою вимоги іпотекодержателя.

Також, на наш погляд, викликає сумнів доцільність звернення стягнення на предмет іпотеки в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріуса, оскільки дана процедура не в повній мірі захищає права кредитора у звязку з необхідністю подальшого звернення до Державної виконавчої служби.

Ущапівська Л. В.
Інститут держави і права ім. В. М. Корецького, здобувач

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РЕОРГАНІЗАЦІЇ ГРОМАДСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ

Вперше на кодифікованому рівні інститут реорганізації юридичної особи був введений у ЦК УРСР 1963 року. Сьогодні ЦК України не виділяє ані серед способів створення, ані припинення юридичної особи реорганізацію. Натомість, ГК України у ст.56 визначає, що суб'єкт господарювання може бути утворений шляхом заснування нового, реорганізації (злиття, приєднання, виділення, поділу, перетворення) діючого (діючих) суб'єкта господарювання. А ст.59 ГК України передбачає, що припинення діяльності суб'єкта господарювання здійснюється шляхом його реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації.

Отже, ГК України встановлює, що в процесі реорганізації відбувається припинення існуючої та створення нової юридичної особи. Натомість, ЦК України не дає визначення а ні поняття, а ні форм реорганізації (лише перетворення (ч.1 ст.108 ЦК) та виділ (ч.1 ст.109 ЦК)).

Про можливість створення юридичної особи у процесі реорганізації зазначається в ЦК інших держав, зокрема в ст.58 ЦК Російської Федерації та в ст.46 ЦК Республіки Казахстан.

З огляду на викладене, було б доцільним закріпити у ЦК України визначення поняття «реорганізація юридичної особи» та «форми реорганізації юридичної особи».

Якщо ж звернутися до визначення поняття реорганізації, яке дають науковці, то тут не існує єдності. Ми підтримуємо думку тих вчених, які визначають реорганізацію як припинення існуючих і (або) створення нових юридичних осіб, у результаті чого має місце правонаступництво. (Мартышкин С. В. Понятие и признаки реорганизации юридического лица: дисс. канд. юрид. наук: 12.00.03, Самара, 2000. – с.7; Кучеренко І.М. Організаційно–правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – с.48)

З огляду на це, а також враховуючи норми ГК України, ми вважаємо, що законодавець не правильно в Законі України «Про громадські об'єднання» відніс ст.27 «Реорганізація громадського об'єднання» до Розділу IV «Особливості припинення громадських об'єднань».

На нашу думку, доцільною є необхідність внесення змін до Закону України «Про громадські об'єднання», виділивши окремий розділ під назвою: «Реорганізація громадських об'єднань як припинення існуючих і (або) створення нових об'єднань». А також пропонуємо дати наступне визначення: «Припинення існуючих і (або) створення нових громадських об'єднань у результаті правонаступництва може відбуватись внаслідок

реорганізації (злиття, поділу, перетворення, приєднання, виділу) діючого (діючих) громадського об'єднання».

Щодо реорганізації громадського об'єднання як непідприємницького товариства у підприємницьке, то, на нашу думку, таке перетворення призведе до зміни основних цілей діяльності громадського об'єднання та виникнення іншої організаційно – правової форми, що матиме на меті отримання прибутку. З огляду на це, громадське об'єднання втратить непідприємницький статус.

Стаття 27 Закону України «Про громадські об'єднання» встановлює, що реорганізація громадського об'єднання, яке має статус юридичної особи, здійснюється шляхом його приєднання до іншого громадського об'єднання такого самого статусу. Реорганізація здійснюється на підставі рішення громадського об'єднання, яке приєднується, про припинення діяльності з приєднанням до іншого об'єднання та рішення громадського об'єднання, до якого приєднуються, про згоду на таке приєднання.

Приймаючи до уваги норми даної статті, стає зрозумілим, що законодавець встановив лише одну форму, в якій можлива реорганізація громадського об'єднання – це приєднання. Ми не можемо погодитись з даною нормою закону, оскільки, як уже зазначалось вище, існує п'ять форм реорганізації юридичних осіб (злиття, приєднання, поділ, перетворення, виділ) і вони притаманні громадському об'єднанню.

Пропонуємо внести зміни до Закону України «Про громадські об'єднання», встановивши форми, в яких можлива реорганізація громадських об'єднань. Зокрема, ст.27 викласти в такій редакції: «Реорганізація громадського об'єднання, яке має статус юридичної особи, здійснюється у формах злиття, приєднання, поділу, перетворення, виділу. Реорганізація здійснюється на підставі рішення громадського об'єднання, яке реорганізується, про згоду на таку реорганізацію». Крім того, вважаємо за необхідне внести уточнення в ч.10 ст.9: «Вимоги цієї статті застосовуються також щодо рішень стосовно створення нового громадського об'єднання, які приймаються у зв'язку з реорганізацією (злиття, приєднання, поділ, перетворення, виділ) громадського об'єднання».

З урахуванням вищевикладеного, можна зробити висновок стосовно особливостей, які характерні для реорганізації громадських об'єднань. По-перше, при реорганізації відбувається сукупність послідовних дій як щодо припинення громадських об'єднань, так і щодо їх створення. По-друге, при створенні громадських об'єднань у процесі реорганізації не здійснюються певні дії, які потрібно здійснити при первинному створенні громадських об'єднань. Зокрема, відсутня необхідність укладення засновниками договору про створення громадського об'єднання. По-третє, при створенні громадського об'єднання в процесі реорганізації не можна стверджувати, що громадське об'єднання створюється в процесі заснування та про виділення таких суб'єктів створення громадського об'єднання,

як засновники, оскільки створення громадського об'єднання відбувається саме в процесі реорганізації, а не заснування. По-четверте, для створення громадського об'єднання в процесі реорганізації необхідно здійснити ряд послідовних дій саме громадським об'єднанням, яке реорганізується, а не особами, які стануть учасниками створеного в процесі реорганізації громадського об'єднання.

Єременко К. О.
Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри цивільного права

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ НЕДОТРИМАННЯ ВИМОГ ЩОДО ФОРМИ ПРАВОЧИНУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ ТА ФРАНЦІЇ

Для сучасної науки цивільного права характерною є тенденція збільшення уваги до питань форми правочинів, дослідження правових наслідків недотримання визначених законом вимог щодо форм правочинів. Це обумовлено необхідністю забезпечити захист прав учасників цивільного обігу, оскільки форма правочину слугує надійним забезпеченням його належної реалізації.

Звернемося до правового регулювання форми правочину за німецьким законодавством, оскільки історично воно має найбільший вплив на сучасне цивільне законодавство України. Німецький законодавець визначає правочин як окреме (приватне) волевиявлення. При цьому він не обмежує це поняття лише дією, а вважає правочином також бездіяльність, яка також є волевиявленням (Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. – М. : Спарк, 2001. – с. 314).

Німецьке законодавство виходить з принципу свободи форми вчинення правочину, визначена форма правочину розглядається як виняток з цього принципу, який може бути встановлений або законом, або сторонами правочину. Зокрема, у п. 126 НЦК зафіксована вимога про обов'язкову письмову форму договору, якщо на неї є пряма вказівка закону (Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению / [пер. с нем. ; сост. В. Бергман]. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 415 с.).

Аналіз німецького законодавства дозволяє визначити наступні випадки, коли договір має бути укладений у письмовій формі, що залежить, зокрема від: строку дії договору (наприклад, у письмовій формі відповідно до п. 566 НЦК має бути укладений договір майнового найму на строк більше одного року); виду договору, незалежно від строку дії і суми (наприклад, у письмовій формі укладаються відповідно до п. 766, п. 492 НЦК договори поручительства, позики); сторін та характеру правочину (так, у письмовій формі мають бути укладені деякі комерційні правочини, тобто правочини підприємця, які стосуються його комерційної діяльності); пред-

мету договору (тут вже передбачена складна письмова форма, як, наприклад, для договору про передачу права власності на землю, коли потрібно або нотаріальне посвідчення договору, або внесення запису у поземельну книгу) (Епифанова В. В. Форма сделки: теория и практика реализации в гражданском законодательстве: дис. канд. юрид. Наук : 12.00.03 / Валерия Владимировна Епифанова. – Краснодар, 2009. – с. 67-68).

Слід зазначити, що нотаріальна форма правочину у Німеччині має свою специфіку. При нотаріальному посвідченні правочину сторони мають виявити свою волю, а нотаріус занести її у протокол. Після цього протокол зачитується сторонам у присутності нотаріуса і підписується ними. Таким чином сторони виявляють свою волю шляхом визнання формулювань волевиявлень, які містяться у протоколі (Шапп Я. Основы гражданского права Германии: учебник / Ян Шапп; [пер. с нем. К. Арсланова]. – М.: Издательство БЕК, 1996. – с. 220).

Схожі з німецькими положення про форму правочину містяться у ЦК Франції. Зокрема, у ст. 1108-1 ЦКФ також, як і у НЦК закріплено положення про те, що письмова форма договору є обов'язковою, якщо на це є пряма вказівка закону. При визначенні обов'язковості письмової форми для правочину французький законодавець виходить з суми правочину. Зокрема, обов'язкова письмова форма передбачена для правочинів на суму більше 1500 євро.

Так, відповідно до ст. 1341 ЦКФ, будь-які правочини, у тому числі добровільне зберігання, які перевищують суму або вартість, встановлену декретом (ця сума з 1 січня 2005 року складає 1500 євро), мають бути оформлені нотаріально посвідченим документом або документом, укладеним у простій письмовій формі. Правовими наслідками недотримання вимог щодо форми такого правочину є неприпустимість застосування показань свідків, що ставлять під сумнів або виходять за межі змісту цих документів, а також таких показань, які відносяться до тверджень, що нібито мали місце до, під час, або після складання цих документів, навіть якщо йдеться про меншу суму або вартість (Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) [пер., коммент. и справ. аппарат В. Захватаева ; отв. ред. А. Довгерт]. – К.: Истина, 2006. – с. 419). Отже, правочини на суму менше 1500 євро можуть бути укладені в усній формі.

Форма правочину за законодавством Франції визначається також його предметом. Наприклад, відповідно до ст. 2326 ЦКФ, договірна іпотека може бути встановлена лише нотаріально посвідченим договором. У такій самій формі відбувається передача або відміна іпотеки. Такий підхід обумовлений цінністю та значимістю нерухомого майна, яке є предметом іпотеки.

У письмовій формі, за французьким законодавством, укладаються також наступні правочини: заповіт (може бути вчинений власноруч або посвідчений нотаріально двома нотаріусами чи одним нотаріусом у присут-

ності двох свідків – ст. ст. 970, 971 ЦКФ), договір дарування (такі договори мають бути нотаріально посвідчені і оригінал зберігається у нотаріуса – ст. 931 ЦКФ). Правовими наслідками недотримання вимог щодо письмової форми таких правочинів є їх недійсність (ст. ст. 931, 1001 ЦКФ).

Крім того, права із правочинів відчуження, дарування, іпотеки нерухомості підлягають державній реєстрації (ст. 2315-2323 ЦКФ). Правовими наслідками недотримання вимог щодо реєстрації прав із правочинів з нерухомістю є те, що такі права не мають сили відносно третіх осіб, які набули прав на те саме нерухоме майно від того самого власника (ст. 2322 ЦКФ).

Таким чином, на сьогоднішній день у європейських країнах склався підхід, відповідно до якого правочини вчиняються у будь-якій формі за бажанням сторін, за винятком випадків, коли для них законом встановлена обов'язкова письмова форма або необхідність дотримання інших формальних вимог. Наслідками недотримання вимог щодо форми правочинів є, як правило, їх недійсність.

Горобченко Ю. Ю.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри цивільного права

СПАДКУВАННЯ ФАКТИЧНОГО ПОДРУЖЖЯ

Із введенням обов'язкової форми шлюбу – фактичне шлюбне співжиття, не зареєстроване у встановленому законом порядку, як це не парадоксально, називають також шлюбом.

Так само як і жінка та чоловік, що перебувають у зареєстрованому шлюбі, фактичне подружжя може визнаватися сім'єю і тоді, коли жінка та чоловік, які перебувають у таких відносинах, у зв'язку з роботою, навчанням, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин деякий час не проживають разом.

У разі смерті одного з подружжя, на ім'я якого оформлене це майно, інший може сподіватися на достойний розмір спадщини, тільки якщо на його користь був залишений заповіт або якщо він знаходився на утриманні померлого. Досить часто зустрічається ситуація коли особа, яка проживала у фактичному шлюбі багато років, отримує зовсім не великі права на спільно нажите майно або ж не отримує їх зовсім.

Як правило, майже вся спадщина померлого переходить до його офіційних родичів.

З прийняттям нового Цивільного кодексу України становище таких осіб дещо змінилося. Згідно з главою 86 ЦК України, що присвячена спадкуванню за законом, існує шість черг спадкоємців за законом. Згідно зі ст. 1264 ЦК України у четверту чергу право на спадкування за законом мають особи, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менше як

п'ять років до відкриття спадщини, ведучи спільне господарство, надаючи допомогу одне одному (Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // Офіційний вісник України. – 2002. – № 7. – Ст. 273). Особа, яка претендує на спадщину, має довести що проживала зі спадкодавцем однією сім'єю (мала спільне господарство, витрати тощо) і що це тривало не менше як п'ять років до часу відкриття спадщини. Найпростішим, але не завжди дієвим способом доказу є показання свідків. Так аргументи можуть слугувати відомості про те, що один з учасників фактичних шлюбних відносин за період спільного проживання не мав достатніх коштів для придбання або покращення майна без залучення коштів іншого. Більшу доказову силу мають документи, які можуть підтвердити наявність заробітку чи іншого доходу, отримання кредиту в банку на ім'я одного або обох учасників фактичного шлюбу, договори про позику, дарування грошей, або документи, що підтверджують витрати на спільне майно (Зенкін Д. Право на майно чоловіка та жінки, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі // Юридична Україна. – 2010. – № 10 (58)).

Окремо хотілося б зазначити, що проблеми можуть виникнути також при визначенні строків, у межах яких учасник фактичних шлюбних відносини може звернутися до суду з вимогою про захист свого права та інтересу. По суті ідеться про відсутність визначення чіткого визначення факту (дати) виникнення фактичних шлюбних відносин, що в свою чергу породжує складності відносно процедури обчислення строків позовної давності.

Ще один момент – спадкування майна спадкодавця, який перебував у фактичних шлюбних відносинах із можливим спадкоємцем, не потрібно плутати з поділом майна між жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, адже майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними (Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року зі змінами // Офіційний вісник України. – 2003. – № 14. – Ст. 461). Відповідно у разі смерті одного з них, так само як і при поділі спільного сумісного майна, мають бути чітко визначені і виділені в натурі їхні частки, які за загальним правилом є рівними (тобто складають ½ від спільного сумісного майна). У разі виникнення спору питання може бути вирішено судом.

Тобто якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними (Марченко В. Порядок спадкування громадянами, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах // Наук. – практ. журнал Мала енциклопедія нотаріуса. – 2009. – № 3 (45).

Пошуки досягнення ефективної державної політики стосовно правового регулювання фактичного шлюбу потребують глибоких та всебічних досліджень.

Отже, проживаючи у правовій державі, держава охороняє сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї. Тільки шлюб зареєстрований державою, може бути найкращим гарантом захисту власних інтересів та прав у сімейних стосунках (при розподілі майна, утриманні подружжя, дітей, спадкуванні тощо).

Нівня І.М.
Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри цивільного права

ЩОДО ДЕЯКИХ АСПЕКТІВ ЮРИДИЧНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОНЯТТЯ «ЕКСПРОПРІАЦІЯ»

Інститут примусового відчуження об'єктів права приватної власності, зумовленого суспільною необхідністю, не є абсолютно новим для українських реалій. Однак, достатньо обґрунтованих та продуктивних досліджень на теренах нашої держави майже не має. Аналогічною є й ситуація в чинному законодавстві, яке регулює лише окремі питання, однак не містить ані загальної кваліфікації, ні кваліфікації окремих видів цього інституту. Майже не розглянутим є й питання правового аналізу експропріації на сучасному етапі розвитку права. Окремі наукові дослідження питання примусового відчуження майна можна знайти в працях таких вчених, як Р. Майданник, А. Мірошниченко, М. Федорченка, та ін.

На жаль, українським законодавцем і правозастосовчою практикою абсолютно ігнорується вживання терміну «експропріація», що, на нашу думку, є не виправданим (Мірошниченко А. М. Порівняльно-правовий аналіз поняття «експропріація» (на прикладі експропріації земельних ділянок) / А. М. Мірошниченко, П. В. Пушкар // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – № 3 (77). – С. 54– 63). Тому ми пропонуємо розглянути деякі аспекти юридичної кваліфікації даного поняття.

Перш ніж перейти до аналізу чинного законодавства, спочатку з'ясуємо значення слова «експропріація». Так, словник іншомовних слів пропонує декілька визначень даного поняття: по-перше, це – примусове вилучення майна у власність держави, по-друге – позбавлення засобів виробництва, яке здійснюється економічним шляхом або за допомогою прямого насильства (Словник іншомовних слів [Електронний ресурс]/ Режим доступу: http://slovopedia.org.ua/36/53397/239297.html, вільний – Загл. з екр. – Мова укр.). З юридичної точки зору поняття «експропріація» (від пізньолатинського «exprorpriation» – позбавлення власності) в українському виданні «Юридична енциклопедія» визначено, як примусове безоплат-

не або оплатне відчуження майна органами державної влади, як правило, незалежно від згоди власника. Об'єктом експропріації може бути як нерухоме (наприклад, земля, підприємства), так і рухоме (благородні метали, дорогоцінне каміння) майно. (Коссак В. М. Експропріація // Юридична енциклопедія: в 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко. (голова редкол.) та ін.]. – К. : Українська енциклопедія, 1998. Т. 2 (Д-Й). – 1999. – 744 с.) Дане визначення, на нашу думку, є найбільш повним, адже слушною видається вказівка на неістотність згоди власника щодо здійснення примусового відчуження державою його майна, що дає підстави, з одного боку визначити волю владного суб'єкта (набувача), основним елементом складу таких правовідносин, а з іншого – вважати, що таке відчуження не обов'язково містить конфлікт інтересів щодо самого його факту.

На жаль, в сучасній юридичній науці не сформовано єдиного підходу щодо місця експропріації в системі заходів примусового відчуження об'єктів права приватної власності для суспільних цілей. Так, М. Щербина вважає, що «експропріація» є загальним терміном для позначення всіх видів примусового відчуження майна в публічних інтересах та виникнення права власності у держави (Коссак В. М. Експропріація / / Юридична енциклопедія: в 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Українська енциклопедія, 1998. Т. 2 (Д-Й). – 1999. – 744 с.).

Деякі ж вчені розглядають експропріацію як форму націоналізації. Наприклад, Богуславськй вважає, що експропріація є заходом вилучення окремих об'єктів у власність держави (Гражданское право. Ч. 1 / [под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева]. – М. : Юристъ, 1997. – 472 с.).

Формування цілісної нормативно-правової бази, спрямованої на впорядкування відносин, щодо відчуження земель приватної власності в суспільних інтересах, – надзвичайно складний і багатогранний процес. На сьогодні такі відносини в законодавстві врегульовані Законом України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17 листопада 2009 року (Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності : Закон України від 17 листопада 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 1. – Ст. 2.).

Зазначимо, також, що в національному праві поняття «експропріація» набуло юридизації в рамках укладених Україною з іншими державами міжнародних двосторонніх договорів про економічне співробітництво, сприяння та взаємний захист іноземних інвестицій. Для позначення заходів примусового відчуження об'єктів права приватної власності, зумовленого суспільною необхідністю, в таких інвестиційних договорах застосовують різні терміни («відчуження», «позбавлення та

обмеження», «примусові заходи») (Кириленко І. Правове регулювання державної власності у різних країнах / І. Кириленко / / Право України. – 1997. – № 11. – С. 27-31.).

Нині ж експропріація, як зазначають українські фахівці, є однією з трьох основних причин (до них відносять також відмову в правосудді, порушення справедливого та рівного ставлення до іноземних інвесторів), з яких іноземні інвестори звертаються до міжнародного арбітражу (Министерство юстиции пока не проиграло ни одной тяжбы с инвесторами в международном арбитраже [Электронный ресурс] // Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України. – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0Z9046 , вільний – Загл. з екр. – Мова укр.).

Тож, поняття «експропріація» потребує належної юридичної кваліфікації в праві України.

Зайцев А. Ю.

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького
Національної академії наук України, аспірант

СУЧАСНІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО

Враховуючи соціальну та матеріальну значимість житла для суб'єктів права власності, вкрай актуальним є дослідження даної проблематики з метою подальшого вдосконалення чинного законодавства, що регулює питання пов'язані із житлом, прав на нього, захисту цих прав, у тому числі і права власності.

Суспільні відносини з приводу володіння, користування та розпорядження житлом, прав на нього регулюються багатьма нормативними актами України. Перш за все це Конституція України, яка закріплює основні засади прав на житло людини, право власності та гарантії його захисту. Цивільний кодекс України, який є безпосереднім законодавчим актом, що розкриває основні засади права власності. Зокрема в главі 28 ЦК України визначено поняття житла, його види та основні права власника житла. Практичне значення мають відповідні постанови Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, щодо вирішення судами тих чи інших справ пов'язаних з правом власності на житло.

Проте, важливе теоретичне та практичне значення має вивчення та удосконалення проблеми захисту права власності на житло, в тому числі судового. Захист права власності гарантується Конституцією України, ЦК України, іншими нормативно-правовими актами, втім, на даному етапі розвитку суспільних відносин, це питання потребує досконалого дослідження з огляду на його врегульованість в законодавстві та практику його застосування.

Захист права власності на житло необхідно розглядати як передбачені законодавством заходи, що здійснюються державними органами, з визнання порушення та поновлення цих прав і законних інтересів власників житла. Захист також включає заходи, спрямовані на припинення правопорушень, застосування до правопорушників передбачених законом заходів відповідальності.

Поширеними є питання захисту прав власника житла у спорах з особами, що проживають в ньому.

Одним із способів такого захисту є звернення власника з позовом про визнання особи такою, що втратила право користування житловим приміщенням, або виселення.

В даному випадку слід розрізняти правовідносини, які виникають між власником та колишнім власником житла, правовідносини, які виникають між власником житла та членами його сім'ї, колишніми членами його сім'ї, а також членами сім'ї колишнього власника житла.

У першому випадку власник житла має право вимагати визнання колишнього власника таким, що втратив право користування, виселення та зняття його з реєстрації. При цьому втрата права користування житловим приміщенням є наслідком припинення права власності на житлове приміщення у колишнього власника житла.

В іншому випадку члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право користування цим житлом відповідно до закону (особистий сервітут, частина перша статті 405 ЦК України). Таким законом не може бути Житловий кодекс Української РСР, а застосуванню підлягають норми, передбачені главою 32 ЦК України.

З урахуванням цього слід дійти висновку, що стосовно права членів сім'ї власника житлового приміщення на користування ним підлягають застосуванню положення статті 405 ЦК України. Оскільки інше не встановлено законом, договором чи заповітом, на підставі яких встановлено сервітут, то відсутність члена сім'ї понад один рік без поважних причин є юридичним фактом, що тягне втрату членом сім'ї права користування житлом.

Колишні члени сім'ї власника житла також наділені відповідно до закону житловим сервітутом, оскільки ч. 4 ст. 156 ЖК УРСР передбачає збереження права користування житлом для членів сім'ї, які припинили сімейні відносини з власником будинку (квартири), при умові збереження права власності на будинок (квартиру) цього ж власника, тобто при незмінності власника майна.

В іншому становищі перебувають колишні члени сім'ї колишнього власника житла у спорі про захист прав власності на житло з його діючим власником.

Так, ст. 41 Конституції України, ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, протоколами № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції закріплено принцип непорушності права приватної власності, який означає право особи на безперешкодне користування своїм майном та закріплює право власника володіти користуватися і розпоряджатися належним йому майном, на власний розсуд учиняти щодо свого майна будь-які угоди, відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст.ст. 316, 317, 319, 321 ЦК України).

Гарантуючи захист права власника, закон надає власнику право вимагати усунення будь-яких порушень його права, хоч би ці порушення і не були поєднані з позбавленням володіння. Способи захисту права власності передбачені нормами ст.ст. 16, 386, 391 ЦК України.

Об'єктом власності особи може бути, зокрема, житло – житловий будинок, садиба, квартира (ст.379,382 ЦК України).

Права власника житла визначені ст. 383 ЦК України та ст. 150 ЖК УРСР, які передбачають право власника використовувати житло для власного проживання, проживання членів сім'ї, інших осіб і розпоряджатися своїм житлом на власний розсуд.

Обмеження чи втручання в право власника можливе лише з підстав, передбачених законом.

Відповідно до ч. 1 ст. 156 ЖК УРСР з урахуванням положень ч. 1 ст. 405 ЦК України, члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним у будинку (квартирі), що йому належить, користуються жилим приміщенням в обсязі, визначеному відповідно до угоди з власником.

Аналіз змісту вказаних правових норм свідчить про те, що право члена сім'ї власника будинку (квартири) користуватися цим житлом існує лише за наявності у власника права приватної власності на це майно.

Із зазначеного слід дійти висновку, що виникнення права членів сім'ї власника будинку (квартири) на користування цим будинком та обсяг цих прав залежить від виникнення у власника будинку права власності на цей будинок, а відтак – припинення права власності особи на будинок припиняє право членів його сім'ї на користування цим будинком.

Передбачаючи право власника житлового будинку (квартири) на відчуження цих об'єктів, закон не передбачив при цьому перехід прав і обов'язків попереднього власника до нового власника в частині збереження права користування житлом (житлового сервітуту) членів сім'ї колишнього власника у випадку зміни власника будинку (квартири) на відміну від договору найму оренди житла – ст. 810, 814 ЦК України.

Зазначені висновки не суперечать нормам ст. 47 Конституції України, ст. 9 ЖК УРСР, ст. 311 ЦК України, враховуючи, що право на житло (користування ним, усунення перешкод у користуванні ним) підлягає захисту лише у випадку порушення прав особи.

Казарян К. А.
Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна,
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ІНСТИТУТУ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ ТА УКРАЇНИ

Соціально-економічний розвиток та еволюція цивільно-правових і сімейних відносин в Україні закономірно привели до появи інституту шлюбного договору. Більшість країн світу давно визнали доцільність існування інституту шлюбного договору в законодавстві. Оскільки сімейне законодавство Німеччини подібне українському, пропонуємо зробити порівняльно-правовий аналіз інституту шлюбного договору за законодавствами цих країн.

Дослідження інституту шлюбного договору були предметом розгляду у вітчизняній та зарубіжній літературі таких науковців як І.В. Жилінкова, З.В. Ромовська, С. Я. Фурса, М. В. Антокольська, В.І Борисова, О. В. Дзера, А.С. Довгерт, Л. П. Ануфриева та інших вчених в сфері цивільного та сімейного права. Але загальна теорія договірного права щодо подружніх договорів в Україні залишається недостатньо розвиненою, оскільки порівняно з іншими країнами, строк існування цього правового інституту в нашій державі дуже короткий.

Інститут шлюбного контракту введено до Кодексу про шлюб та сім'ю України 23 червня 1992 року (Закон України № 2488-12). Значного розвитку інститут шлюбного договору в Україні набув з прийняттям 10 січня 2002 р. нового Сімейного кодексу України (далі – СК України). За своєю юридичною природою шлюбний договір має ряд особливостей (суб'єктний склад, момент з якого він вважається укладеним, його предмет і зміст), що й зумовило його закріплення саме в Сімейному кодексі України.

Розглядаючи предмет шлюбного договору з впевненістю можна сказати, що він має цивілістичний характер, оскільки основу його становлять відносини власності та інші майнові відносини сторін. Шлюбний договір слід розглядати як цивільно-правовий правочин з певною сімейно-правовою специфікою. Має особливий суб'єктний склад – його сторонами можуть бути не лише подружжя, а й наречені, які подали заяву про реєстрацію шлюбу (Кучерук К.І., Нікітіна М. В. Значення та правова природа шлюбного договору // Держава та регіони. Серія: право. – 2009. – № 3 – С. 18).

Відповідно до ч. 2 ст. 92 СК України, на укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, якщо його стороною є неповнолітня особа, потрібна письмова згода її батьків або піклувальника, засвідчена нотаріусом.

Якщо особи, які не перебувають у шлюбі, звернулись до нотаріуса з проханням посвідчити шлюбний договір, нотаріус вправі витребувати у них докази подання заяви про реєстрацію шлюбу до органу РАЦСу (Бориславська М. В. Загальна характеристика договірного регулювання сімейних правовідносин // Політичні науки. Правознавство. – Вип. 56, т. 69. – С. 197).

Згідно зі ст. 94 СК України, шлюбний договір укладається у письмовій формі і нотаріально посвідчується. Шлюбний договір складають не менш, ніж у двох, а як правило, у трьох примірниках, один з яких зберігається у справах нотаріальної контори, а два інші, що мають силу оригіналу, видають сторонам договору – кожному з подружжя, про що зазначено у тексті договору (Лепех С. Проблеми реалізації прав на укладення та розірвання шлюбного договору // Вісник Львівського університету. Серія юридична – 2008. – № 47 – С. 105-106).

Підтвердженням недостатньо розвиненої теорії договірного права щодо подружніх договорів є відсутність дефініції шлюбного договору в українському сімейному законодавстві. І. В. Жилінкова пропонує наступне визначення: шлюбний договір може розглядатися як згода наречених або подружжя щодо встановлення майнових прав та обов'язків подружжя, пов'язаних з укладенням шлюбу, його існуванням та припиненням (Борисова В.І., Жилінкова І. В. Сімейне право України : Підручник – К. : Юрінком Інтер, 2006. – с.119).

За законодавством Федеративної Республіки Німеччини, шлюбний договір повинен укладатися при одночасній присутності обох сторін і посвідчуватися нотаріусом. Щодо суб'єктного складу шлюбного договору, то можна зазначити наступне, шлюбний вік у Німеччині є однаковим як для чоловіків, так і для жінок і визначається у 18 років, тому, якщо шлюбний вік нижчий, то потрібна згода батьків, усиновлювачів чи опікунів як на укладення шлюбу, так і на укладення шлюбного договору. Оскільки шлюбний договір в німецькому праві охоплює тільки цивільні правовідносини подружжя, визнається можливим укладення шлюбного договору за посередництвом представників на основі довіреності. На одночасну присутність сторін у нотаріуса вказує ст.1410 Німецького цивільного Уложення, не вказуючи при цьому умову щодо обов'язкової явки до нотаріуса саме подружжя (осіб, які мають намір вступити в шлюб) особисто.

Шлюбний контракт Німеччини може вміщувати ті ж положення, що й шлюбний договір за законодавством України. Закон також не допускає будь-якого обмеження прав подружжя. Однак що стосується порядку оформлення шлюбного контракту, то він має певні особливості у порівнянні із законодавством України. Якщо подружжя виключили чи змінили договором законний режим майна, то висувати заперечення щодо третьої особи, з якою один з них уклав правочин на основі таких змін лише у

тому випадку, якщо шлюбний договір був внесений у реєстр майнових прав подружжя відповідного територіального суду, чи якщо третій особі було відомо про шлюбний договір на момент укладення правочину (Олійник О. С. Особливості правового регулювання інституту шлюбного договору в Німеччині: порівняльно-правовий аспект // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: Зб. наук. праць. – Івано-Франківськ. – 2009. – Випуск XXI. – с.52). Відповідно до ст. 1412 Цивільного кодексу Німеччини відомості про шлюбні договори включені до реєстру майнових прав (Гражданское уложение Германии / науч. редакторы А. Л. Маковский и др., пер. с нем. –2-е изд., доп. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – с. 356).

Подружжя, підписуючи шлюбний договір, як в Україні, так і в Німеччині, має на меті змінити встановлений законом правовий режим майна. Але такі дії часто мають значення для третіх осіб, наприклад, для контрагентів за іншими майновими договорами, для виконання судових рішень, виконавчих написів нотаріуса. Отже, виникає питання яким же чином зацікавленим особам отримати інформацію про наявність чи відсутність шлюбного договору. Враховуючи позитивний досвід Німеччини, висловлюємо пропозицію щодо створення Єдиного реєстру шлюбних договорів, який дасть змогу нотаріусам швидко перевіряти наявність чи відсутність шлюбного договору між подружжям та ознайомитися з його змістом у разі укладення договору. В якості альтернативи реєстру шлюбних договорів можна запропонувати створення Єдиного реєстру подружніх договорів, що має містити відомості про всі договори, підписані саме подружжям, наприклад, шлюбні, аліментні, поділ майна, про визначення порядку користування спільним майном та ін.

Карпенко О.І.

Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна, аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету

ХАРАКТЕРИСТИКА ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З НАДАННЯ ІНТЕРНЕТ-ПОСЛУГ

Останнім часом в просторі життєдіяльності людей, який інтенсивно оновлюється та трансформується, з'явилися нові види послуг, що задовольняють урізноманітнені зростаючі людські потреби. Водночас в цивільно-правовій сфері, цивільному законодавстві з'явилися нові види договорів про надання послуг, раніше невідомих вітчизняній правовій системі. Мова щонайперше іде про електронні, інформаційні послуги та послуги в мережі Інтернет. Аналогічна тенденція простежується і в зарубіжних країнах, де також стрімко зростає частка послуг в майновому обороті, витісняючи торгівлю матеріальними речами і технологією. Ці

зміни зафіксовано в понятті постіндустріального суспільства, прикметною рисою якого є висока частка високоякісних та інноваційних послуг в валовому внутрішньому продукті.

Юридичний супровід нових послуг був предметом дослідження багатьох зарубіжних та вітчизняних науковців, зокрема Агаркова М.М., Алексєєва С.С., Брагинського М.І., Вітрянського В.В., Йоффе О.С., Кохановської О.В., Кучеренко І.М., Луця В.В., Новицького І.Б., Підопригори О.А., Рабінович А. В, Суханова Є.О., Харитонова Є.О., Шевченко Я.М.,- Степанова Д.І., Стефанчука Р.О., Шешеніна Є.Д., Шершеневича Г. Ф., та інших.

Проаналізувавши праці названих учених та чинні нормативно-правові акти можна сказати, що багато публікацій, які стосуються проблеми використання мережі Інтернет лише вказують на існування прогалин в законодавстві України. Це зумовлює необхідність внесення змін до законодавства України або прийняття спеціальних правових актів, які врегулювали б інтернет-відносини в Україні.

Відносини з надання Інтернету-послуг належать до цивільно-правових зобов'язань у сфері надання послуг. Зобов'язання з надання послуг є самостійним типом договірних зобов'язань.

Як зазначає Капля О., нині є багато договірних відносин із надання послуг, які включені (перевезення, транспортне експедирування, зберeження та ін.) та не включені (освітні, медичні, послуги телекомунікації та ін.) у ЦК України. Оскільки спектр послуг постійно розширюється, їх вичерпний перелік скласти неможливо. Саме тому законодавець пропонує договором про надання послуг охоплювати будь-які види послуг, що відповідають встановленим цивільним законодавством критеріям. На підставі цього і була введена самостійна глава ЦК України – «Послуги. Загальні положення».

На сьогоднішній день не існує правової регламентації Інтернет-послуг. Отже, використання загальних положень норм ЦК України, що стосуються договорів у сфері надання послуг, у тому числі Інтернет-послуг, є загальною базою для цивільно-правових зобов'язань у сфері Інтернет-послуг.

ЦК України не дає визначення поняття послуга. Систематизувавши значний масив різноманітних визначень категорії послуги, що присутні в цивільно-правовій літературі, можна дійти висновку, що умовно їх можна рознести на три групи. Перша виходить із того, що сутність послуги визначається через діяльність (Д. Степанов, Є. Шешенін, Н. Дроздова та ін.). Друга група асоціює послугу з результатом діяльності (С. Алєксєєв, А. Телестакова та ін.). Третя група визначає послугу через нерозривне поєднання діяльності та її результату (Є. Богринцева, Т. Левшина, Ю. Романець).

На нашу думку, Інтернет-послуги поєднують у собі як діяльність, так і її результат. Об'єктом зобов'язання з надання послуг є дії з надання послуги та дії щодо її споживання. Зокрема, за договором із надання провайдерських послуг провайдер здійснює підключення абонента до Інтернету, а абонент зобов'язаний здійснити відповідну оплату за надані послуги та використовувати їх відповідно до умов договору. Враховуючи те, що Інтернет – це глобальна інформаційна мережа, то Інтернет-послуги спрямовані насамперед на задоволення інформаційних потреб своїх користувачів.

Послуга, як правило, здійснюється з використанням речей (матеріалів, обладнання). Так, якщо йдеться про Інтернет-послуги, то провайдер надає абоненту можливість користуватися його технічним обладнанням для доступу до мережі Інтернет.

Зобов'язання з надання Інтернет-послуг належать до зобов'язань з приводу надання фактичних послуг, тобто послуг, що споживаються в процесі їхнього надання і не пов'язані з установленням, зміною або припиненням прав і обов'язків замовника (О.А.Підопригора. Цивільне право: підручник для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.:Вентурі., 1997. – с.265). Зокрема, в договорі про надання провайдерських послуг останні споживаються в процесі їхнього надання.

За суб'єктним складом зобов'язання з надання послуг можна поділити на зобов'язання, що надаються споживачам, і зобов'язання з іншими учасниками. Зобов'язання з надання Інтернет-послуг орієнтовані на задоволення потреб споживачів.

Зобов'язання з надання послуг можуть бути як оплатні, так і безоплатні. Оскільки Інтернет-послуги є різновидом телекомунікаційних послуг, то відповідно до Закону України «Про телекомунікації» до обов'язків споживача телекомунікаційних послуг відносять обов'язок своєчасно оплачувати отримані ним телекомунікаційні послуги. Таким чином, зобов'язання з надання Інтернет-послуг мають оплатний характер.

Капля О. визначає, що зобов'язання з надання Інтернет-послуг є договірним типом зобов'язання, об'єкт якого – дії виконавців (наприклад провайдерів) з надання послуг мережі Інтернет споживачам (абонентам) для задоволення їх інформаційних потреб (Капля О. Юридична природа зобов'язань із надання Інтернет-послуг //Вісник академії управління МВС. – 2010. № 2(14), с.83-88).

Можна зробити висновок, що зобов'язання з надання Інтернет-послуг – є договірним типом зобов'язаннь, за яким виконавець (наприклад, провайдер) зобов'язується за завданням замовника (наприклад, абонента) надати Інтернет-послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або реалізації певної діяльності, що не має упредметненого результату, та має оплатний характер і корисний ефект для споживача.

Степанович Д. Г.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

СУТНІСТЬ ЗМІШАНОГО ДОГОВОРУ

При розмежуванні окремих видів договорів важлива роль належить поняттям типу та виду (різновиду) договору. Договірний тип виділяється за специфікою опосередкованого ним матеріального відношення, або за колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Наявності будь – якої з двох названих передумов на думку О. С. Іоффе, достатньо, щоб відповідне зобов'язання склало самостійний тип договору. У випадках, коли договори сходні за матеріальними відношеннями, що лежать в їх основі, так і за істотними умовами, об'єктивно необхідними для виникнення зобов'язання, вони співвідносяться один з одним не як типи, а як види (різновиди) одного і того ж договірного типу. Якщо ж укладений договір опосередковує два або декілька видів різнорідних відносин і об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язання різних типів, він стає змішаним договором. Якщо укладений змішаний договір, його юридичне нормування забезпечується правилами, що відносяться до кожного із об'єднаних договірних типів. При укладенні договору з нестандартними умовами, або з відступами від традиційних конструкцій, але такого, що охоплюється одним із закріплених в законі договірних типів, він буде підпорядкований правилам про договір даного типу. І лише коли формується договірне зобов'язання нового типу, що не суперечить закону, але й не передбачене ним, його формування повинно здійснюватись за аналогією закону або за аналогією права (Іоффе О. С. Зобов'язальне право. – М: Юрид. літ., 1975. С. 357).

У зв'язку з тим, що змішаним договорам присвячено лише кілька речень в Цивільному Кодексі України, а саме, законодавець у частині 2 статті 628 Цивільного кодексу України зазначив, що сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір).

А на думку Красько І. змішаним договором являється – інструмент інтеграції, який ліквідує необхідність розроблення правового регулювання шляхом укладення декількох договорів для досягнення кінцевої мети (Красько І. Змішаний договір. Умови дійсності та недійсності//Підприємство, господарство і право. 1998 – № 5. С. – 30).

Так, як «змішаний договір» чітко не закріплений в цивільному законодавстві, але широко застосовуються на практиці та необхідним є з'ясування, які цивільно – правові норми необхідно застосувати до відносин, які виникають при укладанні та виконанні змішаного договору. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи

яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті змішаного договору.

Далеко не завжди поєднання норм договорів, передбачене законодавством, обмежується безпроблемним сукупним застосуванням до змішаного договору правил про сполучені в ньому зобов'язання.

По-перше, у багатьох випадках норми одного договірного інституту суперечать нормам іншого. У зв'язку з цим, природно, виникає питання про те, які положення вважати пріоритетними.

П-друге, нерідко з'єднання елементів різних договорів виключає застосування «рідних» норм про ці договори, вимагає їх зміни.

Так, слід наголосити, що у тому випадку, коли поєднання різних системних ознак в одному правовідношенні набуває стійкого і систематичного характеру, необхідно прагнути до забезпечення такого поєднання відповідним правовим регулюванням, що включає законодавчі принципи взаємодії конкретних договірних інститутів, якщо це необхідно, спеціальні норми (Романець Ю. В. Система договорів в цивільному праві Росії. – М.: Юрист, 2001. С. – 147).

Слушно з цього приводу зазначали Садиков О.Н (Садиков О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве // Сов. государство и право. – 1979. – № 2. С. 33 – 37) та Ойгензихт В.А (Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. – Душанбе, 1984. С. – 4 – 7), що як правило, нові види договорів, перш ніж отримати законодавче визнання, проходять стадію змішаного договору.

По суті, категорія змішаного договору ввелась законодавцем для мети забезпечення належної кваліфікації договірних форм, що укладаються в практиці цивільного обігу. Зокрема, в практиці право застування надзвичайно важливо розрізняти новизну конструкції і зміст і оригінальність назви договору. Ця проблема актуальна у зв'язку з новими, оригінальними назвами (інвестиційні договори і ін.) насправді є змішаними. Дана ситуація нерідко виникає в договірній практиці, коли сторони некритично, механічно відтворюють економічні поняття (інвестиції, бізнес – проект і т. ін), підміняючи ними формулювання умов договору на основі цивільно – правових конструкцій. В результаті конкретні дії з виконання таких договорів є сукупністю виконання декількох традиційних договорів. У цих випадках конструкція змішаного договору дозволяє кваліфікувати такі договірні відносини без збитку для інтересів сторін, але із збереженням ефективності цивільно – правового регулювання (Огородов Д. Ю. Челишев М. Ю. Змішані договори в приватному праві: окремі питання теорії та практики // Законодавства та економіка. – 2005. № 10. С – 51).

Проте враховуючи те, що об'єднання в договорі цих умов відбувається виключно за бажанням сторін, вони стають такими, щодо яких за заявою сторін має бути досягнуто згоди, тобто є виключно ініціативні, хоча основою їх є умови, передбачені законом (Бервено С. М. Проблеми договірного права України: Монографія. – К.: Юрин. Інтер. 2006. С. – 167).

Суха Ю. С.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри цивільного права

НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН СПОНСОРСТВА У ПРОФЕСІЙНОМУ СПОРТІ

Спонсорство як соціально-економічне явище виникло в нашій країні порівняно недавно. Саме слово «спонсор» (від лат. sponsor) означає поручитель, гарант. Під спонсорською діяльністю в економіці розуміють підтримку певного виду діяльності в різних формах, серед яких переважає фінансова (грошова). Спонсорство може здійснюватися в безоплатній або оплатній формі, але на відміну від кредитування, відшкодування спонсорських витрат часто носить непрямий характер, тобто має місце не пряме повернення коштів, а відшкодування спонсорського внеску у вигляді задоволення інших інтересів спонсора, які в кінцевому підсумку слугують підвищенню обсягу продажу.

На сьогодні одним із основних джерел прибутку в олімпійському та професійному спорті, поряд із переданням прав на телевізійні трансляції спортивних заходів, є кошти отримані від спонсорської діяльності. Як зазначають зарубіжні вчені (зокрема, професор Клаус Фівег, «Спонсорство та міжнародні спортивні об'єднання»), проблеми спонсорства останнім часом виникають в контексті інтенсивного розвитку процесів комерціалізації спорту, його професіоналізації та медіалізації (підвищення значення засобів масової інформації) (Фивег Клаус. Спонсорство и Олимпийские игры / Фивег Клаус // Материалы Международной научно-практической конференции «Спортивное право: перспективы развития». – М., 2007. – С. 87-93). І, як наслідок, з'являється ціле коло конфліктів, які виникають у зв'язку зі здійсненням спонсорської діяльності. Це, зокрема, доручення проведення міжнародних заходів з урахуванням спонсора, фінансова участь в спонсорських правочинах (співвідносна участь), вплив третіх осіб на міжнародні та національні спортивні об'єднання та організації через спонсорство, погодження прав в сфері реклами, незаконне привласнення прав тощо.

Нормативне регулювання спонсорства взагалі та конкретно в сфері спорту забезпечується в цілому як міжнародними, так і національними законодавчими актами, як загально правовими, так і спеціально-галузевими. Однак слід зазначити, що на міжнародному рівні не існує загального для всіх країн документа типу декларації, хартії або основних концептуальних положень про спонсорство та рекламу, які могли б стати єдиною керівною, базисною основою для створення національних варіантів законодавства з цих питань (Волкодав С. П. Нормативное регулирование и юридическое оформление спонсорства в сфере физической культуры и

спорта / С. П. Волкодав // Аспирант и соискатель. – 2002. – № 6. – С. 126-131). Наразі в українському законодавстві також не існує єдиного закону про спонсорську діяльність, окремі положення законодавчих та підзаконних актів регулюють загалом лише деякі відносини спонсорства, зокрема, нормативні вимоги до реклами, в тому числі спонсорської, питання оподаткування тощо. Серед способів набуття права власності, закріплених у главі 24 Цивільного кодексу України, законодавець не передбачив такого способу як спонсорство. Відповідно до Закону України «Про рекламу» від 3 липня 1996 року спонсорством є добровільна матеріальна, фінансова, організаційна та інша підтримка фізичними та юридичними особами будь-якої діяльності з метою популяризації виключно свого імені, найменування, свого знака для товарів та послуг. Так, Закон Російської Федерації «Про рекламу» передбачає, що спонсор – це особа, що надала кошти або забезпечила надання коштів для організації та/або проведення спортивного, культурного або будь-якого іншого заходу, створення та/або трансляції теле– чи радіопередачі або створення та/або використання іншого результату творчої діяльності. Таким чином, у вітчизняному законодавстві досить чітко визначена мета спонсорської діяльності, але не наданий перелік можливих форм такої діяльності. Натомість російський законодавець конкретизує види діяльності, які може підтримати спонсор, проте мету спонсорства не визначає. Отже, в даному випадку корисно буде синтезувати вищевказані поняття в одне цілісне визначення спонсортсва (спонсорської діяльності).

В літературі під спонсорством в спорті пропонувалося розуміти діяльність, спрямовану на сприяння спортивним клубам та іншим спортивним організаціям, приватним особам (спортсменам) або спортивним заходам, шляхом надання ресурсів у грошовому, товарному або іншому вираженні, з метою набуття рекламних можливостей, задля досягнення економічного зиску (Ткалич М. О. Спортивний клуб як учасник цивільних правовідносин : автореф. дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та сімейне право; Цивільний процес; Римське приватне право» / М. О. Ткалич. – Одеса, 2010. – С. 17).

Основними видами спонсорства в сфері спорту є спонсорство у чистому вигляді, тобто часткове фінансування спортивного або іншого проекту з метою набуття додаткових рекламних можливостей; медійне спонсорство – фінансування трансляцій для охоплення телеаудиторії; цілеспрямована підтримка певної команди або виду спорту, вирішення соціально значущих завдань у вигляді підтримки молодіжного спорту, спортивного способу життя тощо. Відносини між спонсором і реципієнтом (спортивним клубом, організацією, спортсменом) регулюються за допомогою спонсорських контрактів. Питання правової природи спонсорських контрактів, їхніх юридичних ознак має стати предметом більш глибокого наукового дослідження в межах цивільного права.

Герасимовський С. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри цивільного права

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ПОГРОЗИ», ЯК ПІДСТАВИ НЕДІЙСНОСТІ ПРАВОЧИНУ

В юридичній літературі немає єдності в питанні визначення погрози. Так, В. П. Шахматов визначає погрозу як попередження про заподіяння «шкоди» в майбутньому (Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 1967. – с. 238). О. Н. Садіков вважає, що погроза являє собою психічний вплив на волю особи, за допомогою заяв про заподіяння їй якоїсь шкоди в майбутньому (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). / Под ред. О. Н. Садикова. – М. : Контракт; ИНФРА-М, 1997. – с. 373). В. С. Ем вважає, що погроза являє собою не реалізований в дійсності намір завдати шкоди (Гражданское право : учеб. : в 2-х т. ; под ред. Е. А. Суханова. – М. : БЕК. – Т. 1. – 1998. – с. 371). На думку М. В. Кротова не всяка погроза здатна опорочити правочин, а лише така, яка об'єктивно може впливати на учасника правочину з метою спонукання його до укладення даного правочину, тобто суттєва погроза (Гражданское право : учеб. Ч. 1 / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М. : ТЕИС, 1996. – с. 211). Необхідно також звернути увагу на дане І.Б. Новицьким визначення погрози, який зазначає, що серйозність погрози визначається за обставинами даного конкретного випадку, тобто досить встановити, що дана погроза повинна була спонукати конкретну особу до вчинення правочину, який оскаржують посиланням на примус. Погроза може бути спрямована проти життя, тілесної недоторканності, свободи честі, майна особи, якій погрожують, або близьких їй осіб (Новицкий И. Б. Недействительные сделки // Вопросы советского гражданского права. – Изд-во АН СССР, 1945. – с. 256).

Найбільш загальне визначення такої категорії, як погроза, сформульовано О. С. Іоффе, який зазначав, що погроза являє собою спосіб психічного впливу з метою спонукання до вчинення правочину (Иоффе О. С. Советское гражданское право : курс лекц. Ч. 1. – Л. : Издательство ЛГУ, 1958. – с. 284). В свою чергу, О. А. Красавчиков вказував на те, що під погрозою в цивільному праві прийнято розуміти психічний вплив, що збуджує словами або діями у особи побоювання заподіяння їй або її близьким особистої, або майнової шкоди (Советское гражданское право : учеб. : в 2 т. ; под. ред. О. А. Красавчикова. – М. : Высшая школа, 1985. – Т. 1. – с. 258). С.І. Вільнянський визначаючи погрозу, звертає увагу на інший аспект, а саме на реалізацію дій, вказуючи, що погроза відрізняється від насильства тим, що вона викликає уявлення про ймовірну, можливу майбутню шкоду, тоді як насильством є шкода, заподіюване в момент вчинен-

ня правочину (Вильнянский С. И. Лекций по советскому гражданскому праву. – Ч. 1. – Х. : Изд-во Харьк. ун-та, 1958. – с. 165).

Цікавим вважаємо також розгляд питання щодо характеру погрози або щодо змісту відомостей, які можуть бути розголошені в разі реалізації погрози. В юридичній літературі це питання вирішується неоднозначно. Одна з точок зору полягає в тому, що погроза служить підставою для визнання правочину недійсним тільки в тому випадку, якщо шкода, якою погрожують, є протиправною. Одним з перших цю позицію висловив Д.І. Мейер, який стверджував, що про шкоду може бути мова тільки тоді, коли особа вчиняє дію, яку вона не вправі була вчинити (Мейер Д. И. Русское гражданское право : учебн. – [2-е изд., испр. и доп.]. – М. : Статут, 2000. – с. 120). Аналогічної точки зору дотримувався і Г. Ф. Шершеневич, вказуючи на те, що особа, яка погрожує, не повинна мати право на дії, з якими пов'язані страждання для того, кому погрожують (Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). – М. : Спарк, 1995. – с. 113). Така точка зору була підтримана С.І. Вільнянським (Вильнянский С. И. Лекций по советскому гражданскому праву. – Ч. 1. – Х. : Изд-во Харьк. ун-та, 1958. – с. 165). Сьогодні її представником є Ю.П. Єгоров, на погляд якого правомірна погроза не може свідчити про підміну внутрішньої волі суб'єкта правочину, адже необхідність здійснити правомірну дію відома їй наперед і не може паралізувати її волю (Егоров Ю. П. Сделки в гражданском праве : учеб. пособ. – Новосибирск : Наука, 1999. – с. 144).

Досить своєрідну позицію зайняв Є.В. Васьковський, який з одного боку вважав, що погроза повинна бути неправомірною, протизаконною, а з іншого – запропонував такі умови правомірності погрози, вимогам яких відповідати практично неможливо: «1) коли той хто погрожує має право здійснити ту шкоду, яким погрожує і 2) коли він має право вимагати укладення даного правочину» (Васьковский Е. В. Учебник гражданского права / Под ред. В. С. Ем. – М. : Статут, 2003. http://forum.yurclub.ru/). Отже, перша із запропонованих умов стосується будь-якої правомірної погрозу. Друга ж умова, то на сьогодні актуальна тільки для деяких категорій правочинів, наприклад для публічних договорів.

Зазначимо також, що І.В. Матвєєв вважає, що сам факт погрози, на підставі якого суб'єкт спонукається до участі в правочині, завжди є неправомірним незалежно від його змісту (Матвеев И. В. Правовая природа недействительных сделок : дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.03. – М., 2002. – с. 149).

Сьогодні більшість дослідників стверджують, що характер погрози не має значення при використанні її в якості підстави для визнання правочину недійсним. Одним з перших прихильників цієї думки став П.І. Стучка (Стучка П. И. Курс советского гражданского права : в 2 т. – М. : Изд-во Ком. Аккад., 1927. – Т. 2. – с. 260). Підтримав цей погляд і А. Г. Гойхбарг,

стверджуючи, що не потрібно, щоб погрози неодмінно були протизаконними (Гойхбарг А. Г. Хозяйственное право РСФСР. Гражданский кодекс : в 2 т. – [3-е изд., испр и доп.] – М., 1924. – Т. 1. – с. 52).

Зазначимо, що буквальне тлумачення слова «погроза» (обіцянка заподіяти шкоду) дозволяє зробити висновок про те, що вона, як і насильство, є способом впливу на волю особи, проте, на відміну від насильства, спрямована в майбутнє. В Енциклопедичному словнику Брокгауза і Ефрона погроза визначається як залякування людини обіцянкою заподіяти шкоду. Сама по собі погроза, на думку авторів словника, є не більш як виявлення умислу. Погроза заподіяти шкоду ще не свідчить ні про намір вчинити діяння, заборонене законом під страхом покарання, ні про можливість його вчинення. Погрозу вважають або засобом примусу; або відносять її до образ; або визнають її різновидом посягань на свободу, говорячи, що суть її полягає у впливі на психічну діяльність того, кому погрожують, свобода якого щодо вчинення або невчинення жодних дій, під впливом погрози обмежується (Энциклопедический словарь [репринтное воспроизведение издания Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон 1890 г.]. – М. : ТЕРРА., 1991. – с. 567).

Таким чином, для визнання правочину недійсним внаслідок вчинення його під впливом погрози сама погроза повинна мати об'єктивну можливість впливати на поведінку особи, яка примушується до вчинення правочину.

Головня І.Я.
Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри цивільного права

ІСТОРИЧНА ЕВОЛЮЦІЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ

Перші згадки про делікти, як і про багато інших правових інститутів, відносяться до часів Стародавнього Риму. Стародавнє римське право спочатку розглядало делікт як приватне правопорушення і не передбачало втручання з боку держави у регулювання відносин з відшкодування шкоди потерпілому, залишивши останньому можливість вирішувати на свій розсуд, яке покарання буде застосовуватись до правопорушника. При цьому відповідальність на початковому етапі носила особистий характер, тобто зводилась до кровної помсти, не зобов'язуючи правопорушника до якогось виконання чи майнового відшкодування.

Одним із перших джерел, що закріпили правове регулювання деліктів були відомі Закони XII Таблиць. Аналіз закріплених тут норм дозволяє підтвердити висновок про особистий характер наслідків правопорушення. Наприклад, у Таблиці VIII вказано: «Якщо вчинить каліцтво членів і не помириться з (потерпілим), то хай і йому самому буде заподіяно те ж

саме» (Памятники римского права : Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана / [пер. с латинского]. – М. : Зерцало, 1997. – 608 с.). На випадок множинності кредиторів встановлювалась можливість розділити боржника на частки відповідно до частин боргу (Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. – М., 1972. – С. 261).

Разом із тим, вже у Законах XII Таблиць встановлені правила, які свідчать про застосування вже у той час поряд з кровною помстою штрафних санкцій як покарань за правопорушення. Зокрема, у тій самій Таблиці VIII вказано: «Якщо рукою або палицею переломить кістку вільній лю¬дині, хай заплатить штраф в 300 асів, якщо рабу – 150 асів. Якщо вчинить кривду, хай штраф буде 25». В ті часи започатковується і майнова відповідальність за шкоду, заподі¬яну речам: «Якщо хто поскаржиться, що домашня тварина вчинила збитки, то слід або видати (потерпілому) тварину, що вчинила шкоду, або відшкодувати вартість нанесених збитків» Підопригора О. А. Римське право : підруч. / О. А. Підопригора, Є. О. Харитонов. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 422).

Отже, поступово відбувається зміна характеру наслідків правопорушення – від особистих до майнових. Результатом розвитку правового регулювання деліктних відносин у римському праві стало встановлення у якості основного наслідку правопорушення обов'язку правопорушника відшкодувати заподіяну шкоду.

Ще одна особливість розвитку правового регулювання зобов'язань відшкодування шкоди полягає у тому, що спочатку такі зобов'язання переслідували подвійну мету: з одного боку вони були спрямовані на відшкодування завданої шкоди, а з іншого – на майнове покарання правопорушника. Але подальша історична еволюція зобов'язань відшкодування шкоди приводить до поступового відпадіння каральної функції та віддання переваги необхідності відшкодування шкоди. При цьому розмір шкоди, що підлягає відшкодуванню залежить від ступеня вини правопорушника.

Наступною проблемою, з якою зіткнулися законодавці при регулювання відносин відшкодування шкоди була проблема визначення поняття правопорушення та підстав відповідальності. У ст. 1382 Цивільного кодексу Франції отримало закріплення наступне визначення зобов'язання відшкодування шкоди: «Будь-яка дія особи, яка завдає шкоди іншому, зобов'язує того, з чиєї вини наступила шкода, відшкодувати її» (Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). – К. : Истина, 2006. – 968 с.). У п. 823 Німецького цивільного кодексу закріплено, що зобов'язання відшкодування шкоди має місце, якщо особа протиправною умисною або необережною дією завдає шкоди життю або здоров'ю іншої особи або посяганням на свободу, право власності чи інше право останньої. У таких випадках правопорушник зобов'язується до відшкодування заподіяних такими діями збитків (Гражданское уложение Германии: Вводный закон к

Гражданскому уложению / [пер. с нем. ; сост. В. Бергман]. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 415с.).

З наведеного слідує висновок, що у європейських законодавствах отримує закріплення принцип, сформований ще у римському приватному праві – принцип вини. Лише в окремих, прямо визначених випадках, допускається відповідальність без вини.

Аналіз розвитку вітчизняного законодавства щодо правового регулювання зобов'язань відшкодування шкоди, дозволяє зробити висновок, що як за радянських часів, так і у сучасному цивільному законодавстві визначення зобов'язань відшкодування шкоди певною мірою схоже з аналогічними визначеннями у європейських країнах. Так, відповідно до ст. 440 ЦК УРСР, зобов'язання відшкодування шкоди зводиться до необхідності відшкодування у повному обсязі шкоди, завданої особі або майну громадянина, а організації, особою, яка заподіяла шкоду. Згідно зі ст. 1166 ЦК України, під зобов'язанням відшкодування шкоди розуміється обов'язок відшкодувати у повному обсязі майнову шкоду, завдану неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкоду, завдану майну фізичної або юридичної особи, особою, яка завдала таку шкоду. Як бачимо, сутність зобов'язання відшкодування шкоди залишається незмінною – відшкодування у повному обсязі заподіяної шкоди – що відображає компенсаційну природу зобов'язань відшкодування шкоди.

Таким чином, як у законодавстві європейських країн, так і в цивільному законодавстві України простежується вплив римського права при визначенні зобов'язань відшкодування шкоди та їх функцій. Як бачимо, протягом розвитку правового регулювання зобов'язань відшкодування шкоди відбувся поступовий перехід від особистого до майнового характеру наслідків правопорушення, а також була надана перевага компенсаційній, а не каральній функції відповідальності за заподіяну шкоду. Тому на сьогоднішній день можна стверджувати, що функціями зобов'язань відшкодування шкоди є каральна, превентивна та компенсаційна, але саме останній надається переважне значення при регулюванні відносин відшкодування шкоди.

Сірко Р. Б.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри цивільного права

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ ЗАЛІЗНИЧНИМ ТРАНСПОРТОМ

Актуальність теми дослідження обумовлена великим значенням для функціонування економіки країни залізничних перевезень вантажів, недосконалістю правового регулювання в Україні відносин, пов'язаних із та-

кими перевезеннями та відсутністю комплексних досліджень з цієї теми у сучасних вітчизняних наукових джерелах. В наш час, коли ринок охоплює всі сфери господарської діяльності, особливості кожної з них (в тому числі і в галузі транспорту) потребують належного правового регулювання. Одним із пріоритетних напрямків розвитку законодавства в Україні є вдосконалення транспортного законодавства, яке має більш повно відповідати завданням, змісту та умовам життєдіяльності даної галузі економіки.

У процесі здійснення своєї діяльності залізниці вступають у взаємозв'язки як зі своїми клієнтами, так і з іншими транспортними підприємствами, що оформлюється відповідними договорами.

Предметом договору перевезення, незалежно від того, що складає предмет перевезення, є не окремі дії транспортного підприємства, направлені на переміщення, а транспортні послуги.

Виходячи із змісту ст. ст. 909, 919 ЦК України, ст. 22 СЗУ та інших статей СЗУ, що регулюють відносини сторін у договорі залізничного перевезення вантажу можна стверджувати, що сторони у вказаному договорі несуть такі обов'язки: 1) перевізник: а) доставити ввірений йому вантаж в обумовлений пункт призначення; б) забезпечити схоронність вантажу; в) здійснити доставку вантажу в зазначений термін; г) видати вантаж після доставки в пункт призначення зазначеному в накладній одержувачу; 2) відправник вантажу: а) сплатити залізниці провізну плату; б) прийняти вантаж після його доставки в пункт призначення, якщо відправник вказав себе в якості одержувача вантажу; 3) одержувач: а) прийняти і вивезти зі станції вантаж, що надійшов на його адресу; б) вивантажити вантаж з вагону (контейнеру), очистити зовнішню поверхню кузова вагону від залишків вантажу, повністю прибрати з вагону всі елементи кріплення вантажів, а також прибрати папір, картон та інші засоби упаковки і збереження вантажів; в) сплатити всі додаткові платежі.

Ті ж самі обов'язки сторін у договорі перевезення вантажу передбачені ч. 1 ст. 307, ч. 2 ст. 308, ч. ч. 1,2 ст. 310 ГК України.

Перевізник зобов'язаний доставити вантаж у пункт призначення, тобто на залізничну станцію, вказану у накладній. Разом з тим, в ході виконання цього зобов'язання можуть виникнути різноманітні обставини, які змінюють первинне зобов'язання або перешкоджають його виконанню. При відповідних умовах допускається зміна пункту призначення. Так, згідно ст. 44 СЗУ залізниця може на заяву відправника, одержувача змінити станцію призначення вантажу, прийнятого до перевезення (переадресувати вантаж), з оплатою витрат за договірним тарифом. Підприємство, організація, громадяни, за заявою яких здійснено таку зміну, є відповідальними перед попереднім одержувачем за всі наслідки такої зміни

і зобов'язані відрегулювати розрахунки між відправниками, попередніми адресатами та фактичними одержувачами.

До кола обов'язків перевізника за договором перевезення вантажу належить обов'язок по забезпеченню схоронності вантажу, який перевозиться. Перевізник зобов'язаний забезпечити його схоронність на шляху прямування як у відношенні кількості, так і якості. За загальним правилом період відповідальності перевізника за схоронність вантажу складається з моменту прийняття вантажу до перевезення і до видачі його одержувачу у пункті призначення.

Перевізник зобов'язаний транспортувати вантаж, доставити його одержувачу на протязі визначеного в нормативному порядку терміну (ч.1 ст.41 СЗУ). Терміни для слідування вантажу від пункту відправлення до пункту призначення визначаються з урахуванням швидкості (велика або вантажна), виходячи з відстані, а також залежно від виду відправки. У разі перевезення великою швидкістю враховується і категорія вантажу. Конкретні терміни доставки вантажів при перевезенні залізницями, а також порядок їх обчислення стосовно різних видів залізничних перевезень встановлені Правилами обчислення термінів доставки вантажів (розділ 11 Правил перевезення вантажів).

Вантаж вважається доставленим вчасно, якщо на станції призначення він вивантажений засобами залізниці, про що повідомлено одержувача, або якщо вагон (контейнер) з вантажем подано під вивантаження засобами одержувача до закінчення встановленого терміну доставки (ч. 4 ст. 41 СЗУ). Вантажі також вважаються доставленими вчасно у разі затримки подачі вагонів (контейнерів) під вивантаження внаслідок зайнятості вантажного фронту або з інших підстав, залежних від одержувачів, якщо він прибув на станцію призначення до закінчення встановленого терміну доставки (п.2.10. та 2.11. Правил обчислення термінів доставки).

Виконання зобов'язань по перевезенню вантажу закінчується у пункті призначення видачею вантажу його одержувачу вказаному в накладній або зміненому в процесі перевезення за заявою відправника (ст.43 СЗУ). Видача доставленого за договором у пункт призначення вантажу одержувачу є обов'язком перевізника, який він несе як перед вантажовідправником, так і перед одержувачем вантажу.

Отже, сучасне транспортне законодавство детально регулює питання змісту договору перевезення вантажів, що є запорукою належного виконання цього зобов'язання. Сторонам даних правовідносин залишається лише дотримуватися цих вимог і тим самим захистити себе від небажаних втрат, які виникають внаслідок порушення ними своїх зобов'язань.

Сліпченко О.І.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
здобувач кафедри цивільного права

ДО ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ СЕРВІТУТІВ, ЕМФІТЕВЗИСУ ТА СУПЕРФІЦІЮ

Цивільним законодавством України визначаються характері риси та підстави виникнення емфітевзису. Однак, слід зазначити, що у ЦК України відсутнє визначення емфітевзису, а сутність його може бути з'ясована лише з аналізу характерних йому ознак, передбачених ст. 407 ЦК України. Зокрема, відповідно до ч.1 ст. 407 ЦК України право користування чужою земельною ділянкою (емфітевзис) встановлюється договором між власником земельної ділянки і особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (далі – землекористувач). Зазначене свідчить про те, що єдиною підставою виникнення такого речового права, як емфітевзис, є договір між власником земельної ділянки і землекористувачем (emphyteuta, емфітевтою).

Відповідно до ст. 401 ЦК України та ч. 1 ст. 98 ЗК України, право земельного сервітуту – це право власника (землекористувача) земельної ділянки на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельно¬го ділянкою (ділянками). Власник або землекористувач земельної ділянки має право вимагати встановлення земельного сервітуту для обслуговування своєї ділянки відповідно до ст.ст. 402-404 ЦК України та ст.ст. 99, 100 ЗК України. Слід зауважити, що договір сервітуту має бути укладеним між власником або користувачем земельної ділянки, на користь якої такий сервітут встановлюється (панівна земельна ділянка), та власником земельної ділянки на якій сервітут встановлюється (обслуговуюча земельна ділянка). У ч. 1 ст. 100 ЗК України зазначається, що власник або землекористувач земельної ділянки має право вимагати встановлення земельного сервітуту для обслуговування своєї земельної ділянки. З цього припису випливає, що однією із сторін сервітутних правовідносин може бути власник земельної ділянки або землекористувач, право яких відповідно посвідчується державним актом на право власності на земельну ділянку, державним актом на право постійного користування земельною ділянкою чи договором оренди земельної ділянки. Що стосується іншої сторони сервітутних правовідносин, то нею також може виступати власник земельної ділянки або землекористувач. Сторонами ж відносин емфітевзису та суперфіцію можуть бути лише власник земельної ділянки та емфітевта чи суперфіціарій відповідно.

Сервітут, на відміну від емфітевзису та суперфіцію, не підлягає відчуженню. Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) та право користування

чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) можуть відчужуватися або передаватися в порядку спадкування, однак право користування земельною ділянкою державної або комунальної власності не може бути відчужено її землекористувачем іншим особам (крім випадків переходу права власності на будівлі та споруди), внесено до статутного капіталу, передано у заставу.

Суперфіцій, на відміну від безстрокового договору про емфітевзис, не може бути достроково розірваний на вимогу однієї із сторін.

При передачі права користування своєю зе¬мельною ділянкою у сервітут, емфітевзис чи суперфіцій власник має право вимагати надання відповідної плати. Разом із правом користування земельною ділянкою до емфітевти та суперфіціарія переходить також обов'язок, крім плати за користування землею, здійснювати також інші платежі, встановлені законом (ч. 2 ст. 410, ч.4 ст.415 ЦК України). На сервітуарія обов'язок сплати інших, передбачених законом, платежів не покладається.

Логвін В. С.

Харківський національний університет внутрішніх справ, здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін

ЩОДО КРИТЕРІЇВ ВИЗНАННЯ НЕЖИТЛОВОГО ПРИМІЩЕННЯ САМОСТІЙНИМ ОБ'ЄКТОМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Визнання нежитлового приміщення самостійним об'єктом права стало можливим завдяки прийняттю Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». У ч. 1 ст. 5 Закону воно прямо назване в числі самостійних об'єктів нерухомості. Проте, як показує практика, одного факту згадування в законодавстві про нежитлове приміщення як самостійний об'єкт ще недостатньо для його участі в цивільному обороті. Відсутність легального визначення і точних критеріїв нежитлового приміщення приводить до того, що часто предметом угод є частини будівлі, що не володіють якостями, що дозволяють використовувати їх за призначенням без інших частин (наприклад, холи, дахи будівель тощо).

Вважаємо, що визначальним фактором визнання нежитлового приміщення самостійним об'єктом права є його можливість виділення в натурі. Підтвердженням цього висновку є норми ст.ст. 3, 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» (Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.), а також абз. 3 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про іпотеку» (Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313), відповідно до якого предметом іпотеки може бути нерухоме майно, зареєстроване в установленому порядку як окремий виділений у натурі об'єкт права власності, якщо інше не встановлено цим Законом. Частина об'єкта нерухомого майна може бути предметом іпоте-

ки лише після її виділення в натурі і реєстрації права власності на неї як на окремий об'єкт нерухомості (ч. 3 ст. 5 Закону України «Про іпотеку»).

Визнання нежитлового приміщення, яке набуває в результаті виділення з будівлі самостійного юридичного значення, об'єктом цивільних прав можливо тільки за наявності певних вимог для проведення такого виділення.

По-перше, визнання нежитлового приміщення самостійним об'єктом прав можливо за умови, що таке приміщення відповідає загальної для всіх об'єктів цивільних прав ознаці дискретності, тобто має фізичну і (або) облікову визначеність і відособлено від всіх інших об'єктів (Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. 2004, с. 140-141). Наявність цієї ознаки обов'язково для кожного об'єкту цивільних прав, і жоден предмет або явище, що не відповідає їй, не може бути об'єктом цивільних прав.

Будівля в якої знаходиться нежитлове приміщення фізично пов'язано з поверхнею земельної ділянки, а за допомогою її – з поверхнею сусідньої, а далі і зі усією рештою нерухомих завдяки зв'язку із землею речей. Від простору земельної ділянки будівля відрізняється завдяки межам, які співпадають з її зовнішніми контурами. Отже, дискретність будівлі визначається так само, як і дискретність земельної ділянки – встановленням меж. Таким же чином повинна визначається дискретність (відособленість) приміщення в будівлі. Кожне приміщення в будівлі за допомогою своїх матеріальних елементів пов'язане з сусідніми приміщеннями, тому критерієм його дискретності є наявність визначених в установленому порядку меж. Іншими словами, приміщення – це не вся внутрішня частина будівлі, а та частина будівлі, яка утворюється унаслідок відособлення внутрішнього простору конструктивними елементами (стінами, у тому числі з вікнами і дверима, стелею (перекриттям), підлогою (Правила будови електроустановок. Електрообладнання спеціальних установок. Затверджені Наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 21.06.2001 р. № 272 // http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FIN8216.html). Саме ця відособлена частина представляє цінність для людини і, отже, є річчю.

Окрім відособленості ще однією вимогою, що висувається до нежитлового приміщення як самостійного об'єкту прав, є його придатність. Зокрема у п. 5.7. Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз (Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз: Наказ, Інструкція Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 46. – Стор. 172.) щодо проведення судової будівельно-технічної експертизи встановлено, що для вирішення питань щодо визначення технічної можливості розподілу об'єктів нерухомого майна (житлових будинків, квартир, об'єктів комерційного та промислово-

го призначення) та надання варіантів такого розподілу експерту необхідно окрім інших передбачених документів надати дані щодо фактичного використання нерухомого майна та про можливість здійснювати подальшу господарську діяльність та належну експлуатацію в разі розподілу (виділення частки) нерухомого майна. Звідси є очевидним, що здійснюваний розділ будівлі не повинен погіршувати якості об'єкту.

Оскільки фізичне виділення нежитлового приміщення з будівлі може привести до його руйнування і отже є неможливим, приміщення може бути виділене тільки юридично – шляхом здійснення державної реєстрації права власності. Тобто власник будівлі, що бажає вчинити правочин щодо нежитлового приміщення, повинен виділити це приміщення і зареєструвати право власності на нього. Якщо ж в будівлі відсутні відособлені нежитлові приміщення або вони не відповідають умовам, які висуваються до такого роду приміщень при виділенні, то будівля повинна визнаватися неподільною річчю. У такому разі нежитлове приміщення не може вважатися окремим об'єктом нерухомості.

Отже нежилі приміщення можуть бути визнані самостійними об'єктами цивільного обороту в якості речей при умові, що вони виокремлені від будівлі і право власності на них зареєстровано. У разі якщо нежитлове приміщення є невиділеним в натурі, його необхідно розглядати як складову частину речі (ч. 1 ст. 188 ЦК України), тобто частину будівлі.

Березовська О. А.
Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри цивільного права

АЛЕАТОРНІСТЬ ДОГОВОРУ РЕНТИ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ

В ч. 2 ст. 731 Цивільного кодексу України передбачена можливість укладення договору безстрокової ренти. Договірні рентні відносини, що виникають щодо земельних ділянок, не врегульовані на належному рівні ані чинним цивільним, ані земельним законодавством, тому є потреба в з'ясуванні особливостей цивільних відносин, що виникають при їх укладенні, та наданні пропозицій з вдосконалення їх правового врегулювання. З цією метою необхідно дослідити такий вид договорів ренти земельної ділянки як договір безстрокової ренти.

Договір ренти багато дослідників відносять до алеаторних (ризикових) договорів. Ці договори характеризуються тим, що за певних обставин одна сторона може «виграти», а інша «програти». Внаслідок укладення цього договору виникає ризик для кожної із сторін, який полягає у тому, що розмір рентних платежів може виявитися більшим або, навпаки, меншим за вартість відчуженого під виплату ренти майна.

Якщо звернутися до класичної російської цивілістики, то Побєдоносцев К. П. стверджував, що довічна рента поєднується з ризиком та розра-

хунком ймовірностей і відносив її до договорів про ймовірне та випадкове, де розмір ренти визначається з розрахунку ймовірностей. (Победоносцев К. П. Курс гражданського права. Часть третья: Договоры и обязательства. http://www.nchti.ru/phocadownload/Right/ClassicOfRussianCivilistic/Elib/content_pob03.htm).

В своєму дисертаційному дослідженні «Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів» Тімуш І.С. відстоює думку, що ризиковані (алеаторні) договірні зобов'язання мають особливості змісту, специфіка якого полягає у включенні юридичного ризику до складу елементів виконання зазначеного договору, зустрічне виконання зобов'язання за яким поставлено в залежність від настання юридичного ризику – випадкової обставини, включеної до умов зазначеного договору. Алеаторний договір за визначенням цього автора, це договір орієнтований на вдачу, збіг обставин, випадок тощо договір, в якому загальний розмір чи можливість самого існування зустрічного надання на момент укладання невідомий, що поставлено в залежність від включеного до юридичних умов цього правочину випадкового юридичного факту (дія або подія) і може викликати негативний (програші, збитки, шкода), позитивний (виграш, вигода, прибуток) або нульовий економічний результат. Тімуш І.С. також зазначає, що саме невизначеність загальної суми рентних платежів, які підлягають сплаті до настання невідомої у часі події, є підставою для визнання договорів довічної ренти (сплатної і безоплатної) ризиковими. (Тімуш І.С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів: дис.…канд. юрид. наук. 2004, с. 4).

Український дослідник рентних відносин Апанасюк М. П., вважає, що з усіх видів договору ренти алеаторним є лише строковий договір довічної ренти, у якому його строк залежить від тривалості життя людини і жодна зі сторін наперед не знає – буде вона у виграші чи програші на момент припинення договору (Апанасюк М. П. Договір ренти.: Лекція. http://www.pravoznavec.com.ua/period/chapter/3/9/1552). Фактично, як критерій віднесення строкового рентного договору до алеаторних обрано таку подію, як смерть фізичної особи.

Російський дослідник Запорощенко В. А. виокремлюючи ризикові договори як родові, а алеаторні як їх вид, відносить до ризикових договорів, в першу чергу, договори, які укладаються при здійсненні підприємницької діяльності, і взагалі не вважає договір ренти алеаторним, посилаючись на те, що останній не має кваліфікуючої ознаки алеаторного договору – залежності виникнення окремих (найбільш значимих) прав і обов'язків, що стосуються наявності та (або) направленості, а також кількості основного надання, від обставин, що мають непідвладний учасникам характер. (Запорощенко В. А. Особенности правового регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации: дис.. канд. юрид. наук. 2006, с. 6).

Таким чином, думки цивілістів щодо алеаторності договору ренти, і договору безстрокової ренти зокрема, є різними.

Сторонами договору ренти відповідно до ст. 733 ЦК України можуть бути не тільки фізичні, але і юридичні особи. ЦК України передбачає можливість укладення договору строкової, у тому числі довічної ренти за участю фізичних осіб, та безстрокової ренти. Якщо сторонами договору безстрокової ренти є фізичні особи, ані смерть одержувача ренти, ані смерть платника ренти не припиняє рентних відносин. Право на одержання рентних платежів є майновим правом, що не має особистісного характеру, це ж стосується і обов'язку сплати рентних платежів, тому відповідно до ст. 1218 ЦК України вони входять до складу спадщини. Якщо сторонами за договором безстрокової ренти є юридичні особи, то у разі припинення юридичної особи з правонаступництвом права та обов'язки переходять до правонаступників.

Вважаємо, договір строкової, у тому числі довічної ренти земельної ділянки, та договір безстрокової ренти земельної ділянки слід віднести до ризикових (алеаторних). Земельна ділянка виступає не тільки просторовим базисом, а й засобом виробництва, що має таку економічну властивість як постійне принесення доходу. Розмір цього доходу, як і сама вартість земельної ділянки, з часом може змінюватися (збільшуватися або зменшуватися), на нього може впливати і місце знаходження земельної ділянки, і її цільове призначення та можливість його зміни, і встановлення обмежень (сервітут, емфітевзис, суперфіцій тощо), і забудова земельної ділянки, і зміна комунікації на ній та інфраструктури поряд з нею, наявність на земельній ділянці природних об'єктів – водойм, лісів, корисних копалин тощо. Таким чином, при укладенні договору безстрокової ренти існує ризик як на боці одержувача ренти, так і на боці платника ренти. Ризик одержувача полягає в тому, що одержані ним рентні платежі можуть стати у майбутньому дуже невисокими у порівнянні з збільшенням вартості земельної ділянки та доходу, який вона приносить, а ризик платника ренти навпаки – у разі зменшення вартості земельної ділянки та доходу який вона приносить, рентні платежі можуть стати дуже високими.

Макарчук Л. В.

Харківський національний університет внутрішніх справ, здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін

ПІДСТАВИ РОЗМЕЖУВАННЯ ОДНОСТОРОННЬОЇ ВІДМОВИ ВІД ЗОБОВ'ЯЗАННЯ І ОДНОСТОРОННЬОЇ ВІДМОВИ ВІД ДОГОВОРУ

Поняття зобов'язання, яке ґрунтується на договорі, в законодавстві, науці, договірній і судовій практиці часто замінюється терміном «договір». І хоча базовими поняттями, які використовується в назві і змісті розділів 50, 51 ЦК України є терміни «припинення зобов'язання» та «одностороння

відмова від зобов'язання», щодо окремих видів зобов'язань в ЦК України і інших актах цивільного законодавства переважно використовуються поняття «припинення договору», «одностороння відмова від договору». Так, ст. 525 ЦК України визначає сферу використання права на односторонню відмову від зобов'язання (зокрема, заперечуючи її), а в ст. 651 ЦК України і в нормах, присвячених договірним зобов'язанням, мова йде про односторонню відмову від договору (випадки її застосування).

На думку І. Бабіч підстав для розмежування понять «відмова від договору» та «відмова від зобов'язання» немає, оскільки особа, відмовляючись від договору як правочину, одночасно відмовляється і від прийнятих на себе зобов'язань, своїх прав та обов'язків за договором (Бабіч І. Одностороннє розірвання договору // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. – 2009. – Вип. 51).

Болокан І.В. вважає, що поняття «одностороння відмова від зобов'язання» є більш широким поняттям, ніж поняття «одностороння відмова від договору». Цей висновок автор аргументує існуванням загальновизнаного в доктрині цивільного права положення щодо поділу зобов'язань на договірні та недоговірні. Звідси поняття «одностороння відмова від договору» вважається лише частиною поняття одностороння відмова від зобов'язання і входить до тієї його частини, що регулює договірні зобов'язання (Болокан І.В. Зобов'язально-правові засоби захисту прав сторін у договірних відносинах // Вісник Запорізького національного університету. – 2010. – № 1. – С. 100).

Ми з такими твердженнями не згодні, і ось чому. Зі змісту ст. 509 ЦК України випливає, що зобов'язальні правовідносини можуть виникати не лише з договору, але й із низки інших підстав, установлених ст. 11 ЦК України, в тому числі правочинів, що не є договорами як такими, із завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі, а також з актів цивільного законодавства. З огляду на це можна припустити, що впроваджуючи односторонню відмову від зобов'язання законодавець виходив із концепції, за якою цей інститут може функціонувати як у договірних, так і в позадоговірних зобов'язальних правовідносинах. Проте слід визначити, що недоговірні зобов'язання направлені на відновлення майнового положення певної особи, а в зобов'язаннях унаслідок завдання шкоди – компенсацію і моральної шкоди, тобто виконують компенсаційну функцію. Оскільки їх сторони первісно знаходяться в нерівному положенні, держава здійснює активне втручання в регулювання цих відносин, забезпечуючи захист прав і інтересів кредитора. Саме тому належному виконанню таких зобов'язань надається особливе значення, а їх припинення за вимогою боржника, що виключає яке-небудь надання з його боку, не допускається. Тобто сфера застосування норми ст. 525 ЦК України щодо позадоговірних зобов'язальних правовідносин обмежена законом, використання права на

односторонню відмову від виконання власного зобов'язання може бути передбачене тільки для договірних зобов'язань.

У такому разі вважаємо, що використання терміну «відмова від зобов'язання» слід тлумачити у вузькому значенні цього слова, що розуміє під собою або відмову від виконання власного зобов'язання, або відмову від прийняття виконання, і як наслідок невиконання договору, а отже застосування відповідних санкцій за ч. 1 ст. 549 ЦК України. Водночас одностороння відмова від договору, вчинена на договірних або законних підставах, повністю завжди направлена на припинення договірних відносин сторін (тобто всіх зобов'язань, що існують в його рамках та пов'язують сторони) і не матиме наслідком виникнення в боржника обов'язку щодо сплати неустойки. Тому залежно від стадії на якій знаходиться виконання договору (або з урахуванням того, що договір односторонній) застосуванні терміну «відмова від зобов'язання» може означати або відмову від виконання власного зобов'язання (повністю або в частині), або відмову від прийняття виконання (повністю або в частині), або відмову одночасно як від прийняття виконання, так і від виконання власного зобов'язання, причому як повністю, так і в частині.

Таким чином, при застосуванні терміну «відмова від зобов'язання» в договірній практиці необхідно у кожному конкретному випадку визначати, яка сама відмова мається на увазі – одностороння відмова від зобов'язання або ж відмова від договору. Виходити при цьому слід з тих наслідків, на які відмова направлена. Даний нюанс є важливим при вирішенні питання про застосування способів захисту цивільних прав, притягнення до відповідальності, настання інших негативних правових наслідків.

Що стосується законодавчого закріплення механізму, який би сприяв ясності в реалізації відповідних прав і виконання обов'язків, він може бути здійснений шляхом включення до ст. 525 ЦК України ч. 2 такого змісту: «У разі відмови від виконання договірного зобов'язання сторона зобов'язана направити інший письмове повідомлення, з якого явно виходить намір односторонньо припинити зобов'язання шляхом відмови». При цьому спеціально повинна бути зроблена вказівка на зобов'язання, що виникли з договору, оскільки до охоронних позадоговірних зобов'язань застосовується лише загальне правило про неприпустимість односторонньої відмови від виконання зобов'язання. В цьому випадку як загальні, так і виняткові правила із зобов'язального права ефективно співвідноситимуться з нормами договірного права, що містять право сторони на відмову від договору.

РОЗДІЛ 24
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА

Харитонова О.І.
Національний університет «Одеська юридична академія», завідуюча кафедрою права інтелектуальної власності та корпоративного права,доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ У ВСЕСВІТНІЙ МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Піратство є досить серйозною проблемою і торкається прав всіх осіб, які беруть участь у створенні інтелектуального продукту та його поширенні. У зв'язку з підвищеною увагою світової спільноти до проблеми захисту авторських прав у мережі Інтернет, фігуруванням України у списках порушників («Список 301», «Список 13»), виникає нагальна потреба у поліпшенні справ у цій сфері. Зазначене стосується як вдосконалення чинного законодавства, так і вироблення єдиної стратегії боротьби з Інтернет-піратством, яке набирає обертів.

Слід зазначити, що попри досить поширене вживання терміну «піратство», як у спеціальній юридичній літературі, так і у публікаціях засобів масової інформації, Цивільний кодекс України не містить ні згадки про нього, ні його визначення.

Поняття піратства міститься у спеціальному законодавстві, а саме у Законі України «Про авторське право та суміжні права», де воно визначається як опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення.

Таким чином, виходячи з норми Закону, маємо справу з опублікуванням, відтворенням, ввезенням на митну територію України, вивезенням з митної території України і розповсюдженням відповідної контрафактної продукції. Отже, ознакою піратства є опублікування, відтворення примірників об'єктів авторського права і суміжних прав з порушенням прав автора чи інших правоволодільців.

Відповідно до ст. 442 ЦК України опублікування твору – це повідомлення будь-яким способом невизначеному колу осіб, в тому числі видання, публічне виконання, публічний показ, передача по радіо чи телебаченню, відображення у загальнодоступних системах інформації.

Закон України «Про авторське право та суміжні права» під опублікуванням твору розуміє випуск в обіг за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права і / або суміжних прав примірників твору, фонограми,

відеограми, виготовлених поліграфічними, електронними чи іншими способами, у кількості, здатній задовольнити, з урахуванням характеру твору, фонограми чи відеограми, розумні потреби публіки, шляхом їх продажу, здавання в майновий найом, побутового чи комерційного прокату, надання доступу до них через електронні системи інформації.

Закон також оперує поняттям «відтворення», яке у ЦК є одним з видів використання твору, як і опублікування.

Відтворення за законом – це виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (в тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер.

Поняття «розповсюдження» міститься у ст. 1 названого Закону як будь-яка дія, за допомогою якої об'єкти авторського права і (або) суміжних прав безпосередньо чи опосередковано пропонуються публіці, в тому числі доведення цих об'єктів до відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до цих об'єктів з будь-якого місця і в будь-який час за власним вибором.

При кваліфікації дій в якості піратських має йтися, насамперед, про незаконність такого опублікування, відтворення, розповсюдження, використання.

Відносини у сфері телекомунікаційних послуг в України регулюються згідно з Законом України «Про телекомунікації» і Правил надання та одержання телекомунікаційних послуг, затверджених Постановою КМУ 9.08.2005 р. № 720.

Крім цього, 7.09.2005 р. Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію про кіберзлочинність. У цій Конвенції визначено декілька понять, зокрема, поняття комп'ютерної системи, комп'ютерних даних, постачальника послуг тощо.

Так, комп'ютерна система означає будь-який пристрій або групу взаємно поєднаних або пов'язаних пристроїв, один чи більш з яких, відповідно до певної програми, виконує автоматичну обробку даних.

Комп'ютерні дані означають будь-яке представлення фактів, інформації або концепцій у формі, яка є придатною для обробки у комп'ютерній системі, включаючи програму, яка є придатною для того, щоб спричинити виконання певної функції комп'ютерною системою.

Власники Інтернет-ресурсів є або операторами телекомунікацій, або ж провайдерами телекомунікацій. Відповідно до Закону України «Про телекомунікації» оператори і провайдери не несуть відповідальності за зміст інформації, що передається їхніми мережами. А відповідно до п. 427 та 428 Правил оператори і провайдери телекомунікацій не мають права контролювати зміст інформації, що передається або приймається споживачем (абонентом), а відповідальність і ризики за використання інфор-

маційних ресурсів Інтернету несе споживач (абонент). За умови наявності на Інтернет-ресурсах операторів, провайдерів телекомунікацій інформації (матеріалів), які порушують права інтелектуальної власності третіх осіб, відповідальність за таке розміщення нестимуть особи, які розміщували такі матеріали. А найчастіше такими особами є саме користувачі (споживачі) Інтернет-ресурсів (Бойченко А. Захист авторського права й суміжних прав в Інтернеті // Інтелектуальна власність. – 2012. – № 6. – С. 39).

Як вбачається з аналізу чинного законодавства, при кваліфікації діянь як порушень у мережі Інтернет постає проблема визначення не лише ознак порушення, його галузевої приналежності, але й встановлення належного суб'єкта такого правопорушення. Зазначене зумовлює необхідність розробки чіткого механізму захисту прав авторів у мережі Інтернет з встановленням суб'єктів правовідносин, що виникають, специфіки їх об'єкту.

Сляднєва Г. О.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права,
кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПЛАГІАТУ

Розвиток технологій розмноження інтелектуальної продукції спричинив зростаючі потреби у захисті від плагіаторів. І правовий захист від плагіату розвивається й розширюється паралельно із технічними можливостями суспільства. Якщо спочатку ми спостерігали невдоволення англійських авторів, без відома яких їхні твори копіювалися в Америці, то в цей час, з появою Інтернету, ситуація в сфері прав авторів погіршуються.

Однією із коштовних спадщин нашого минулого, а точніше 18-ого сторіччя, є замилування всім оригінальним, а з ним – повага до прав на інтелектуальну власність. Тепер ми розглядаємо плагіаторів як злодіїв і караємо їх, коли вони викриті. Закон захищає нас від несумлінних письменників, але ми надаємо захист авторських прав тільки за умови, що авторські твори, в остаточному підсумку, підуть на благо суспільства (Jack Lynch. The Perfectly Acceptable Practice of Literary Theft: Plagiarism, Copyright, and the Eighteenth Century// This article originally appeared in Colonial Williamsburg, 2006 // Электронный ресурс режим доступа http://www.writing-world.com/rights/lynch.shtml]).

На перший погляд плагіат – це просте поняття, метою якого є забезпечити зазначення автора, якщо інформація береться із чужих джерел. Дійсно, досить часте визначення плагіату є спрощеним і абсолютним: плагіатом є: 1. видача ідей або слів іншої особи за свою власну роботу; 2. використання будь-чиєї роботи без вказівки джерела (з інтернет-словникаМерріема-Вебстера).

Різні автори ідентифікують різні типи плагіату. Багато з них виправдовують процес плагіату високою швидкістю життя й обміну інформацією, необхідністю в динамічному розвитку суспільства й ненавмисним порушенням авторського права.

Це спрощене визначення застосовується в контекстах, де зазначення джерел усієї інформації третіх осіб очікується і є практикою, що встановилася. Під це визначення підпадають особи, що підготовляють академічні статті, новини й студенти, які цьому навчаються. Однак питання про те, які саме джерела слід указувати, часто є неясним. На додаток до цього, таке спрощене визначення не може охопити численні контексти, де передбачається вказівка інших джерел:

• при розробці принципів політики (і законів) звичайно проглядаються вже існуючі аналогічні документи інших організацій. Оскільки метою такої роботи є складання подібних принципів політики, цілі розділи з джерел, що застосовуються, часто копіюються дослівно або з незначними змінами, однак самі джерела вказуються рідко;

• керівники й політичні діячі звичайно ставлять свій підпис на листах, що були підготовлені іншими особами;

• у судових рішеннях судді часто використовують аргументи обвинувачення й захисту без зазначення джерела таких аргументів;

• у журналістиці використовується модель статті, у якій більше немає безпосередніх посилань на джерело матеріалу. Усе більше й більше статей сьогодні містять вказівку: «використовувалися файли з ___»;

• знаменитості й видавці наймають авторів для написання книг – автобіографій і романів – і у цих випадках автор роботи не вказується (автор-примара, літературний «негр»);

• викладачі навчальних установ звичайно складають завдання й екзаменаційні матеріали, використовуючи питання з підручників. Такі питання часто використовуються з невеликим змінами або взагалі без змін, але їх джерела вказуються рідко;

• в академічних підручниках часто містяться реальні приклади, щоб проілюструвати важливе значення й можливість застосування матеріалу на практиці, однак джерела таких прикладів вказуються рідко. Згідно зі спрощеним визначенням плагіату всі зазначені дії становлять плагіат, і все ж таки вони є загальною практикою.

Ясно, що для безумовного й чіткого розуміння плагіату в різних контекстах необхідні краще розуміння явища плагіату й більш чітке його визначення (Roy Jensen, M. Sc., Ph.D. Redefining 'plagiarism' // электронный ресурс режим доступа www.consol.ca/Plagiarism.pdf])

Гарну статтю рідко вдається написати легко; і навіть досвідченим авторам для створення ефективної наукової прози може знадобитися багато часу й багато розумових зусиль. Таким чином, може виникнути спокуса пошукати короткі шляхи, особливо, якщо автор зазнає деяку форму «авторської

загальмованості», тимчасової нездатності надихнутися й створити нову роботу. У такій ситуації прагнення «позичити» будь-чию добре написану прозу може стати непереборним. Зрештою, наявність декількох чужих рядків тексту ні в якому випадку не впливає на вірогідність даних, але ж це – найголовніше (Yilmaz I. Plagiarism // Nature 2007 – 449 – p. 658.).

До того ж, оскільки не існує універсального, погодженого та застосовуваного визначення плагіату з погляду того, скільки слів підряд можна скопіювати без зазначення їхнього джерела, хто скаже, що не можна привласнити добре написані одне-два речення, які витончено пояснюють дуже складний процес або явище. З інших міркувань, таке незначне «запозичення», мабуть, навіть схвалюється. Наприклад, при описі високотехнічної методології та/або процесу, які звичайно використовуються нашими колегами, існує певний ризик того, що навіть мінімальна зміна в доборі слів може привести до невеликої помилки в інтерпретації методів або процедур, а така ймовірність надзвичайно небажана (Roig M. Re-using text from one's own previously published papers: an exploratory study of potential self-plagiarism / / Psychol Rep 2005 – 97:43-p. 9.).

В академічних колах усього світу плагіат є «наболілим» питанням. Усе більше студентів у вищих навчальних закладах прибігає до плагіату при виконанні завдань, розв'язуванні задач і написанні науково-дослідних робіт. Фактично створено багато веб-сайтів для задоволення цієї потреби. Науково-дослідні роботи доступні безкоштовно або за плату он-лайн. Незважаючи на те, що студентів цілком достатньо застерігають від плагіату, як письмово, так і усно, ставки плагіату скоріше збільшуються, ніж зменшуються. Після вступу до вищого навчального закладу, студентові роз'ясняється поняття плагіату. У колишні часи він називався копіюванням. Сьогодні це явище відоме як плагіат. Акт плагіату, навмисний або ненавмисний, може привести до серйозного покарання, аж до відрахування з навчального закладу. У найкращому разі студентові просто знижується оцінка з відповідного предмета. Незважаючи на суворі попередження, випадки плагіату, очевидно, стають численнішими.

Бігняк О. В.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права

ПОНЯТТЯ САМОЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

З розвитком корпоративних відносин актуальною стає проблема захисту корпоративних прав, обрання ефективного механізму попередження та захисту від порушень у даній сфері. Поряд з юрисдикційними формами захисту корпоративних прав існує неюрисдикційна форма захисту, до якого відноситься і самозахист – направлений на відновлення порушених

елементів правового статусу учасників корпоративних відносин, а також усунення загрози їх порушення без звернення до судових та інших уповноважених органів.

Питання особливостей самозахисту корпоративних прав способів, що використовуються для захисту корпоративних прав та корпоративних інтересів, порядку їх здійснення залишаються актуальними та дискусійними на сторінках наукової літератури.

Враховуючи, що в літературі домінує позиція, що окремим майновим правом є корпоративне право, хоча ми підтримуємо позицію щодо комплексної складової корпоративних прав, що включає як майнові, так і немайнові права, потреба виникає в з'ясуванні питання захисту корпоративних прав, що мають відмінності від захисту речових та зобов'язальних прав, а особливо щодо такої матеріально-правової форми, як самозахист.

Незважаючи на закріплення в статті 19 ЦК України права особи на самозахист, слід зазначити що, законодавство не містить поняття самозахисту прав, залишається не розкрита сутність самозахисту прав у договірних відносинах, право на самозахист визначено лише у загальних рисах, що ускладнює практичне застосування самозахисту з причини його частого змішування з неправомірними діями особи, що порушують права і інтереси інших учасників корпоративних правовідносин.

У літературі (Курбанов Г. С. Юридическая природа и содержание института обстоятельств, устраняющих общественную опасность и противоправность деяния/ Г. Курбанов. – Баку, 1988. – 659 с.), достатньо обґрунтовано була запропонована ідея існування в структурі права особливого роду ланок (субінститутів), що є проміжним ступенем між асоціаціями норм і правовим інститутом. Представляється, що вказана структура найточніше відображає співвідношення самозахисту і захисту цивільних прав, а також її внутрішню систему.

Таким чином, самозахист представляє собою субінститут цивільного права, а інститут захисту суб'єктивних прав, згідно вказаному підходу, є складний інститут, оскільки до його складу входять відносно відособлені субінститути (самозахист, адміністративний порядок захисту порушених прав і тому подібне).

У юридичній літературі природа самозахисту розглядається і з позиції її місця в системі цивільно-правових засобів. При цьому, зустрічаються точки зору на співвідношення окремих засобів захисту, що взаємно виключають один одного.

У цивілістичній літературі самозахист характеризується, тим що:

– самозахист здійснюється, коли порушення суб'єктивного права вже здійснилося та продовжується, або (в ряді випадків) проти наявного замаху на права та інтереси правомочної особи (наприклад, необхідна оборона);

– умови (обставини місця і часу) виключають у даний момент можливість звернення за захистом до державних компетентних органів, або, хоч і не виключають звернення за судовим захистом, особа, права якої порушені «діє на свій розсуд і в своєму інтересі», обираючи більш оперативні міри, «засоби швидкого й відчутного для порушника реагування»;

– самозахист здійснюється перш за все силою самого суб'єкта, чиє право порушене, що не виключає допомоги й сприяння в здійсненні захисту з боку інших фізичних, або участі юридичних осіб;

– самозахист не повинен виходити за межі дій, необхідних для запобігання порушенню, і має бути спів мірним порушенню за своїми способами (в іншому випадку він може стати самоуправством або виступати перевищенням меж необхідної оборони) (Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 1 / Под ред. и со вступ. ст.: Брагинский М. И. – М.: Статут, 1999. – 464 с).

Отже, самозахист корпоративних прав є альтернативною формою захисту матеріально-правового порядку, який в силу сутності корпоративних прав полягає у можливості особи у разі порушення, виникнення загрози такого порушення застосувати заходи, які не заборонені діючим законодавством та які спрямовані на припинення порушення або ліквідацію його наслідків.

Взагалі законодавством не обмежене число способів самозахисту, які можуть бути застосовані у разі захисту корпоративного інтересу. Слід вважати, що вони можуть застосовуватися як окремо, так і в комплексі, поєднуючи захист прав корпорації та захист інтересів учасників, але лише з дотриманням умов їх правомірної реалізації.

У цілях забезпечення правового захисту суб'єктів (носіїв) корпоративних прав, ефективної реалізації права на самозахист, слід визначити умови правомірності його реалізації. Їх вироблення має особливе значення, оскільки відсутність хоча б одного з них свідчить про неправомірність дій здійснюваних особою в цілях самозахисту (Про проведення Всеукраїнського науково-практичного семінару «Охорона корпоративних прав. – Архів. – 2012. – № 5. Електронний ресурс. Режим доступу//http://www.journal.yurpayintel.com.ua/).

На нашу думку, необхідно виділити наступні умови правомірності реалізації права на самозахист корпоративних прав: 1) особа може самостійно захищати тільки своє корпоративне право, набуття якого відбувається безпосередньо від корпорації або від учасників корпорації; 2) шкода, заподіяна реалізацією права за самозахист, не повинна явно не відповідати реальній або можливій шкоді, спричиненій порушенням; 3) способи самозахисту не повинні виходити за межі дій, необхідних для їх реалізації.

Самозахист корпоративних прав спрямований на забезпечення повної їх реалізації, на поновлення належних корпоративних прав, здійсню-

ється суб'єктом (носієм) цих прав, що включає в себе кілька можливостей особи, які передбачені законом та установчими документами.

Основною функцією самозахисту є в першу чергу захист корпоративних прав та інтересів від порушення – правоохоронна функція. Окремі способи самозахисту можуть виконувати і інші функції, похідні від основної. На наш погляд, доцільно виділити лише деякі, найбільш загальні з них. Так, наприклад, як: превентивну (попереджувальну); присічну (що полягає в припиненні порушення); функцію забезпечення належного виконання зобов'язань, забезпечення недоторканості права; гарантійну; відновну та ін.

Застосування самозахисту порівнюючи з іншими формами захисту, у більшості випадків є ефективним та дієвим, що може застосовуватися як до застосування юрисдикційного захисту, так і під час або після його вжиття. Способи захисту у зобов'язальних та речових відносин, не можуть бути застосовувані в разі самозахисту корпоративних прав та інтересів у зв'язку з правовим положенням їх носіїв та особливість корпоративних відносин. Загальні межі реалізації права на самозахист корпоративних прав визначаються суб'єктним складом корпоративних відносин; правомірністю дій; виключними способами самозахисту, притаманними лиши в разі порушення корпоративних прав та інтересів; функціональною спрямованістю.

Орлов В. В.

Криворізький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат державного управління, доцент

Рябченко І. В.

Криворізький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат державного управління, доцент

ВПРОВАДЖЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ЦИФРОВІЙ СФЕРІ В УМОВАХ УКРАЇНИ

Початок третього тисячоліття засвідчив необхідність впровадження правових механізмів регламентації новітніх досягнень в усіх сферах людського життя. Актуальність даної проблеми зумовлена тим, що стрімкий розвиток досягнень у цифровій сфері випереджає процес розробки міжнародних і національних правових стандартів в даній сфері (Арданов О. Розвиток партнерства для подолання цифрового піратства у мережі Інтернет / О. Арданов // Інтелектуальна власність – № 8. – 2010. – С. 20-30).

Тому, аналіз нових міжнародних стандартів у галузі регулювання відносин інтелектуальної власності у цифровій сфері та виявлення мож-

ливостей впровадження їх у практику регулювання інституту інтелектуальної власності в Україні вбачається нами одним із першочергових завдань державної влади.

Остаточний варіант Пекінського договору з аудіовізуальних виконань (ПДАВ, Beijing Treaty on Audiovisual Performances) був схвалений 26 червня 2012 р. на дипломатичній конференції ВОІВ. Одна з основних цілей даного документу – забезпечити належний рівень правової охорони найбільш поширених об'єктів інтелектуальних прав в цифровій сфері. Він є першим договором, що регулює матеріальні норми права інтелектуальної власності.

Він безумовно в цілому здатен забезпечити охорону прав виконавців в цифровому середовищі та сприятиме захисту прав виконавців від несанкціонованого використання їх виконань. Важливо також, що він зміцнить хитке становище виконавців в аудіовізуальній індустрії, забезпечивши більш чіткі міжнародно-правові рамки для охорони їх прав.

Розглянувши положення цієї спеціальної (за змістом статті 20 Бернської конвенції) угоди, можемо дійти висновку про те, що вони можуть або надавати більший захист авторам, або містити положення, що не суперечать самій Конвенції. Це означає, що такі міжнародні угоди, на жаль, обмежені в можливості вносити еволюційні зміни в традиційну модель регулювання прав інтелектуальної власності. Їх статус багато в чому зумовлює їх зміст, а тому прихильність до договорів існуючої правової концепції веде лише до перенесення на цифрову сферу всіх недоліків сфери традиційної, і не відповідає новим потребам.

На нашу думку, в момент своєї появи цей та інші міжнародні договори у цифровій сфері вже ставали застарілими, і проблема полягає не в тонкощах імплементації цих міжнародних угод, а в недоліках або, точніше, недостатній прогресивності правової концепції, покладеної в їхню основу.

Те ж саме стосується і нового договору про аудіовізуальні виконання. Дійсно, в тих країнах, насамперед європейських, де право містить особливу категорію суміжних прав – права виконавців – вона, як правило, вже поширюється на акторів, музикантів й інших осіб. У ряді інших країн, які переважно знаходяться у південній півкулі, де такого виду прав ще не передбачено, не завжди є економічні, соціальні та технологічні можливості забезпечення нових прав виконавців, особливо зарубіжних. У США, наприклад, де законодавство не містить такої категорії прав, як «права виконавців», ПДАІ створює ряд інших складнощів. На даний час в законодавство імплементовані норми, що регулюють права окремих видів виконавців, при цьому система їхніх прав достатньо збалансована, і в тій чи іншій мірі відповідає інтересам як самих виконавців, так і зацікавлених користувачів.

Проаналізувавши норми ПДАВ, з прикрістю можна зауважити, що він роблячи крок у напрямку регулювання нових відносин у цифровій

сфері, використовує застаріваючу, суперечливу концепцію, а також залишає майже непоміченими права користувачів.

Вважаємо, що для справедливого та рівного врегулювання інтересів правовласників і користувачів, слід скористатися досвідом Великобританії, де у порівнянні з іншими країнами спостерігається невеликий рівень порушення прав у сфері інтелектуальної власності. Необхідно застосовувати та розвивати концепції «добросовісного використання» (fair use) які при зростаючій творчій активності користувачів у цифровій сфері більшою мірою відповідають потребі знаходження розумного балансу інтересів правовласників і користувачів. Цей правовий механізм цілком придатний для того, щоб закріпитися в законодавстві інших країн, у тому числі й Україні.

Суттєву користь принесе, на нашу думку, впровадження «розширеного колективного ліцензування», коли організації з колективного управління правами мають повноваження представляти інтереси і тих авторів, які не укладали з ними відповідних угод. Схожий порядок ліцензування ще з 60-х років минулого століття застосовується в скандинавських країнах і вже довів свою ефективність.

Щодо можливості впровадження міжнародно-правових стандартів цифрової сфери в національну правову систему, то слід відзначити, що вітчизняне законодавство у сфері інтелектуальної власності має одну характерну рису – суперечливість. Насамперед це стосується наявності Цивільного кодексу України та низки спеціальних законів, що регулюють сферу інтелектуальної власності, які й досі неузгодженні між собою. А тому впровадження змін на основі визначених міжнародно-правових стандартів несе в собі певні диспропорції для . Вважаємо, що необхідно впроваджувати у вітчизняну правову практику такий стандарт інтелектуальної власності у цифровій сфері, який би міг спираючись на положення концепції добросовісного користування, задовольнити інтереси і власників, і користувачів. Перспективою ж розвитку цієї сфери правового регулювання має стати подальша систематизація усіх норм з у рахуванням міжнародних стандартів, перевірених досвідом зарубіжних країн.

Эннан Р. Е.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», доцент кафедры права интеллектуальной собственности и корпоративного права,кандидат юридических наук, доцент

ФОРМИРОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ИНФОРМАЦИОННОГО ПРАВА

Информационная сфера – это система общественных информационных отношений, осуществляемых субъектами права посредством использования существующей на национальном и глобальном уровнях

информационной инфраструктуры. На современном этапе взаимопроникновения коммуникационных средств и технологий в повседневную социальную и экономическую жизнь, жизнедеятельность человека находится в зависимости от функционирования информационной среды. В связи с трансграничным характером информационных отношений в глобальной информационной сфере, возрастает необходимость их упорядочения путем формирования на глобальном международном уровне единых правовых подходов путем международного сотрудничества и принятия международно-правовых актов.

С позиции международно-правового регулирования в отношении информационного права применяются такие термины: «*международное информационное право», «международное право массовой информации», «международное право Интернета», «международное телекоммуникационное право», «международное медийное право», «международные режимы коммуникационных технологий», «международные режимы информационной инфраструктуры».* Кроме того, широкое распространение получил термин *«Интернет-право»* и *«Кибер-право»*, которые применяются для обозначения правового регулирования в специфической среде информационных отношений – *«киберпространстве»* – виртуальной среде интерактивного онлайнового общения пользователей сети Интернет.

Если в качестве предмета правового регулирования рассматривать всю совокупность отношений в информационной сфере, охватывающих весь цикл обращения информации (создание, преобразование, передача, распространение, потребление информации), то правильно было бы называть эту новую, развивающуюся отрасль права – международным информационным правом. Информационные права и свободы человека составляют фундаментальную основу международного информационного правопорядка. Международное информационное право направлено на практическую реализацию человеком информационных прав и в этом смысле является инструментом конкретизации и реализации информационных отношений на международном уровне.

Современный подход к регулированию международных информационных отношений основан на понимании наднационального характера информационной сферы, ее выхода за территориальные рамки государственных границ, что вызывает конфликт с суверенным правом государств регулировать общественные отношения в рамках национальной информационной инфраструктуры.

По мнению некоторых ученых международно-правовое регулирование выходит за рамки международного информационного обмена и охватывает также отношения в рамках информационного пространства отдельных государств. Исходя из этого, считается, что *международное информационное право* – это совокупность правовых норм, регулирующих информационно-правовые отношения между государствами мирового сообщества, а также совокупность норм поведения средств массовой инфор-

мации в целом и журналистов в отдельности в рамках информационного пространства отдельного государства. Однако данный подход не отражает такую специфику действия норм международного информационного права, как их трансграничный характер, вызванный экстерриториальной природой информационной сферы, а также не учитывает субъектный состав международных информационных отношений.

Международно-правовые информационные отношения – урегулированные нормами международного права межгосударственные отношения в информационной сфере, связанные с обращением информационных ресурсов в ходе международного сотрудничества, а также трансграничной передачей информационных ресурсов иными субъектами, чем государства. Исходя из это *предметом* международного информационного права является информационная сфера, а *объектом* – международно-правовые информационные отношения.

Международное информационное право – система норм международного права, которая регулирует международно-правовые отношения, осуществляемые в информационной сфере. Международное информационное право является комплексной отраслью международного права, в состав которой входят правовые нормы и институты базовых и смежных отраслей международного права, объединенные общим предметом правового регулирования – международно-правовыми информационными отношениями.

Существующая совокупность специальных международно-правовых норм в информационной сфере состоит из двух составных частей, определяемые спецификой видов информационных отношений – непосредственно информационных, связанных с внутренним содержанием (контентом), а также информационно-инфраструктурных, обеспечивающих обращение (коммуникацию) информационных ресурсов.

К первой части относятся отношения, направленные на регулирование информационного обмена независимо от применяемых коммуникационных средств, это нормы, касающиеся: обеспечения свободы информации; ограничения распространения незаконной информации; правового режима персональных данных и их трансграничной передачи; обеспечения информационного обмена между народами. Нормы, определяющие и регулирующие трансграничную коммуникацию, применяемые технические средства и параметры, использование и поддержание функционирования глобальной информационной инфраструктуры, относятся к специфическому предмету регулирования в рамках международного информационного права. Это нормы, определяющие институциональный механизм регулирования электросвязи; международно-правовой режим использования информационно-коммуникационных ресурсов (включая адресное пространство Интернета); развитие трансграничного цифрового теле-, радиовещания; построение глобального информационного общества и управления информационной инфраструктурой. Отдельную тре-

тью группу составляют нормы, призванные поддержать международный информационный правопорядок, безопасность и стабильность развития (включая международную борьбу с киберпреступностью, обеспечение безопасности глобальной информационной инфраструктуры, а также противодействие информационной агрессии).

Основными *принципами* построения информационного общества, относящимися к информационному контенту и вопросам развития информационной инфраструктуры являются следующие: 1) принцип универсального доступа к информационным технологиям и благам информационного общества (информации, идеям, знаниям); 2) принцип справедливого распределения благ, привносимых информационными технологиями между странами; 3) принцип сохранения культурного наследия; 4) принцип цифровой солидарности, партнерства и сотрудничества между органами государственного управления, частным сектором, гражданским обществом и международными организациями; 5) принцип многостороннего участия в управлении развитием глобальной информационной инфраструктуры (Интернета).

Кулініч О. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права, кандидат юридичних наук, доцент

ОКРЕМІ ВИПАДКИ ВІДТВОРЕННЯ ЗОБРАЖЕННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ БЕЗ ЇЇ ЗГОДИ У ДЕРЖАВНИХ ТА СУПІЛЬНИХ ІНТРЕСАХ

Право фізичної особи на власне зображення є одним з немайнових прав, яке було закріплено ще у законодавстві Російської імперії, у нормах, що регулювали відносини по створенню фотографічних творів з зображенням фізичних осіб. Встановлюючи певний порядок створення та розповсюдження фотографічних творів, законодавство про авторське право закріплювало мінімальні гарантії дотримання інтересів фізичних осіб, зображення яких містилося на художніх творах.

В даний час суть даного права зводиться до того, що публікація, відтворення і розповсюдження витвору образотворчого мистецтва, знімання на відео-, фото– плівку, в якому зображена яка-небудь особа, допускається лише з відома зображеної, а після його смерті – з відома його дітей і чоловіка, що пережив, за винятком випадків, коли це робиться в державних або суспільних інтересах або особа позувала авторові за плату. На відміну від законодавства про авторське право, яке визначає перелік випадків використання об'єктів авторського права без згоди автора, але з обов'язковим посиланням на нього, у законодавстві про охорону особистих немайнових прав, на жаль, не визначається чіткого переліку випадків, коли можливо використання зображення фізичної особи без її згоди.

Відповідно до частини 3 статті 308 ЦК України фотографія може бути розповсюджена без дозволу фізичної особи, зображеної на неї, якщо це викликано необхідністю захисту її інтересів або інтересів інших осіб. Таким чином, право фізичної особи на власне зображення фактично обмежується тим, що не вимагається дозвіл на використання зображення фізичної особи. У зв'язку з цим виникає питання про визначення окремих випадків, коли допускається обмеження цього права, тобто коли йдеться саме про захист інтересів особи або інтересів інших осіб. У ЦК РФ у статті 152.1. визначено перелік випадків, коли не вимагається згода фізичної особи на поширення зображення фізичних осіб, втілених у художніх творах. Йдеться про використання зображення у державних, суспільних або публічних інтересах, про використання зображення, створеного при зйомці, яка відбувається у місцях, відкритих для вільного доступу або на публічних заходах, за виключенням випадків, коли таке зображення є основним об'єктом використання; а також коли громадянин позував за плату.

Потребує певного уточнення категорії «державний», «суспільний» або «публічний» інтерес тому, що у багатьох випадках при фотографуванні та опублікуванні фотографій відомих осіб, до приватного життя яких існує у пересічних громадян неабиякий інтерес, засоби масової інформації при виникненні спорів посилаються саме на дане обмеження, не проводячи межу між приватними інтересами самої особи (право на її приватне життя) та суспільними інтересами, коли у суспільства дійсно існує право на інформацію про діяльність певної публічної особи.

Можна визначити наступний приблизний перелік випадків у яких можливо використання зображення фізичної особи.

По-перше, у випадку пошуку злочинців, коли необхідно проінформувати суспільство про небезпеку, що може виникнути при спілкуванні з певними особами, а також для швидкого розшуку цих осіб за допомоги громадськості.

По-друге, у випадку інформування суспільства про скоєні правопорушення. Наприклад, у багатьох країнах стає можливим поширення зображень фізичних осіб, що перевищують швидкість при керуванні транспортом або неодноразово приймали участь у скоєнні дорожньо-транспортних пригод.

По-третє, у випадку зникнення фізичної особи розповсюдження її зображення відбувається у її інтересах з метою її розшуку, а також надання їй можливої допомоги, наприклад, коли особа втрачає пам'ять або страждає на певні психічні захворювання у неї можуть виникнути проблеми з визначенням власного місцезнаходження та пошуком дороги додому.

По-четверте, зображення державних або громадських діячів під час виконання ними професійних обов'язків. У таких випадках важливо знайти чітку межу. Коли не йдеться про приватне життя та при створенні фото не будуть оприлюднені певні інтимні, особисті подробиці, які при-

ховує особа від сторонніх осіб. При можливих порушеннях важливо чітко визначити чи було втручання в особисте життя «публічної» особи, або такі дії виправдані суспільною необхідністю чи значимістю. Знаходження меж між публічною та особистою сторонами життя є досить проблематичним та додатково потребує вироблення критеріїв їх визначення.

По-п'яте, при створенні репортажів або інших художніх матеріалів, коли фіксуються будь-які публічні заходи або проводиться відкрита зйомка у публічному місці, коли знімають усіх учасників події або окремих осіб. При цьому, слід звернути увагу, що репортаж та журналістський коментар, що супроводжує показ зображення повинні бути єдині за змістом та відображати правдиві факти. При цьому допускається подання журналістом оціночних суджень та власних міркувань але у межах дотримання прав третіх осіб на честь, гідність, ділову репутацію, права на приватне життя тощо.

По-шосте, з метою створення творів, що відтворюють історичні події може допускатися відтворення зовнішності особами-двійниками.

По-сьоме, з метою створення творів пародійного жанру допускається відтворення зображення фізичної особи з метою висвітлення її образу з певною іронією, сарказмом, тощо.

Перелік випадків використання зображення фізичної особи потребує більш ґрунтовного дослідження та уточнення з позиції тлумачення змісту категорій «суспільний», «державний» або «публічний» інтерес. Поки у чинному законодавстві не передбачено повний перелік випадків, коли розповсюдження зображення фізичної особи може бути здійснено без її згоди, всі спірні питання щодо зловживань у таких випадках вирішуються у судовому порядку. Але у нормах законодавства про охорону особистих немайнових прав необхідно закріпити більш суворі санкції, що будуть застосовуватися до порушників, особливо до засобів масової інформації при неправомірному поширенні фотографічних та інших художніх творів з зображенням фізичної особи, наслідком якого може бути порушення права на приватне життя, власне зображення, честь, гідність та ділову репутацію.

Кирилюк А. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права, кандидат юридичних наук

ЮРИДИЧНІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ПРАВ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

В науковій літературі існує думка, що в мережі Інтернет неможливо забезпечити правову охорону авторських прав через відсутність обмежень на вільне копіювання та складнощі ведення контролю за копіюванням та використанням творів. Очевидно, що засоби захисту авторських прав в

мережі Інтернет нічим не відрізняються від традиційних засобів захисту. «Сутність порушень авторського права в мережі Інтернет така сама, та захист його від порушень здійснюється тими ж самими засобам, передбаченими національним законодавством, в тому числі у судовому порядку в рамках цивільного, адміністративного або кримінального судочинства. Різниця полягає в тому, що простота копіювання та нематеріальна сутність об'єктів авторського права в мережі Інтернет не дозволяє так само легко вирішити проблему забезпечення доказів порушень авторського права» (Семилетов С. И. Проблемы охраны авторських прав в российском секторе Интернета. 2000).

Проблема полягає не в тому, що в мережі Інтернет неможливо забезпечити правовий захист авторських прав через відсутність обмежень в копіюванні, а в тому, як зазначає А. Івлев, що «поки ніхто не намагався присікти їх порушення наявними у нашому розпорядженні законодавчими засобами» (Ивлев А. И. Охрана авторських прав в Интернете: проблема, которая выдумана).

Тягар захисту авторських прав лежить, як правило, на самому авторі або на правоволодільцеві авторських прав, тому вони, перш ніж розміщувати твір в мережі Інтернет, повинні вживати певних додаткових дій з захисту своїх авторських прав. Виявлене конкретне порушення авторських прав передбачає конкретні дії з захисту прав автора або правоволодільця, для чого достатньо національного законодавства. Інше питання, що постають проблеми з забезпеченням доказів, а також неготовністю інфраструктури судів та судійського корпусу до справ, які пов'язані з порушення авторських прав в мережі Інтернет, що на сьогодні і є первиною проблемою (Воропаев С. А. Защита авторских прав в сети Интернет. 1994, с. 90).

У вітчизняній літературі сформульовані певні рекомендації щодо фіксації доказової бази порушення авторських прав в мережі Інтернет.

1. «Фіксацію учасником процесу інформації, що міститься на web-сайті, у вигляді роздрукованого зображення органи правосуддя можуть брати до уваги як письмові докази (ст. 64 ЦПКУ, ст. 36 ГПКУ)». Перед друком файл завжди зберігається у кеш-пам'яті комп'ютера. А це означає, що кожне зображення перед друком може бути оброблено в таких широковідомих графічних редакторах, як Photoshop, Illustrator, CoralDraw. Таким чином, роздрукування зображення з екрана комп'ютера, наприклад за допомогою процедури Print Screen, саме по собі не може вважатись достовірним доказом того, що безпосередньо цю інформацію розташовано на web-сайті особи, яку звинувачують (або підозрюють) у порушенні прав.

2. «Фіксація учасником процесу контенту, що міститься на web-сайті, шляхом його збереження на відповідних носіях (CD, DVD, магнітних дисках тощо) у справі матиме статус речових доказів (ст. 65 ЦПКУ, ст. 37 ГПКУ)». Для запису і подальшого збереження на відповідних носіях контент з web-сайту спочатку зберігається у відповідних форматах, на-

приклад *.doc, *.xls, *.pdf, *.txt, кожен з яких дозволяє у вільному режимі змінювати його зміст зацікавленою стороною. При цьому відстежити, чи зафіксований контент є оригінальним, чи зміненим – неможливо. Як бачимо, зафіксована на відповідних носіях інформація теж не може розглядатись як достовірний доказ того, що саме вона була контентом web-сайта.

3. «Безпосереднє дослідження судом змісту web-сайта за наявності доступу до мережі Інтернет. Нормативним забезпеченням цієї процедури можна вважати порядок огляду та дослідження доказів за їх місцезнаходженням, передбачений ст. 140 ЦПКУ та ст. 39 ГПКУ». Судом?

Так, беззаперечно, це можливо. Але тільки за умови, що суд робитиме це «зненацька», тобто якщо, отримавши позов, суд одразу ж досліджуватиме зміст web-сайту за відсутності сторони-відповідача. А як же тоді бути з правом відповідача як особи, що бере участь у справі, «брати участь у ..дослідженні доказів» відповідно до ст. 99 ЦПКУ або ст. 22 ГПКУ?

Якщо подібний огляд сайту здійснюватиметься судом за присутності відповідача, це означає, що останньому будуть відомі всі докази, що забезпечують позов, то до уваги слід узяти наступне. По-перше, контент web-сайту може динамічно змінюватися або бути зміненим, тобто те, що Ви бачили хвилину назад, можна ніколи більше не побачити в мережі Інтернет. «Первинність» контенту web-сайту може бути порушена зацікавленою стороною, наприклад, за допомогою такої програми, як FireBug, що дає можливість змінювати контент сайту на сторінці клієнта протягом однієї серії на одному комп'ютері (не завжди це має бути сервер відповідача). По-друге, факт кожних оновлень або зміни у роботі web-сайту зафіксується у log-файлі. Теоретично можна налаштувати сервер хостінг-компанії таким чином, щоб у log-файлі фіксувався і зміст змін. Але така фіксація потребує багато дискового простору на хостінгу і коштів, тому практично не застосовується. Як бачимо, безпосереднє дослідження судом змісту web-сайту може бути доказом порушення прав тільки за умови забезпечення незмінності контенту сайту шляхом вжиття запобіжних заходів, але це вже не одна дія, а сукупність узгоджених дій.

4. «Огляд і дослідження сервера, на якому здійснюється хостінг, а також: вилучення сервера (ст. 137, 140 ЦПКУ, ст. 38, 39 ГПКУ)». Якщо не брати до уваги той факт, що в разі вилучення серверу хостінг-компанії будуть «відрізані» від Мережі тисячі користувачів, які за можливість користуватися Інтернетом сплатили гроші, то, дійсно, і факт змін, і їх зміст можна встановити шляхом аналізу log-файлів (системних файлів) і файлів, що формують web-сайт. Подібний засіб фіксації факту порушення прав інтелектуальної власності можна вважати достовірним доказом.

5. «Отримання від провайдера копій файлів, що формують web-сайт як такий, у тому числі так званих log-файлів, які містять системну інформацію про роботу сайту. Відповідні носії таких файлів можна долучити до матеріалів справи як речові докази». На відміну від хостінг-компаній, де

і факт змін і їх зміст зафіксований на сервері, у провайдера таких змін не фіксується, отже, отримати від провайдера дані про те, що конкретно було розміщено на сайті, не можливо. А ось у log-файлі можна знайти наступну інформацію:

– IP-адресу комп'ютера, з якого була відкрита Інтернет-сторінка клієнтом;

– дату останнього перегляду web-сторінки, наприклад у такому фоматі [21/Novemb/2004:00:21:30+0500];

– метод запиту браузером даних на сервер (GET або POST);

– факт останніх змін та оновлень на сайті, але не зміст цих перетворень;

– протокол передачі даних і його версію (HTTP/1.1);

– адресу сторінки, з якої користувач потрапив на Вашу сторінку;

– браузер, за допомогою якого переглядали web-сторінку, а також його версію, назву оперативної системи (ОС) клієнта, версію ОС, а також мову ОС.

Тобто log-файли фіксують абсолютно все, що пов'язано з роботою web-сайту, але тільки факт змін, а не їх зміст.

Як ми бачимо, не всі з наведених способів фіксації фактів порушення прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет можуть вважатися достовірними доказами.

В. Іванова та С. Чікін відзначають, що силами одних тільки фахівців у галузі IT-технологій або силами лише фахівців у сфері інтелектуальної власності проблему порушення прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет не вирішити. Тільки спільні цілеспрямовані зусилля фахівців цих галузей знань сприятимуть очікуваному позитивному результату (Іванова В., Чінкін С. Щодо достовірності доказів порушень прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет. 2009, с. 9).

Враховуючи, що в Україні не існує спеціального законодавства з приводу захисту авторського права в мережі Інтернет, доцільним є ознайомленням з зарубіжним досвідом з обмеженням впливу мережі Інтернет на суспільство та захисту авторських прав численних користувачів.

Бааджи Н. П.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного прав,
кандидат юридичних наук

ДОМЕННЕ ІМ'Я ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Мережа Інтернет в даний час розвивається величезними темпами – зростає кількість користувачів, збільшується обсяг інформації, що розміщується в Інтернеті. З появою Інтернету інститут авторських прав який

складався десятиліттями опинився на порозі великих змін. Нові можливості і загрози, які Інтернет несе власникам інтелектуальної власності, вимагають перегляду існуючих законів про авторське право. Суспільство ще тільки усвідомлює, наскільки велике значення всесвітнього інформаційного простору, а передові країни вже намагаються поширити на нього свій вплив, використовуючи свою систему права і законодавство для вирішення конфліктів в Інтернеті. Використання Інтернету неможливо без використання доменних імен. Роль доменних імен у мережі Інтернет величезна, між тим ні в теорії, ні на практиці багато питань, що стосуються прав на доменні імена, не мають відповіді. Пояснюється це не тільки новизною об'єкта, а й транскордонностю мережі Інтернет. Останнє визначає проблему застосовуваного законодавства – різні держави прагнуть застосовувати національні правові норми до відносин, пов'язаних з використанням доменних імен.

Що ж таке «доменні імена» або «домен»? Чинне законодавство визначає домен по різному . Так Закон України «Про телекомунікації» дає таке визначення «домен – частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється». В Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» домен – ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті. В Постанові Кабінету Міністрів про Порядок підключення до глобальних мереж передачі даних домен визначається як – частина адресного простору в мережі Інтернет, призначена для ідентифікації комп'ютера або групи комп'ютерів. В Положенні про Галузеву інформаційно-телекомунікаційну систему МОЗ України «HealthNet» домен це частина ієрархічного адресного простору ГІТС «HealthNet», яка має унікальну назву, що її ідентифікує, та обслуговується центральним вузлом.

На сьогоднішній день Власником всіх доменних імен є ICANN, державна некомерційна організація США. Єдиний каталог Internet, який визначає основу DNS, знаходиться у державній організації SRI International – Menlo Park, CA, US (Менло Парк, Каліфорнія, США). Вона є володарем корінного нульового домену (WWW), і всіх доменів верхнього рівня (ru, com, org ..). ICANN делегувала права з реєстрації та адміністрування доменів верхнього рівня національним реєстраторам. В Україні послуги по адмініструванню та відповідному супроводженню домена UA та публічних доменів у ньому здійснює ТОВ «Хостмастер». Національні реєстратори надають права з реєстрації доменів на умовах договору про адміністрування домену.

Адміністратор домену не має права придбати на нього право власності, він може лише отримати його в оренду строком до 1 року, з правом її продовження на загальних умовах. Реєстрація являє собою підтвердження факту адміністрування такого доменного імені.

Реєстрація доменів – процес внесення до реєстру зони першого рівня, записи про нове доменне імя. Процедура реєстрації домену проста, для цього достатньо зареєструвати аккаунт у реєстратора доменних імен, поповнити рахунок, перевірити доменне ім'я на зайнятість і створити заявку, якщо доменне ім'я виявилося вільним. Після реєстрації домену (внесення запису до реєстру, яка містить дані адміністратора, реєстратора, дату реєстрації та закінчення, стан делегування), доменне ім'я доступно для використання після закінчення, як правило, періоду від 10 хвилин, до декількох годин.

З урахуванням того, що в мережі Інтернет не може бути двох однакових доменних імен, цінність кожного з них окремо зростає, особливо доменних імен простих, популярних або позначають конкретну фірму, товар, послугу.

Так почав формуватися ринок доменних імен, а так само суперечки про права на доменні імена.

Розглядаючи структуру доменного імені, слід зазначити, що основною метою доменних імен верхнього першого рівня типа Generic (gTLDs), що охоплюють найобширніші ділянки віртуального Інтернет-простору, є визначення географічної або тематичної ознаки сайту. Вони поділяються на національні домени і домени загального користування. Кожна держава має своє доменне ім'я, яке дає можливість ідентифікувати певний сегмент Інтернет-простору по географічній ознаці – «.ua» – Ukraine (Україна), «.ru» – Russia (Росія), «.uk» – United Kingdom (Велика Британія), «.jp» – Japan (Японія), «.de» – Germany (Німеччина) і т.д. Серед національних лідерів – німецький домен «.de» та англійський «co.uk» (їх нараховується мільйони). На український «.ua» припадає кілька сот тисяч доменних імен.

Серед доменів загального користування, що структуруються по тематичній ознаці, слід визначити три категорії доменів: домени загального користування: «.com» – комерційні організації; «.net» – networks домени мережевих провайдерів; «.org» – неурядові і некомерційні організації; «.info» –засоби масової інформації; «.biz» –Business Organizations – аналог домену «.com»; «.name» – персональні сторінки; спеціальні домени загального користування – «.aero» – домен для представників легкотранспортної індустрії; «.coop» – домен для кооперативів; «.museum» – домен для музеїв і прирівняних до них організацій; «.pro» – домен для юристів, бухгалтерів і представників інших професій; домени обмеженого користування – «.int» – міжнародні організації і бази даних; «.edu» – освітні установи; «.gov» – установи і організації уряду США; «.mil» – збройні сили США.

Доменні імена другого рівня можуть належати різним юридичним і фізичним особам і визначатися залежно від територіального їх розташування, найменування юридичної особи тощо, за бажанням особи, що реєструє доменне ім'я. Доменні імена другого рівня відділяються при написанні від імен першого рівня знаком , що дає можливість легко оперувати

ім'ям і визначати по його структурі розташування сервера або тематику сайту. Доменні імена другого рівня мають таку структуру – «.name.ua», «.name.com», «.name.net» і т.д. Доменні імена третього рівня включаються в домен вищого рівня і підкоряються йому. Вони встановлюються власником імені домену на свій розсуд.

Северінова О. Б.

Маріупольський державний університет,
асистент кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права, кандидат політичних наук

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

З прийняттям в 2003 році Верховною Радою України Цивільного кодексу України, книга четверта якого отримала назву «Право інтелектуальної власності», відбувається деяке зміщення як наукової, так і громадської уваги в бік вивчення проблематики щодо володіння, користування, розпорядження результатами творчої діяльності людини (об'єктами права інтелектуальної власності). Знадобилося чи не мало часу щоб дійти висновку, що праця це не тільки те, що може тебе нагодувати та одягти, що існує також праця розумова, творча, інтелектуальна, результатів якої, інколи неможливо доторкнутися, але якими можна володіти так само, як володіють будинком, або автомобілем. Таким чином було зроблене таке собі відкриття, що право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної творчої діяльності (Цивільний кодекс України: Офіц. Текст. – 2012, ст.418).

Наступне питання на яке необхідно було дати відповідь, зводилося до того, якщо результатами інтелектуальної, творчої діяльності можна володіти так само, як і будь-яким іншим майном, яким чином їх охороняти , а отже у сейфі не сховаєш, сигналізацію не підключиш, як можливо зробити зі звичайними об'єктами володіння (Вачевський М. В. Соціально – економічні аспекти використання інтелектуальної власності в сучасних умовах. – К.: ЦУЛ, 2004. – 376 с.)? Отже так було зроблено ще один висновок, що право інтелектуальної власності – це право особи на нематеріальний об'єкт і що охороняти свої продукти творчої, розумової діяльності можливо тільки за допомогою закону. Цей факт є наріжним каменем законодавства про інтелектуальну власність, а саме неможливість охороняти її, тільки шляхом володіння.

Метою будь якої людської діяльності, і творча звичайно не є винятком в більшості випадках є отримання прибутку. Якщо права автора на об'єкти інтелектуальної власності не захищені законом, отже вони є віль-

ними для використання, що робить неможливим для автора отримання стабільної матеріальної вигоди.

Уряди більшості країн визнають необхідність в сучасних законах про інтелектуальну власність. По-перше, вони законодавчо прагнуть оформити майнові та немайнові права творців на результати їх інтелектуальної, творчої діяльності, а також права суспільства на доступ до тих результатів. По-друге, уряди повинні стимулювати до творчості, расповсюдження та застосування результатів творчого труду, а також сприяти вільній торгівлі в інтересах економічного і соціального развитку. Жаров В. О. Інтелектуальна власність: правові аспекти набуття, здійснення та захисту прав. К.: Видавн. Дім «ІнЮре»,2000.)

На справді, питання правового регулювання відносин в сфері захисту інтелектуальної власності залишається складним та важко вирішуваним не в останню чергу внаслідок відсутності судової практики щодо захисту авторських, патентних, тощо прав. Але тут діє замкнуте коло: немає судової практики, бо не має позовів, бо зазвичай суб'єкти права інтелектуальної власності самі не знають, що вони мають права, захищені законом. Отже відсутність практики судових рішень призводить до некомпетентності суддів та працівників правоохоронних органів,а на тлі і без того не дуже високого рівня довіри до правосуддя спонукає громадян (авторів) обирати неюрисдикційні форми захисту, які є по-перше не довгостроковими, а по-друге неефективними.

Будь яке законодавство, що теоретично є обґрунтованим, але не дуже випробуваним на практиці повинно вдосконалюватися перш за все шляхом підвищення правової культури населення. Майбутні фахівці, які стоять на порозі власних винаходів або наукових відкриттів повинні поважати свій труд і повноцінно користуватися його результатами. З метою інформатизації громадян, майбутніх фахівців наказом Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України від 20.10.2004., є необхідним опанування дисципліни «Право інтелектуальної власності», студентами юридичних і неюридичних спеціальностей. Головною метою є придбання студентами навичок і вмінь ефективного застосування набутих знань, щодо надбання, володіння, розпорядження та захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. Але напевно це був перший й останній крок в напрямку вдосконалення правової системи з інтелектуальної власності. Поняття про плагіат та піратство вже вкоренилося в національній свідомості і результатом цього може бути повна державна безконтрольність повноцінної галузі економіки.

Отже можливо саме зараз, коли для України настав вирішальний період, щодо вступу в ЄС настав час замислитися, який саме інтелектуальний капітал вона візьме з собою у «світле європейське майбутнє» і чи здатна вона буде його захистити, таким чином самоутверджуючись, як стабільна, сучасна та демократична держава.

Кетрарь А. А.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри права інтелектуальної власності
та корпоративного права

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ ЗАВДАНОЇ ПОРУШЕННЯМ АВТОРСЬКИХ ПРАВ

Згідно зі ст. 55 Конституції України, кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. А отже, основний закон країни гарантує державний захист прав і свобод, та надає можливість обрання способів такого захисту.

Одним із найбільш дієвих способів цивільно-правового захисту, прав та інтересів учасників авторських правовідносин, є можливість отримання відшкодування завданої майнової та немайнової (моральної) шкоди. Таке відшкодування може мати місце як при договірних відносинах, так і при їх відсутності, при цьому, можливість отримання відшкодування шкоди, завданої порушенням абсолютних прав, а не договірних зобов'язань, має навіть більше значення, так як йдеться про більш універсальний захист прав та інтересів учасників авторських правовідносин.

Зобов'язання відшкодування шкоди, можуть розглядатися як правовий інститут, і як правовідносини. Правовий інститут відшкодування шкоди – це сукупність правових норм, що регулюють відносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди. Правовідносини відшкодування шкоди, можна охарактеризувати, як правовий зв'язок між суб'єктами цивільних, у тому числі авторських відносин, що виникають у зв'язку з відшкодуванням шкоди. Маємо підкреслити, що правовий інститут та правовідносини відшкодування шкоди, тісно пов'язані між собою, так як наявність відповідних норм у цивільному законодавстві виступає нормативною підставою виникнення відповідних прав та обов'язків. Отже, перебуваючи у діалектичному взаємозв'язку, інститут та правовідносини відшкодування шкоди, являють собою статику та динаміку регулювання відповідних відносин.

Відсутність дефініції зобов'язань відшкодування шкоди у ЦК України, та у спеціалізованому законодавстві, що регулює авторсько-правові відносини, зумовлює доцільність аналізу властивостей зазначених зобов'язань та звернення уваги до визначення даного поняття у науковій літературі.

Так С. Н. Приступа та С. Є. Сиротенко визначають зобов'язання відшкодування шкоди, як правовідношення, що виникає внаслідок протиправного завдання шкоди, у зв'язку з чим потерпіла сторона (кредитор) отримує право вимагати від правопорушника, який завдав шкоду (боржника), виконання його обов'язку відшкодувати завдану шкоду.(Цивільне право України : підруч. : у 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо–

Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер. – Т. 2. – 2004, с. 479) Г. В. Єрьоменко характеризує зобов'язання відшкодування шкоди, як такі цивільно-правові зобов'язання, в яких потерпіла сторона (кредитор) має право вимагати від боржника (заподіювача шкоди) повного відшкодування протиправно завданої шкоди, шляхом надання відповідного майна в натурі або відшкодування збитків. (Цивільне право України : підруч. : у 2–х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Ін Юре. – Т. 2. : Особлива частина. – 2003, с. 322) На протиправності дій, що є підставами виникнення зобов'язань відшкодування шкоди, звертає увагу і Т. С. Ківалова, яка визначає відповідні зобов'язання, як недоговірні правовідносини, що виникають внаслідок завдання шкоди, в яких кредитор (особа, якій завдана шкода, або особа, зазначена у законі) має право вимагати від боржника (заподіювача шкоди або від суб'єкта, зазначеного у законі) відшкодування завданої шкоди у повному обсязі.(Зобов'язальне право України: Підручник / За ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої. – К.: Істина, 2011, с. 747)

Отже, зобов'язання відшкодування шкоди у сфері авторського права і суміжних прав – це недоговірні правовідносини, що виникають внаслідок завдання шкоди, у яких особа, що завдала шкоду особистим немайновим і (або) виключним майновим правам суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав (боржник), зобов'язана відшкодувати завдану шкоду у повному обсязі, а суб'єкт, права якого порушено (кредитор) має право вимагати відповідного відшкодування у повному обсязі.

Зобов'язання з відшкодування шкоди у сфері авторського права і суміжних прав мають власні характерні ознаки, які допомагають відмежовувати їх від будь-яких інших зобов'язань.

Підставою виникнення зазначених зобов'язань завжди постає юридичний факт – завдання шкоди суб'єкту авторського права і (або) суміжних прав.

Суб'єктами зобов'язань відшкодування шкоди у сфері авторського права і (або) суміжних прав можуть бути будь-які учасники відповідних відносин. Кредитором може виступати автор або виконавець твору – будь-яка фізична особа (у тому числі іноземець, особа без громадянства, неповнолітня, або недієздатна особа), а також інші суб'єкти відповідних відносин – юридичні особи. Боржником, тобто особою, яка зобов'язана відшкодувати завдану шкоду, може бути деліктоздатна фізична особа, юридична особа, держава або інше соціально-публічне утворення.

Дія зобов'язань відшкодування шкоди охоплює як особисті немайнові, так і виключні майнові права суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав, при цьому безпосередньо відшкодування шкоди завжди має майновий характер. А отже, об'єктом зобов'язання відшкодування шкоди є компенсація, яку боржник зобов'язаний надати кредитору.

Зміст зазначених зобов'язань складає право кредитора (особи, права якої порушено) на відшкодування шкоди, яке забезпечується передбаче-

ним законом обов'язком боржника (особи, що завдала шкоду) відшкодувати завдану шкоду.

Окрім цього, за загальним правилом закріпленим у ЦК України, завдана шкода повинна відшкодовуватись у повному обсязі.

Позова Д. Д.
Національний університет «Одеська юридична академія», фахівець науково-дослідної частини, кандидат юридичних наук

ПОРУШЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ НА НЕЗАФІКСОВАНІ ВИКОНАННЯ

Новітні інформаційні та комп'ютерні технології двояко впливають на музичну індустрію. Забезпечуючи виконавцям доступ до більш широкої аудиторії, вони у той самий час створюють безліч можливостей для порушення виключних прав виконавців, усуваючи будь-які перешкоди у записі, відтворенні, передачі та розповсюдженні інформації. Як відомо, левову частку доходів музикантів складають не надходження від продажу концертних квитків, а відрахування з боку звукозаписувальних компаній. Саме виконавцю належить право вирішувати долю виконаної ним пісні. Відповідно до ч. 1 ст. 39 Закону України «Про авторське право і суміжні права» до майнових прав виконавців, зокрема, належить виключне право дозволяти чи забороняти іншим особам публічне сповіщення своїх незафіксованих виконань (прямий ефір), а також фіксацію у фонограмах чи відеограмах своїх раніше незафіксованих виконань.

У зарубіжній юридичній доктрині на позначення порушення майнових прав на незафіксовані виконання вживається спеціальний термін «бутлегерство» («bootlegging»), однак у вітчизняній літературі в області права інтелектуальної власності він зустрічається вкрай рідко. Історично англійське слово «bootleg» походить від практики незаконної торгівлі, контрабанди будь-яких речей, а надто алкогольної продукції в період дії «сухого закону» у США у 1920–1930 рр. Дослівно воно перекладається як «класти у черевик», пояснюється це тим, що для приховування та переміщення заборонених товарів використовувалися порожнини каблуків спеціально спроектованих для цього черевик. З часом це жаргонне слово почало використовуватися для позначення всього, що є незаконним та несанкціонованим, у тому числі записів «живих» виступів або концертів, зроблених без дозволу правовласника.

Перші «неофіційні» концертні записи були зроблені бібліотекарем Metropolitan Opera Меплсоном на фонографі, отриманому ним від Томаса Едісона. Помістивши свій подарунок у приміщенні над сценою, він протягом 1901–1903 років фіксував на циліндрах Едісона, розрахованих на кілька хвилин кожен, унікальні фрагменти концертних виступів, які ніколи не були записані комерційними студіями, і тим самим зберіг їх для історії

і колекціонерів. До 1969 року бутлеги, в основному записи джазових або блюзових артистів, не отримували широкого розповсюдження, оскільки не мали достатнього комерційного попиту. Епоха рок-бутлегів почалася в 1969 році з платівки Боба Ділана «Great White Wonder» (Волченко С. Краткое пособие начинающему собирателю бутлегов [Електронний ресурс] / Сергей Волченко. – Режим доступу : http://www.ledzeppelin.ru/boots/young_bootleggers-1.htm).

Бутлегом вважаються не лише записи, зроблені нелегально на концертах, а також студійні сесії, домашні записи і так звані ауттейки, зроблені без дозволу виконавця. Ауттейки означають невидані альтернативні версії пісень, які були офіційно випущені, чи пісень, які ще не були офіційно випущені артистом або звукозаписувальною компанією. Слід відзначити, що несанкціонований запис «живих» виступів або безпосередньо на концерті або побічно під час прямого ефіру (прямої трансляції) часто розглядається як «класичне» бутлегерство.

Таким чином, бутлегерство слід визначати як комерційну діяльність, яка полягає у записі, відтворенні та поширенні незафіксованих виконань, які ніколи офіційно не випускалися, здійснені без згоди виконавців або звукозаписувальних компаній. Бутлег, у свою чергу, становить матеріально втілений результат такої діяльності. Як відзначається в літературі, бутлегерство включає в себе наступні складові: (1) несанкціонована, тобто без дозволу виконавця (2) фіксація (запис) (3) «живого» музичний виступу (4) з метою отримання комерційної вигоди (Giuliano Adam. Steal this Concert? The Federal Anti-bootlegging Statue Gets Struck Down, but not Out [Електронний ресурс] / Adam Giuliano // Vanderbilt Journal of Entertainment & Practice. – 2005. – Vol. 7, Issue 3. – P. 374. – Режим доступу : http://www.jetlaw.org/?page_id=8558).

Враховуючи міжнародну правозастосовну практику, піратство доцільно розглядати у широкому значенні – як будь-яке незаконне використання об'єктів авторського права і суміжних прав, а бутлегерство – як одну із форм піратства поряд з контрафакцією. При цьому різниця між бутлегерством та контрафакцією полягає в наступному. Під контрафакцією об'єктів авторського права і суміжних прав слід розуміти опублікування, відтворення, зберігання, перевезення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення. На відміну від контрафактних примірників творів, які відтворюються на підставі оригінальних примірників – офіційно виданих музичних альбомів і саундтреків, бутлег виготовляється з комерційно недоступного матеріалу (невключені до альбому пісні, концерти, приватні або професійні сесії запису тощо).

Велика кількість бутлегів виготовляється і потім розповсюджується серед шанувальників артиста без отримання будь-якої фінансової вигоди. У такому разі навряд чи можна говорити про піратство, яке передбачає тільки комерційні порушення прав інтелектуальної власності. Разом із тим, бутлегери іноді переслідують комерційну мету і задля продажу своїх товарів намагаються додати професійну якість зробленим звукозаписам та створити оригінальне оформлення компакт-дисків. Звісно, обсяги продажів бутлегів не можуть зрівнятися з продажами офіційних видань. Однак і тут бувають виключення. Наприклад, при арешті в Маямі літака директора бутлег-фірми Midnight Sun (Люксембург) за нелегальне ввезення у США піратської продукції було конфісковано більше 400 000 компакт-дисків (Манухин А. «Посидел я немного на холме …» / Андрей Манухин [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rockshop.te.net.ua/ history/ h_23.html).

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що проблема бутлегерства залишається невирішеною по всьому світу. У боротьбі з цим явищем застосовуються найрізноманітніші заходи. Наприклад, на концертах може виділятися спеціальна зона для людей, охочих зробити запис навіть із можливістю підключатися до мікшерного пульта, щоб запис був кращим, але за умови, що записи не будуть використані для отримання прибутку.

Порушена у тезах доповіді проблематика має неабиякий теоретичний та практичний інтерес і потребує подальших наукових досліджень.

Бурова Л.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», старший лаборант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права

ПРАВОВИЙ СТАТУС МЕДІАТОРА ПРИ РОЗГЛЯДІ СПРАВ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Медіація у сфері інтелектуальної власності є найскорішим та найвигіднішим розв'язанням спорів, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності та розпорядження майновими правами на них. З розвитком інтернет-відносин об'єкти права інтелектуальної власності знаходяться в стані меншої захищеності. Інтернет дає змогу користувачам швидко розповсюджувати певні об'єкти творчої діяльності людини. Стає важко простежити їх стан та долю. В деяких випадках коли сталося порушення прав автора на певний результат інтелектуальної діяльності варто звернутися до процедури медіації. За допомогою даної процедури можна отримати бажаний результат за більш короткий строк порівняно з судовим процесом.

Медіатор – третя нейтральна, незалежна особа (посередник), що допомагає сторонам вирішити наявний конфлікт, суперечку.

Відповідно до законопроекту «Про медіацію», авторами якого є Ківалов С. В. та Бондик В. А., медіатор має право отримувати інформацію про конфлікт, для допомоги у розв'язанні якого він запрошений, від сторін конфлікту, державних органів, посадових осіб; самостійно визначати методику підготовки та проведення медіації за умов дотримання законодавства про медіацію та професійних етичних стандартів діяльності медіатора. Крім того медіатор має право відмовитися від проведення медіації з етичних або особистих міркувань, а також у разі конфлікту інтересів з іншими учасниками медіації; надавати послуги на оплатній та безоплатній основі; на оплату своїх послуг та на відшкодування витрат, здійснених для підготовки та проведення медіації, у розмірі та формі, передбаченій угодою про проведення медіації; займатися своєю діяльністю індивідуально або разом з іншими медіаторами, створювати юридичні особи, в тому числі об'єднання медіаторів, працювати за наймом та здійснювати підприємницьку діяльність.

Крім того медіатор має певні зобов'язання. Він зобов'язаний дотримуватися вимог чинного законодавства про медіацію, професійних етичних стандартів діяльності медіатора, правил конфіденційності; перевірити повноваження представників та/або законних представників сторін медіації; повідомити сторони медіації про конфлікт інтересів або інші обставини, що унеможливлюють його участь у медіації; проінформувати сторони про порядок проведення та правові наслідки медіації та надавати роз'яснення щодо процедури медіації; керувати процедурою медіації; забезпечити відповідність медіаційної угоди вимогам правових та етичних норм; відмовитися від медіації у разі явно незаконної або недобросовісної поведінки хоча би однієї із сторін медіації, представника та/ або законного представника сторони медіації, а також у випадку явної невідповідності справи критеріям медіації (Про медіацію: проект закону України – 10301-1 від 19.04.2012 – Електронний ресурс – [Режим доступу] – http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=10301-1&skl=7).

Останнім часом у світі триває суперечка щодо того, хто може буди медіатором. З одного боку обґрунтовується, що медіатором повинна бути особа, яка має юридичну освіту, з іншого – освіту психолога (Тісногуз В. Медіація – один з альтернативних методів вирішення спорів – Електронний ресурс – [Режим доступу] – http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&&newsid=122934).

Представники першого напряму говорять про те, що для успішного вирішення спору варто звертатися до медіатора – юриста, адже юрист зможе надавати правову допомогу сторонам.

Представники другого напряму вважають, що так як конфліктологія – це інститут психології, то медіатор – психолог зможе краще зрозуміти позиції сторін і зможе знайти підхід до кожного, щоб вирішити спір на вигідній основі.

На нашу думку, якщо вирішується спір щодо захисту об'єктів права інтелектуальної власності, то звичайно краще для усіх учасників медіації, щоб медіатором була особа, обізнана в юридичній сфері. По-перше, вона зможе розповісти про правові наслідки при прийнятті того чи іншого рішення. По-друге, медіатор-юрист зможе оформити медіаційну угоду і всі необхідні документи відповідно до вимог чинного законодавство. В такому випадку не потрібно буде залучати до процесу ще і юриста.

Не мається на увазі те, що медіатор має бути адвокатом. Адвокат – це особа, яка насамперед спрямовує свої дії на захист інтересів клієнта, а медіатор – це нейтральна, незацікавлена особа (Рейзін М. Коментар для Всеукраїнського щотижневого юридичного видання «Юридична газета» до статті – «А медіатор хто?» – Електронний ресурс – [Режим доступу] – http://sbordolgov.com/ru/articles/komentar-dlya-vseukrayinskogo-schotizhnevogo-uridichnogo-vidannya-uridichna-gazeta-do-statti-a-mediator-hto-46). Медіатор не може приймати позицію однієї з сторін.

У вказаному проекті закону говориться про те, що медіатором може бути фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років та пройшла спеціальну підготовку за напрямом «медіація» в Україні або за її межами. Щодо спеціальної освіти: юриста чи психолога в проекті не вказується.

Як висновок можна зазначити, що питання визначення правового статусу медіатора має важливе значення в умовах сьогодення. Від того хто проводить медіацію залежить успіх даної процедури. Ми придержуємося точки зору, що медіатор-юрист зможе не тільки дійти одного взаємовигідного рішення для сторін конфлікту, але й надати їм правову допомогу щодо складення медіаційної угоди, що в свою чергу скоротить строк вирішення даної справи.

Грігор'янц Г.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права

ПОГЛЯДИ НА ПІРАТСВО В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ

Піратство в авторському праві як складний феномен сучасного світу не потрібує комплексного підходу до його вивчення. В наш час у визначні основних напрямів запобіганню піратству актуального значення набуває врахування позицій щодо ставлення до піратства не тільки тих, хто всіма силами бореться з ним, але також й тих, хто вважає піратство закономірним (навіть позитивним) наслідком прогресу.

Отже, в суспільстві визначилися дві протилежні позиції щодо піратства в авторському праві. Перша позиція належить більшості, які сприймають піратство, як небезпечне, руйнівне для суспільства явище, з яким обов'язково необхідно вести боротьбу. Основними аргументами прихиль-

ників даної позиції є: 1) піратство завдає шкоди творцеві об'єкту; 2) піратство завдає шкоди економіці країн; 3) піратство завдає шкоди національній культурі; 4) суспільство не отримує якісну продукцію.

Друга позиція, менш розповсюджена, але яка має право на існування. Основні аргументи: 1) суспільство має право на вільний доступ до культури (до результатів творчості інших осіб); 2) занадто високі ціни на певні твори; 3) обмеження певних держав в доступі до творів (наприклад заборона деяких комп'ютерних ігор); 4) неможливість доступу громадян до об'єктів авторського і суміжних прав в країнах що розвиваються.

У першу чергу піратство підтримується пересічними громадянами, які не хочуть (не в змозі) платити гроші за те, що вони можуть, наприклад, завантажити із всесвітньої мережі Інтернет. Однак підтримка не обмежується лише даними особами, навіть, як це не парадоксально, в сфері виробництва об'єктів авторського і суміжних прав (наприклад, розробці комп'ютерних ігор) деякі правовласники не тільки не засуджують піратські дії, але і використовують їх у якості реклами. В останні роки було створено безліч піратських партій в різних країнах світу, основними напрямками яких є реформування авторського права, свобода та безконтрольність доступу до Інтернету, посилення політики конфіденційності, невтручання в особисте життя, та інше.

Звернемося до висловлювань вчених щодо даного питання. Наприклад, Л. Лессиг в своїй книзі «Вільна культура» висловлює свої думки щодо піратства в Америці: «Я теж поборник власності, особливо того важливої її різновиду, яку містер Валенти любовно називає «інтелектуальною». Я переконаний, що «піратство» – зло, а правильно побудований закон повинен його карати де б воно не було – в онлайні чи ні. Але за цими простими міркуваннями ховається куди більш фундаментальне питання і набагато більш драматичні зрушення. Боюся, якщо ми як слід не розглянемо їх, війна за позбавлення Інтернету від «піратів» призведе до втрати тих цінностей, на яких споконвіку грунтувалася наша культура. Ці цінності, побудовані на ста восьмидесятилітній традиції нашого республіканського ладу, гарантували авторам право вільно творити, відштовхуючись від надбання минулого, і захищали творців від свавілля влади (Лессиг Л. Свободная культура. 2007, с. 40).

В. Ковальський в своїй статті вказує на дві позиції, які склалися по відношенню до піратства (контрафакції). Прибічники однієї позиції, носіями якої є суб'єкти законодавчої ініціативи, контролюючі органи, імпортери та правоволодільці права інтелектуальної власності, вважають, що це є зло для держави, суспільства та економіки. Друга позиція, що є неформально поширеною думкою серед продавців, виробників-бізнесменів та загалу споживачів, полягає в тому, що це є ніби благо та захист від поширення занадто дорогої ліцензованої продукції (Ковальський В. Захист

права інтелектуальної власності. Проблема контрафакту / В. Ковальський // Теорія і практика інтелектуальної власності. – № 6 (38). – 2007. – С. 17).

О. Штефан стверджує, що піратство завдає шкоди усім особам, які задіяні у процесі створення, відтворення і розповсюдження об'єктів авторського права. Автори не отримують винагороди за використання своїх творів; видавці, виробники фонограм, розповсюджувачі – не отримують відповідного прибутку та втрачають частину потенційних покупців; покупці – з одного боку, мають комерційну вигоду, купуючи дешеві піратські твори, а з іншого – користуються неякісною продукцією; держава – не отримує відповідних відрахувань до бюджету за використання об'єктів авторського права, в результаті чого скорочуються видатки на культуру. Таким чином, на рівні держави піратство створює загрозу для розвитку національної культури, оскільки автори, видавці, виробники фонограм та інші особи, які сприяють авторам у розповсюдженні їх творів, втрачають фінансову підтримку. Піратство робить невигідним витрачання часу, зусиль, досвіду для створення нових, оригінальних, якісних творів, внаслідок чого споживач продукту культури вимушений задовольняти свої культурні потреби другорядною продукцією, яка не є продуктом вищого ґатунку як за змістом, так і за формою (Штефан О. Дещо до питання про порушення у сфері авторського права / О. Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. – № 6. – 2009. – С. 6)

На підставі усього вищевикладеного можна зробити висновки. По-перше, не всі вважають піратство в авторському праві лише негативним явищем. По-друге, така позиція находить все більше прихильників, навіть серед самих правоволоділців. Раціональне зерно в позиції «за піратство» все ж таки проглядається, однак при цьому слід уточнити, що боротися з цим явищем потрібно, але не методом жорстких заборон та великих санкцій, оскільки такі методи приведуть лише до об'єднання суспільства на захист піратства. Тема піратства в авторському праві стає все більш актуальною, безперервний технічний прогрес ставить все більше питань перед науковцями та практиками. Відповіді на ці питання не можливо знайти вивчаючи лише негативну сторону явища, і тому розуміння причин позитивного відношення до піратства має велике значення.

Володіна В. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права

ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У СКЛАДІ ВІДУМЕРЛОЇ СПАДЩИНИ

Із прийняттям нового Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) у 2003 році відбулася реформа спадкового права, основними досягненнями якої було збільшення кількості черг спадкоємців за законом з

двох до п'яти, максимальне усунення держави від спадкування. Але все ж таки в умовах демографічної кризи випадки коли спадщина визнається відумерлою на практиці зустрічаються все частіше.

У сучасному спадковому праві законодавець не відмежує права інтелектуальної власності та майнові права взагалі. Саме тому, на правовідносини спадкування прав інтелектуальної власності поширюються загальні положення про спадкування книги шостої Цивільного кодексу України. Представляється, що такий підхід є не досить вірним, а тому тут можливі дуже серйозні соціальні і правові помилки. Одним із невирішених питань у законодавстві залишається питання оформлення прав на відумерлу спадщину, у складі якої є права інтелектуальної власності. Нажаль і у вітчизняній літературі це питання не знаходить свого чіткого відображення. Саме тому цей напрям дослідження є не тільки новим, а й актуальним для сучасної правової науки.

Отже, на сьогодні не має підстав заперечувати можливість спадкування прав інтелектуальної власності у складі відумерлої спадщини, але хто ж отримує свідоцтво про право на спадщину авторського права і як далі відбувається реалізація цього права?

Згідно зі ст. 1277 ЦК України, у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини зобов'язаний подати до суду заяву про визнання спадщини відумерлою. Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини. Спадщина, визнана судом відумерлою, переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини.

Але слід мати на увазі, що в такому випадку закон не визнає територіальну громаду спадкоємницею відумерлого майна.

На жаль, на місцевому рівні, поза увагою залишаються питання спадкування прав інтелектуальної власності у складі відумерлої спадщини. Так, у м. Одесі діє розпорядження Одеського міського голови № 23-01р від 21.01.2011 «Про затвердження Порядку поводження з відумерлою спадщиною». Дія цього порядку поширюється на відносини, що виникають при визнанні за територіальною громадою міста Одеси права власності на нерухоме майно (земельні ділянки, будинки, будівлі, споруди, жилі та нежилі приміщення у будинках), розташоване в адміністративно-територіальних межах міста, а також на рухоме майно, цінні папери та грошові кошти, що визнані судом відумерлою спадщиною, і регламентує питання виявлення такого майна, його обліку, набуття територіальною громадою прав на нерухоме та рухоме майно.

Таким чином, у діючому законодавстві України, у роз'ясненнях органів держави, регламентується правило про спадкування територіальною

громадою відумерлої спадщини, але не роз'яснюється порядок реалізації даної норми закону відносно майнових прав інтелектуальної власності.

Для усунення прогалин в законодавстві необхідно вирішити питання про правовий статус майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності у складі відумерлої спадщини, визначити орган у складі виконавчих органів місцевого самоврядування, який би здійснював реалізацію даних прав та захист від порушень, а також внести необхідні зміни в розпорядження відповідних міських голів, регламентуючи детально даний порядок.

У дореволюційній Росії це питання вирішувалося кардинально. В одному випадку спадщина, що залишилась без спадкоємців не ставала відумерлою. Цей випадок як раз і стосувався авторського права. За Законом від 20 березня 1911 р., якщо автор не розпорядився за життя своїм авторським правом і після нього не залишилося спадкоємців, то авторське право припинялося з дня смерті автора, а не переходило до держави чи іншим спілкам. У такому випадку юридична практика вважала авторське права суспільним надбанням.

Сучасне законодавство не врахувало досить багатий досвід в цьому питанні Російської імперії. Насамперед це пов'язано з відсутністю напрацьованого механізму використання вільних об'єктів інтелектуальної власності. У будь-якому випадку, держава відкрито демонструє свою боязнь втратити контроль над інтелектуальною власністю її громадян.

На жаль, в розумінні багатьох юристів, нотаріусів особливо, авторське право є таким же майном, як і все інше, на що видається свідоцтво про право на спадщину.

Зокрема, виходячи з відсутності належної законодавчої бази, авторське право не виділяється в самостійний об'єкт в системі об'єктів цивільного права. Звідси походять і наступні помилки в оформленні спадщини. Про небажання багатьох нотаріусів, що займаються, як відомо, таким оформленням, вдаватися в оцінку правової природи авторських прав свідчить прийнята форма свідоцтва про право на спадщину, яка використовується в однаковій мірі і на об'єкти речового права, і на об'єкти інтелектуальної власності.

Викладене свідчить про необхідність проведення досліджень у даній сфері з метою вироблення пропозицій по удосконаленню чинного законодавства про спадкування прав інтелектуальної власності. Взагалі питання пов'язані зі спадкуванням відумерлої спадщини потребують серйозного перегляду та уваги з боку законодавчого органу з метою усунення юридичних і логічних протиріч.

РОЗДІЛ 25
ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Мінченко Р. М.
Національний університет «Одеська юридична академія», завідувач кафедри цивільного процесу, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ МАТЕРІАЛЬНОГО ТА ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Питання співвідношення матеріального та процесуального права на сьогодні набувають особливої актуальності в зв'язку з вдосконаленням правової форм захисту суб'єктивних прав і охороняємих законом інтересів фізичних осіб. Захист порушених, невизнаних і оспорених прав здійснюють різноманітні органи і державні інституції в визначеній законом процесуальній формі: судовій, громадській, адміністративній , нотаріальній і інших. Встановлення значимості зазначених форм і тенденцій їх подальшого розвитку пов'язано з визначенням меж впливу матеріальноправових відносин на форму процесу. Це питання стосується того в якій мірі законодавець при виборі форми захисту права пов'язаний нормами матеріального права, характером матеріальних правовідносин.

Наявність певного зв'язку між матеріальним і процесуальним правом не викликає сумнівів. Завданням науки цивільного процесу є визначення тих меж в рамках яких матеріальне право впливає на форму процесу. Вирішення питання щодо співвідношення матеріального і процесуального права має суттєве значення для визначення мети та завдання наукових досліджень з проблеми захисту порушеного, невизнаного чи оспореного права. Враховуючи потреби практики, наука повинна вирішити питання чи обов'язково виникнення нових галузей матеріального права має привести до виникнення нових відповідних процесуальних галузей права, чи їх взаємозв'язок відбувається лише на рівні процесуальних особливостей порядку розгляду та вирішення спорів, що випливають з існуючих матеріальних правовідносин. Крім того, юридична наука повинна одночасно вирішити питання і щодо того чи повинен законодавець при встановлені процесуального правового порядку вирішення спорів оглядатись на існування матеріальних правових норм і до якої межі.

Певний інтерес для вирішення проблеми співвідношення матеріального та процесуального права мають питання розмежування матеріальних та процесуальних явищ, співвідношення матеріальних та процесуальних правовідносин, співвідношення різноманітних форм захисту права.

Протилежними явищами правової науки є існування матеріального та процесуального. Проте існування цих явищ відповідно до діалектично-

го методу складає певну єдність взаємопов'язаних і взаємно виключаючих явищ, що не можуть існувати один без одного. В реальності і правозастосовній практиці, кожне з названих правових явищ є самостійним елементом і підлягає самостійному дослідженню.

Співвідношення матеріального і процесуального на різних рівнях дослідження різне. Так є певна різниця між співвідношенням матеріального та процесуального на рівні галузей права і правових норм. На рівні галузей права можна констатувати , що процесуальні галузі права не можуть існувати без матеріальних, а останні в свою чергу є мертвими, так як не можна вважати правом таку форму правової регламентації поведінки учасників певних правовідносин, що не забезпечена можливістю державного примусу, що здійснюється зазвичай у визначеній процесуальній формі. Що стосується рівня правових норм, то такого взаємозв'язку немає. норми процесуального права при певних умовах породжують суб'єктивні процесуальні права, що не знаходяться з матеріальними суб'єктивними правами в співвідношенні процесуальної форми і змісту. Вони є самостійними правовими явищами, зв'язок яких з матеріальними галузями права опосередкований відповідною галузю процесуального права, структурним елементом якого є вказана процесуальна норма. Саме тому чітке розмежування матеріального та процесуального особливо важливе в правозастосовній практиці, де поєднання зазначених категорій призведе до порушення суб'єктивних прав громадян та юридичних осіб, а також в області нормотворчості, де мають бути узгоджені норми матеріальних та процесуальних галузей права.

Питання співвідношення матеріального та процесуального права тісно пов'язано з визначенням змісту правовідносин. Існує думка, що змістом конкретних правовідносин є існування самих врегульованих правовими нормами суспільних відносин. Виходячи з цього можна прийти до висновку, що матеріальні правовідносини в своїй сукупності формують процесуальне право та процесуальні правовідносини.

В дослідженні співвідношення матеріальних і процесуальних правовідносин заслуговує уваги проблема співвідношення суб'єктивних матеріальних і процесуальних прав. На стадії відкриття провадження у цивільній справі чітко простежується відмінність матеріального суб'єктивного права від процесуального. Матеріальне суб'єктивне право є предметом судового захисту , а процесуальне право є засобом досягнення мети захисту порушеного матеріального права. Саме таке співвідношення суб'єктивного матеріального та процесуального права зберігається на протязі всього цивільного процесу аж до моменту винесення судового рішення за цивільною справою.

Для науки цивільного процесуального права велике значення має вивчення проблеми співвідношення різних форм захисту права в їх взаємозв'язку з матеріальними правовідносинами. На сьогодні досліджен-

ня форм захисту права відбувається по шляху встановлення їх відмінностей з метою застосування кожної з форм захисту в якості самостійної процесуальної галузі права.

Будь яка форма захисту права як цілісна система передбачає певний визначений внутрішній зв'язок взаємопов'язаних між собою її елементів. Це означає що юридичні конструкції, вироблені наукою цивільного процесуального права і закріплені в законодавстві мають бути використані в інших правових формах захисту права в рамках що не суперечать правовим засадам діяльності судового органу, що вирішує справу по суті. Очевидно, що правові засади діяльності суду, що вирішує цивільно-правовий спір є самостійним елементом структури судової форми захисту порушеного права і в ньому закладений механізм що відрізняє судову форму захисту права від інших не судових форм захисту.

Чванкін С. А.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук, голова Київського районного суду м. Одеси

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ОСІБ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СПРАВІ ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У ст. 27 ЦПК України передбачається перелік процесуальних прав, осіб, які беруть участь у справі, які направлені на допомогу цим особам дбати про свої інтереси у цивільній справі та бути повноцінним та активним учасником цивільного процесу.

ЦПК України передбачає деякі особливості реалізації прав та обов'язків осіб, які беруть участь у справі саме позовного провадження. Так, відповідно до ч. 2 ст. 27 ЦПК України особи, які беруть участь у справі позовного провадження, для підтвердження своїх вимог або заперечень зобов'язані подати усі наявні у них докази до або під час попереднього судового засідання.

На відміну від попередньої редакції цієї статті особам, які беруть участь у справі необхідно подати наявні докази до суду, можливість тільки повідомити про них суд (що часто тягло затягування розгляду справи) тепер законом не передбачена. Також у зв'язку з тим, що відповідними змінами у ЦПК України, введено правило про необов'язковість проведення попереднього судового засідання (див. ст. 130 ЦПК України) у коментовані статті уточнено, що у разі якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться особи, які беруть участь у справі позовного провадження, для підтвердження своїх вимог або заперечень зобов'язані подати усі наявні у них докази до початку розгляду справи по суті (див. ст. 131 ЦПК України).

Треба зазначити, що законодавець поклав обов'язок на сторін: кожна із них повинна довести ті обставини, на яких ґрунтуються її вимоги та за-

перечення (див. ст.60 ЦПК України). Це можна розуміти так, що сторона повинна бути зацікавлена у розгляді конкретної цивільної справи на свою користь шляхом прийняття активної участі в ній.

Законодавцем для підтримання належних умов проведення судом цивільного процесу та врегулювання процесуальних правил поведінки в частині третій ст. 27 ЦПК України зроблений акцент, що виражається в дотриманні обов'язку добросовісно користуватися належним особам, які беруть участь у цивільній справі, процесуальними правами і неухильно виконувати процесуальні обов'язки.

На підставі вищевказаного, користуватись процесуальними правами перелічені особи повинні обережно та ніколи не забувати, що реалізація їх повинна нести за собою якусь процесуальну мету.

Законом чітко зазначено, що цивільна справа має бути розглянута і вирішена протягом розумного строку, але не більше двох місяців з дня відкриття провадження у справі, якщо інше не встановлено цим Кодексом (ст.157 ЦПК України). Сьогодні далеко не кожна цивільна справа вирішується у судах у передбачений законодавцем термін, а саме двохмісячний термін. Можуть бути різні причини цього, наприклад, велика завантаженість суду. Необхідно констатувати той факт, що в судах загальної юрисдикції відбувається не зовсім приємна практика, щодо затягування цивільного процесу особами, які беруть участь у цивільній справі. Це можуть бути як сторони, треті особи, представники сторін та третіх осіб.

Так, відповідач у цивільній справі відчуваючи, що цивільний позов позивача є обґрунтованим, підтверджений необхідними доказами у справі та те, що він не зможе нічого по суті протиставити йому, вибирає шлях по затягуванню цього процесу, а саме, спрямовує до суду різного роду заяв, клопотань, зокрема про неодноразове відкладення розгляду справи в зв'язку з неможливістю прибути до судового засідання, оскільки у нього заплановано відрядження, або цьому заважає «хвороба» тощо.

До того ж спрямовуються в суд безліч заяв та клопотань про витребування яких не будь доказів, або «про виклик важливих свідків», які спроможні допомогти у об'єктивному розгляді цивільної справи (на сьогодні такий шлях до затягування розгляду справи законодавцем попереджений у нових редакціях ст.ст. 131, 136 ЦПК України), заявлення необґрунтованих відводів судді, нез'явлення представників учасників судового процесу в судові засідання без поважних причин та без повідомлення причин, подання необґрунтованих клопотань про вчинення судом процесуальних дій, подання зустрічних позовів без дотримання вимог ЦПК, одночасного оскарження судових рішень в апеляційному і в касаційному порядку, подання апеляційних та касаційних скарг на судові акти, які не можуть бути оскаржені, тощо.

Подібна практика, спрямована на свідоме невиправдане затягування судового процесу, порушує права інших учасників судового процесу та

суперечить вимогам статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, учасником якої є Україна, стосовно права кожного на розгляд його справи судом упродовж розумного строку.

Відносно неухильного виконання процесуальних обов'язків, то тут можна зазначити наступне, що на осіб, які беруть участь у справі, покладено достатньо обов'язків, які вони повинні виконувати в цивільному процесі. Особи, які беруть участь у справі, зобов'язані під час провадження у цивільній справі повідомляти суд про зміну місця проживання, перебування, роботи, служби, місцезнаходження. У разі неповідомлення про зміну адреси повістка надсилається їм за останньою адресою і вважається врученою. До того ж, особи, які беруть участь у справі, які не можуть з поважних причин з'явитися до суду, зобов'язані завчасно повідомити про це суд. На практиці відбуваються випадки, коли особи не повідомляють про зміну своєї адреси і це використовується у подальшому недобросовісною або недбалою особою, як аргумент у апеляційній скарзі, про начебто позбавлення її головного процесуального права безпосередньо брати участь у цивільній справі.

Дрішлюк А.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук, доцент, суддя апеляційного суду Одеської області

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ.

Сьогодні суд покликаний забезпечити захист соціально-економічних, політичних, особистих прав і свобод громадян. Судова форма захисту займає пріоритетне місце серед форм захисту, існує постійно і носить універсальний характер. В судових органах процес захисту цивільних прав, свобод та інтересів втілюється в особливу процесуальну форму, дотримання якої є гарантією здійснення правосуддя і належного захисту цивільних прав, свобод та інтересів, що порушені, оспорюються чи невизнані іншими особами.

Незважаючи на проведене масштабне реформування судової системи та внесення змін до процесуальних кодексів в 2010 році, і, як наслідок, суттєве покращення умов для здійснення судочинства, залишилось ще багато питань які потребують свого вирішення. Так, незважаючи на те, що в главу 1 розділу V ЦПК України було внесено достатньо принципових змін (достатньо згадати практику застування ст. 311 ЦПК України в старої редакції, коли по справі неодноразово скасовувались рішення в апеляційному порядку, що мало наслідком розгляд справ протягом десятків років), практика її застосування виявила окремі проблемні питання, що потребують свого вирішення.

Так, потребує роз'ясненню застосування апеляційним судом положень ч.1 ст. 303 ЦПК України про можливість перекваліфікації спірних відносин у разі якщо судом першої інстанції вірно встановлені обставини справи, проте суд вирішив спір на підставі інших правових норм, а ніж ті, які були вказані позивачем. Іншою ситуацією є справи в яких є всі докази, можливо встановити фактичні обставини справи, проте правові підстави (кваліфікація спірних відносин) заявлені самим позивачем не відповідають фактично виниклим між сторонами спірним правовідносинам. Так, само зустрічаються випадки, коли суд першої інстанції прийшов до вірного висновку по суті заявлених позовних вимог, проте ні позивачем, ні судом не було вірно надана кваліфікація спірним правовідносинам. На нашу думку, необхідно надати можливість судам на стадії апеляційного розгляду справи надати правильну кваліфікацію спірним правовідносинам та змінити мотивування прийнятого судом першої інстанції рішення шляхом зміни судового рішення в апеляційному порядку. Такий підхід до тлумачення процесуального закону відповідатиме завданням цивільного судочинства, а також ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Крім того, потребує законодавчої конкретизації можливість відмови у відкритті апеляційного провадження за апеляційної скаргою особи, яка не приймала участь у розгляді справи, якщо зі скарги та матеріалів справи вбачається відсутність порушення права та/або зберігається можливість захисту права у межах самостійного провадження, яке може бути порушено за позовом такого «апелянта».

Також необхідним є узгодження окремих частин ЦПК України, щодо строків. Зокрема строк на апеляційне оскарження відраховується відповідно до ст. 294 ЦПК України з моменту оголошення рішення (ухвали) та не враховує можливість оголошення вступної та резолютивної частини рішення, та наступного отримання повного тексту рішення за межами встановленого десятиденного строку; а також набранням законної сили рішення суду згідно зі ст. 223 ЦПК України, яка пов'язує його з закінченням строку на апеляційне оскарження. При цьому зустрічаються випадки, що сторона повідомляє про намір оскарження рішення суду, проте оскільки стороною не було отримано повного тексту рішення, вона повідомляє суд про подачу апеляційної скарги в майбутньому.

Тому вважаємо за необхідним роз'яснити, що 10-дневний строк на апеляційне оскарження обчислюється з моменту проголошення рішення незалежно від отримання повного тексту рішення, проте обставини видачі повного тексту, враховуються під час вирішення питання про поновлення строку на апеляційне оскарження. Вказане має принципове значення оскільки особа, яка не була присутня на оголошенні рішення, має право на подачу скарги протягом десяти днів з моменту отримання повного тексту, тобто в цьому випадку, необхідно роз'яснити, що йдеться не про строк в

значенні ст. 223 ЦПК України, а про строк, який має значення для поновлення строку на подачу апеляційної скарги.

Аналіз практики розгляду справ в апеляційному порядку також свідчить про необхідність більш детально врегулювати наслідки помилкового відкриття апеляційного провадження, наслідки недотримання встановленого порядку перегляду заочних рішень в суді першої інстанції, переглянути підстави для відмови у відкритті апеляційного провадження в контексті вище окреслених проблем. Вирішення цих та деяких інших питань, неможливо без відповідного наукового опрацювання окресленої проблематики, яка може складати напрямки перспективного наукового дослідження.

Устінова-Бойченко Г. М.

Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільно-правових дисциплін, кандидат юридичних наук, доцент

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ВИЗНАННЯ ОСОБИ НЕДІЄЗДАТНОЮ

Ставлення суспільства до осіб з психічними розладами завжди було різноманітним: від нехтування до поваги.

Розвиток психіки, психічний стан особи та їх вплив на можливість участі особи у правових відносинах почав турбувати людство з часів виникнення правової системи.

Визнання особи недієздатною – це складне юридичне поняття, яке містить в собі два критерії: медичний та юридичний (психологічний).

Правовий пам'ятник римського права – Закони XII таблиць (451-450 рр. до н.е.) містив наступні положення: Таблиця V, п.7а « Якщо людина збожеволіла, то нехай владу над нею самою і над її майном візьмуть її агнати або родичі».

В законодавчому акті князя Володимира «Закон Судный – людям» зазначалось, що «завещающие свое имущество должны быть в здравом уме и твердой памяти». Також в цьому законі вперше було порушене питання про захист прав душевнохворих.(Волков В. Н. Судебная психиатрия : курс лекций / В. Н. Волков. – М. : Юристь, 1998. – 408 с)

Прийняття Олексієм Михайловичем Романовим в 1669 році «Новоуказных статей» започаткувало залучення лікарів для проведення освідування душевнохворих. Зазначений Закон був направлений на охорону суспільства від можливої шкоди, яку могла завдати душевнохвора особа, та одночасно на захист майнових інтересів хворих (Волков В. Н. Судебная психиатрия : курс лекций / В. Н. Волков. – М. : Юристь, 1998. – 15 с).

За період царювання Федора Олексійовича в 1677 р. був прийнятий перший закон, який стосувався майнових прав душевнохворих. Закон

встановлював, що глухі, німі та сліпі можуть управляти своїм майном, а п'яниці та глупі (слабоумні) не можуть вести справи та управляти своїм майном. Однак, позбавляючи душевнохворих цього права, закон не визначив, на кого це право покладається та хто є відповідальним за майно душевнохворого.

Допетровська Русь XVI-XVII ст.ст. є періодом монастирського нагляду душевнохворих. В більшості випадків висновок про наявність психічної хвороби, в залежності від підстав направлення особи, робили монахи або представники царської адміністративної влади. Починаючи з XVII ст. при встановленні факту наявності душевної хвороби, забобонне та побутове уявлення про божевілля поєднувалось з залученням наукових, на той час, методів.

Великий реформатор російської держави Петро I своїми новаторськими законоположеннями встановив новий порядок освідування психічно хворих осіб. Петро I, наслідуючи приклад іноземних держав, зобов'язав Головний Магістрат організовувати суспільний нагляд в Росії та наказав «добрую полицию учредить», через місцеві магістрати «заводить смирительные дома, больницы и школы».

Петро I започаткував адміністративний порядок освідування особи з психічними розладами.

Наступним етапом розвитку законодавства про нагляд душевнохворих з боку держави почався з прийняття «Свода Законов Гражданских» в 1815 році, який містив главу «О опеке над безумными, сумасшедшими, глухонемыми и немыми». Норми «Свода Законов Гражданских» регламентували порядок встановлення факту розумового розладу в ході освідування особи, з метою наступного прийняття рішення Сенатом про призначення опіки. Вперше закон визначав форми розумового розладу та запровадив градацію суб'єктів на «безумных» та «сумасшедших», якою керувались до реформ 1917 року. (Слонимский Л. З. Умственное расстройство, его значение в праве гражданском и уголовном / Слонимский Л. З. – СПб., 1879. – С. 63).

Першим правовим актом радянської влади, що стосувався психіатрії, стала інструкція «Об освидетельствовании душевнобольных», яка була видана в червні 1918 року Народним комісаріатом юстиції (Собрание указаний и распоряжений Рабочего и Крестьянского правительства. – 12.06.1918 (30 мая). – № 40.).

Інструкція визначала порядок освідування осіб, які страждали психічним розладом, для встановлення або зняття опіки та передбачала використання цих висновків вперше створеними народними судами. Представники зазначених судів повинні були приймати участь в роботі медичної (врачебной – рос.) комісії. (Морозов Г. В. Основные этапы развития отечественной судебной психиатрии / Г. В. Морозов, Д. Р. Лунц, Н. И. Фелинская. – М., 1997. С. 131).

Порядок визнання громадянина недієздатним залишався адміністративним та регулювався положеннями зазначеної інструкції та нормами Кодексу про акти цивільного стану.

Кодекс Законів про шлюб, сім'ю та опіку, що було прийнято в 1926 році, містив окрему главу, яка була присвячена освідуванню «душевнобольных и слабоумных» та повторив основні положення діючого на той час законодавства про недієздатність та опіку, але в той же час було зменшено коло суб'єктів, які мали право приймати рішення про психічний стан освідуємого. Спеціальну комісію для освідування особи призначав відділ опіки та піклування, головою комісії призначався завідуючий відділом охорони здоров'я виконавчого комітету, в склад комісії обов'язково входили два лікарі, один з яких – психіатр. Комісії надавалось право помістити освідувану особу в спеціальний лікувальний заклад на строк не більше 2-х місяців, або встановити нагляд за місцем його проживання. За результатами освідування складався акт, який підписували особи, що проводили освідування; в акті обов'язково зазначалось, чи є особа душевнохворою або недоумкуватою та чи потребує вона опіки.

Такий порядок проіснував майже 40 років.

Цивільний процесуальний кодекс Української РСР 1964 року ввів главу 34. Цим законом було започатковано визнання громадянина недієздатним внаслідок психічної хвороби або недоумства у судовому порядку. Встановлений порядок обмеження дієздатності громадянина та визнання особи недієздатною є прототипом нині існуючого порядку.

Волкова Н. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА ДОКАЗІВ У СПРАВАХ ЩОДО ВИЗНАННЯ БАТЬКІВСТВА У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Відповідно до цивільного процесуального законодавства головним завданням суду при розгляді і вирішенні справи є з'ясування дійсних взаємовідносин між сторонами та захист, охорона їх порушеного, невизнаного або оспорюваного права, свобод та інтересів шляхом ухвалення законного й обґрунтованого рішення. Таке з'ясування можливе тільки шляхом дослідження і оцінки доказів по справі, що надаються особами, які беруть участь у справі.

Доказуванню підлягають тільки ті обставини, що мають значення для ухвалення рішення по справі і щодо яких у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, виник спір (ч.3ст.60 ЦПК України).

Судові докази – єдине поняття, що становить взаємозв'язок фактичних даних, на підставі яких суд у передбаченому законом порядку встановлює обставини, що мають значення для обґрунтованості вимог

і заперечень сторін та засобів доказування, що містять ці фактичні дані (Треушников М. К. Судебные доказательства / М. К. Треушников. – М., 2004. – С. 79.).

Відповідно до ст. 57 ЦПК України доказами в цивільній справі є будь-які фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко – і відеозаписів, висновків експертів.

Для того щоб визначити коло доказів у справі про визнання батьківства необхідно з'ясувати предмет доказування, який як правило, визначається тією нормою (чи нормами) матеріального права, на підставі якої буде вирішуватись справа. Визначення норми закону відповідно до якої суд буде розглядати дану справу має велике значення, оскільки підстави для визнання батьківства за рішенням суду, зазначені у ст. 128 СК України, істотно відрізняються від підстав його встановлення, передбачених у ст. 53 КпШС.

Стосовно даного питання постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 року № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» у п. 3 надає роз'яснення. Суди, вирішуючи питання про те, якою нормою слід керуватися при розгляді справ цієї категорії, повинні виходити з дати народження дитини.

Так, при розгляді справ про встановлення батьківства щодо дитини, яка народилася до 1 січня 2004 р., необхідно застосовувати відповідні норми КпШС, беручи до уваги всі докази, що достовірно підтверджують визнання відповідачем батьківства, в їх сукупності, зокрема, спільне проживання й ведення спільного господарства відповідачем та матір'ю дитини до її народження, спільне виховання або утримання ними дитини.

Справи про визнання батьківства щодо дитини, яка народилася не раніше 1 січня 2004 р., суд має вирішувати відповідно до норм СК України, зокрема ч. 2 ст. 128, на підставі будь-яких доказів, що засвідчують походження дитини від певної особи й зібрані з дотриманням норм цивільного процесуального законодавства.

Як справедливо зазначає Т. М. Цепкова, «судді, розглядаючи справи про встановлення батьківства, не пов'язані жодними конкретними обставинами і повинні приймати будь-які докази, що підтверджують походження дитини від конкретної особи» (Цепкова Т. М. Проблемы защиты прав и интересов детей в делах, возникающих из семейных правоотношений // Актуальные проблемы процессуальной цивилистической науки : материалы научно-практической конференции, посвященной 80-летию

професора М. А. Викут. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская академия права», 2003. – С. 84-85).

Таким чином, походження дитини встановлюється судом з урахуванням усіх обставин. При цьому можуть застосовуватися будь-які засоби доказування, що передбачені ч. 2. ст.57 ЦПК України, а саме: пояснення сторін, третіх осіб, їх представників, допитаних як свідків, показання свідків, письмові докази, речові докази, зокрема звуко– і відеозаписи, висновок експерта.

Варто відзначити, що найбільш дискусійним питанням є проблема судових експертиз як доказів у справах про визнання батьківства. Так, Л.Є. Гузь вважає, що основним доказом визнання батьківства буде висновок судово-генетичної експертизи (Гузь Л.Є. Захист прав та інтересів дітей (правовий аспект) / Л.Є. Гузь. – Х. : Фактор, 2011. – С. 61). Однак, необхідно зазначити, що судова експертиза є лише одним із доказів, що підтверджує походження дитини від конкретної особи або спростовує це. Відповідно до ст. 212 ЦПК України жоден доказ не має для суду наперед установленого значення, він оцінює докази в їх сукупності, а результати оцінки відображає у рішенні з наведенням мотивів їх прийняття чи відхилення. Дане правило застосовується і до висновку експерта, у тому числі і до висновку судово-генетичної експертизи.

Якщо відповідач у такій справі ухиляється від участі у проведенні судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи, суд вправі постановити ухвалу про його примусовий привід керуючись ч. 2 ст.146 ЦПК України.

Отже, при визнанні батьківства в судовому порядку суду слід враховувати всі обставини і застосовувати будь-які засоби доказування, в тому числі і висновки експертів, для підтвердження походження дитини від конкретної особи.

Неклеса Ю. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ПРАВОВА ПРИРОДА ЕЛЕКТРОННИХ ЗАСОБІВ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Сучасний етап розвитку суспільства характеризується широким застосуванням та використанням нових засобів та способів зберігання та передачі інформації. Так, на заміну звичайних переговорів приходить листування за допомогою електронної пошти, глобальний характер мережі Інтернет забезпечує маже миттєве поширення інформації серед широкого кола користувачів, а товари можуть бути придбані не виходячи з дому. Нові інформаційні технології поступово проникають і у сферу здійснення правосуддя. Проте процес цей проходить дуже повільно, що ж стосується його нормативного підкріплення, то тут ситуація складається ще трагіч-

ніше. Зокрема, перелік допустимих засобів доказування із прийняттям у 2004 році нового Цивільного процесуального кодексу України фактично не розширився, якщо не вважати більш детальну диференціацію речових доказів (звуко– і відеозаписи, магнітні, електронні та інші носії інформації), яка, проте, виявилася не зовсім обґрунтованою.

Як відзначається, новизна проблем доказування виникає з новизни засобів інформації – таким чином, ці проблеми по суті є фактичними і можуть бути вирішені відносно прямим застосуванням існуючих принципів способом, схожим до того, коли вони застосовуються до інших згенерованих комп'ютером доказів і до більш традиційних речових доказів (Ворожбит С. П. Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: Автореферат дис. К.ю.н.: 12.00.15 / С. П. Ворожбит. – СПб., 2011. – С. 4). Таким чином, ефективне використання в процесі електронних засобів доказування можливе за умови правильного віднесення їх до того чи іншого виду засобів доказування, передбачених чинним законом.

Проте вирішення цього завдання ускладнюється нечітким регулюванням у цивільному процесуальному законодавстві питань про письмові та речові докази. У науковій літературі додатково зазначають, що суд отримує відомості про обставини справи із змісту письмових доказів, а стосовно речових доказів зазначають, що такі відомості суд отримує із самого факту їх наявності, їх місця знаходження, їх форми та інших ознак (Тертишніков Р. В. Доказування ы докази в судочинстві України: наук. практ. Посібник / Р. В. Тертишніков. – Харків: ФІНН, 2009. – С. 88). Тому спірним є віднесення цивільним процесуальним законодавством до речових доказів магнітних, електронних та інших носіїв інформації, що містять аудіовізуальну інформацію про обставини, які мають значення для справи. Крім того, письмові докази також мають матеріальну, предметну основу: їх зміст викладається на «предметах матеріального світу» (Тертишніков В. Докази як інструмент судового доказування у цивільному судочинстві / В. Тертишніков // Право України. – 2011. № 10. – С. 77.88).

Зовсім інший підхід застосований у кримінальному процесуальному законодавстві. Відповідно до ст. 99 Кримінального процесуального кодексу України документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. До документів, за умови наявності в них зазначених відомостей, можуть належати також матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні).

Ще в іншому ракурсі розглядаються документи в Законі України «Про інформацію» Відповідно до ст. 1 цього Закону під документом розуміється матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі. При цьому ін-

формація у Законі визначена як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Таке ж визначення інформації міститься у Цивільному кодексі України. Таким чином, ці законодавчі акти розмежовують документи (як матеріальні носії) та електронні носії інформації.

Виходячи з такої неоднозначності законодавчого підходу, ряд авторів пропонують магнітні, електронні та інші носії інформації, що містять аудіовізуальну інформацію про обставини справи, в тому числі й інформацію, отриману з Інтернету, що розглядається в суді, виділити як самостійний засіб доказування. У процесуальній літературі та судовій практиці Росії також простежується тенденція до розширення такого переліку. Так, О. Т. Боннер пропонує вважати інформацію з Інтернету специфічними речовими доказами (Боннер А. Т. Доказательное значение информации, полученной из Интернета// Закон. – № 12. С. 85-98).

Такі висновки є дещо сумнівними зважаючи на те, що названими авторами електронні засоби доказування виділяються в окремий вид за ознакою особливостей носія інформації, яким виступає електронне джерело інформації. Проте сама інформація сприймається учасниками процесу та суддею за допомогою тих елементів, які доступні для їхнього сприйняття, тобто письмових знаків, усних слів, візуальних образів тощо. Таким чином, особливістю електронних засобів доказування є не те, яким чином ця інформація сприймається, а те, що для перетворення цієї інформації у вигляд, доступний для сприйняття, необхідні спеціальні технічні пристрої.

Тому вірною видається точка зору, що виділити електронні засоби доказування в самостійну категорію в межах прийнятої в процесуальному законі класифікації засобів доказування не видається можливим, оскільки буде порушене головне правило класифікації – єдність підстави (Тертишніков В. Докази як інструмент судового доказування у цивільному судочинстві / В. Тертишніков//Право України. – 2011. № 10. С.14). Особливістю електронних пристроїв є те, що вони можуть містити доказову інформацію найрізноманітнішої форми. Це можуть бути як письмові знаки, звукозапис, відеозображення тощо.

Проте слід враховувати, що електронний засіб доказування може бути віднесений не лише до письмових документів, а й до звуко– чи відеозаписів, якщо доказова інформація передається шляхом аудіальних чи візуальних символів та образів. В даному випадку, виходячи з положень чинного цивільного процесуального законодавства, слід вести мову про електронні засоби доказування як речові докази, оскільки саме до них ст. 57 ЦПК України відносить звуко– і відеозаписи. Такий підхід, проте, викликає заперечення, знову ж таки виходячи з того, що підставою такої класифікації є не форма передачі інформації, а її носій. Видається, що доцільним є запозичення досвіду Російської Федерації, відповідно до законодавства якої аудіо– та відеозаписи виділені як самостійні види засобів

доказування. Підставою для цього стала поява не лише нового носія, а перш за все поява нової форми сприйняття і дослідження інформації, що передається ним.

Левківський Б. К.
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України,
старший науковий співробітник відділу проблем приватного права,
кандидат юридичних наук

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ СТОРІН НА СТАДІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ

Відповідно до чинного нині Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК), цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін (ст. 10 ЦПК). Зазначена норма закріплює, право кожної зі сторін на рівні можливості щодо подання доказів та доведення перед судом їх переконливості, а також обов'язок суду сприяти у з'ясуванні обставин справи.

У ЦПК закріплено диспозитивний підхід щодо часу подачі доказів, це підтверджує аналіз норм ЦПК, які чітко встановлюють, що сторони зобов'язані подати свої докази суду до або під час попереднього судового засідання у справі, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться, – до початку розгляду справи по суті (ч. 1 ст. 131 ЦПК). Однак, з урахуванням ч. 2 ст. 131 ЦПК, подача доказів можлива і на інших стадіях, але не пізніше ніж до винесення судом ухвали визначеної ч. 3 ст. 192 ЦПК. Подання доказів на стадії судових дебатів прямо заборонено ч. 8 ст. 193 ЦПК.

Таким чином, сторони можуть подавати свої докази до переходу до судових дебатів, за умови якщо вони доведуть, що подання цих доказів на попередніх стадіях було не можливо в наслідок обставин, які суд визнав поважними. Так, головним елементом, який відкриває можливість для подання доказів на інших стадіях, до переходу до судових дебатів, є визнання судом тих обставин, на які посилається сторона, яка намагається долучити докази до матеріалів справи, поважними та обґрунтованими.

Принцип змагальності сторін зокрема передбачає, що доказ наданий однією стороною може бути спростований іншою стороною, яка в залежності від обставин може просити суд сприяти у з'ясуванні обставин справи, у порядку визначеному ст. 133 ЦПК, просити суд забезпечити докази, шляхом їх витребування, якими спростовується поданий іншою стороною доказ.

Так, якщо на стадії дослідження доказів, суд, визнавши обставини неподання доказів на інших стадіях поважними, задовольнить клопотання сторони про долучення до матеріалів справи заявлених нею доказів,

у іншої сторони є право на спростування цих доказів, зокрема шляхом подачі контрдоказів не заявлених і не наданих ним раніше. При цьому, відмова суду у задоволенні такого клопотання є порушенням принципу змагальності. Вбачається, що суд у даній ситуації має задовольнити не тільки клопотання про долучення контрдоказів, а і виконати свій обов'язок закріплений у ч. 2 ст. 10 ЦПК. У випадку наявності труднощів з подачею контрдоказів суд має у порядку визначеному ст. 133 ЦПК забезпечити докази шляхом їх витребування у порядку визначеному ч. 2 ст. 133 ЦПК, ст. 137 ЦПК.

Більш того, правом заявити клопотання на долучення до матеріалів справи контрдоказу або витребування контрдоказу, сторони наділені навіть у випадку, якщо оспорюванний доказ було подано іншою стороною вчасно, однак щодо нього існують підозри у його достовірності, за умови подання відповідної заяви суду та відсутності заяви сторони, яка подала цей доказ, виключити його з числа доказів. Така сама позиція була висловлена і у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України, а саме п. 28. Постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 12.06.2009 року Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції, якщо при дослідженні письмових доказів особою, яка бере участь у справі, буде подана заява про те, що доданий до справи або поданий іншою особою для ознайомлення документ викликає сумнів з приводу його достовірності або є фальшивим, особа, яка подала цей документ, може відповідно до частини другої статті 185 ЦПК просити суд виключити його з числа доказів і розглядати справу на підставі інших доказів. При відсутності з її боку таких процесуальних дій, особа, яка подала заяву, має згідно із загальними правилами доказування (стаття 60 ЦПК) подати відповідні докази, що спростовують значення відомостей оспорюванного документа і могли бути підставою неприйняття його до уваги під час оцінки доказів. У разі необхідності за клопотанням особи, яка зробила таку заяву, суд відповідно до правил частини четвертої статті 10 ЦПК сприяє їй у збиранні цих доказів (витребовує інформацію від особи, за іменем якої видано документ, оголошує перерву або відкладає розгляд справи, якщо це потрібно).

Однак, на практиці, у зв'язку з відсутністю прямої норми зобов'язального характеру, існують випадки невірного тлумачення судом зазначених вище положень ЦПК і як наслідок винесення судом ухвали про відмову у долученні до матеріалів справи контрдоказів та/або їх витребуванні з посиланням на норму закріплену ст. 131 ЦПК, що призводить, в окремих випадках, до необґрунтованих рішень.

З метою удосконалення механізмів реалізації принципу змагальності сторін, недопущення зловживань з боку суду, вбачається необхідним внести зміни у чинний ЦПК, закріпити у ст.185 частину 3 такої редакції: «Особа, яка заявляє про недостовірність або фальшивість документу, має

право звернутися до суду з заявою про долучення до матеріалів справи доказів, які підтверджують недостовірність або фальшивість документу або просити суд забезпечити ці докази у дозволений цим Кодексом спосіб». Та внести зміни у ч. 1 ст. 137 ЦПК, додавши після першого абзацу, абзац наступного змісту: «Суд задовольняє клопотання про витребування доказів заявлене відповідно до ч. 3 ст. 185 ЦПК».

Такі зміни дозволять створити необхідні механізми реалізації принципу змагальності сторін і на стадії дослідження доказів.

Стоянова Т. А.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного процесу, кандидат юридичних наук

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СУДОМ СПРАВ ПРО УСПАДКУВАННЯ, ЩО РОЗГЛЯДАЮТЬСЯ В ПОРЯДКУ ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Охорона і захист прав всіх суб'єктів спадкових правовідносин зумовлює необхідність їх визначення і конкретизації з метою забезпечення і гарантування їх реалізації. На судові органи, поряд з нотаріальними, покладено конституційний обов'язок з охорони та захисту прав громадян. У зв'язку з цим досить актуальним є питання правильного та справедливого застосування законодавства, яке регламентує порядок реалізації спадкових прав, перехід спадкового майна та суб'єктивних прав від однієї особи до іншої при здійсненні судочинства.

Пізнання процесуальних особливостей розгляду справ з успадкування, має важливе теоретичне та практичне значення, оскільки дає можливість значною мірою уникнути помилок при застосуванні норм матеріального та процесуального права і, таким чином, сприяє підвищенню якості судочинства.

У першу чергу постає важливе питання щодо розмежування компетенції суду та нотаріальних органів при вирішенні питання щодо захисту та охорони спадкових прав. Так, на нотаріальні органи, згідно Закону України «Про нотаріат», покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, з метою надання їм юридичної вірогідності, тобто здійсняти охорону спадкових прав у безспірному їх варіанті. Нотаріус правомочний здійсняти наступні нотаріальні дії щодо спадкування – посвідчувати правочини (договори, довіреності, заповіти); вживати заходів щодо охорони спадкового майна; видавати свідоцтва про право на спадщину; видавати свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя; посвідчувати факт, що фізична особа чи юридична особа є виконавцем заповіту, тощо (Глави 84-90 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), ст. 34 Закону України «Про нотаріат»).

До суду ж особа має право звернутися за захистом свого порушеного, невизнаного або оспорюємого цивільного права, згідно ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), тобто коли право вже порушено.

Винятки становлять справи про успадкування, що розглядаються в порядку окремого провадження, де також здійснюється охорона спадкового інтересу, але законом передбачений судовий порядок їх розгляду. Наприклад, справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення, а саме встановлення факту родинних відносин для прийняття спадщини.

Предметом судової діяльності в справах про успадкування, що розглядаються в порядку окремого провадження є, або матеріально-правові відносини (визнання спадщини відумерлою), або потенційні цивільно-правові відносини (встановлення родинних відносин із спадкодавцем, проживання з ним однією сім'єю, постійного проживання разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини).

Процесуальними особливостями справ про встановлення певних юридичних фактів, що пов'язані із потенційним виникненням спадкових прав є:

– Неможливість розгляду у якості юридично важливого факт, якщо прохання про його встановлення заявник взагалі не ставить перед собою жодної мети;

– Неможливість визнання факту таким, що має юридичне значення в тих випадках, коли його встановлення спрямоване на досягнення не правового результату;

– Юридичним факт визнається за умови, якщо для досягнення поставленої заявником мети він має правоутворююче значення (наприклад, встановлення родинних відносин для подальшого отримання спадщини).

– Юридичний факт, що встановлюється судом, має відповідати тому його визначенню, яке дається в матеріальному законі.

Однією із відносно нових категорій справ окремого провадження є – визнання спадщини відумерлою. В статті 1277 ЦК зазначено, що у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття суд визнає спадщину відумерлою за заявою відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини. Спадщина, визнана судом відумерлою, переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини.

Аналіз відповідних положень ЦК дає підстави для висновку про доцільність такого нового поняття. Оскільки, незважаючи на подібність правових підстав визнання спадщини виморочною та відумерлою, за юридичною оцінкою правовий режим «відумерлості спадщини» має суттєві відмінності від категорії «виморочне майно». Насамперед йдеться про те,

що питання про визнання спадщини відумерлою вирішується не за фактом відсутності (нез'явлення, усунення, відмову, неприйняття) спадкоємців, а за рішенням суду. Крім того, суб'єкт, до якого переходить визнана судом відумерлою спадщина (згідно з ч. 3 ст. 1277 ЦК – це територіальна громада за місцем відкриття спадщини), набуває її не за правом спадкування, а фактично приймає спадщину лише на зберігання.

Слід дійти висновку, що механізму захисту та охорони спадкових прав потребує детального та комплексного наукового дослідження. На користь такого підходу з усією очевидністю говорять такі обставини: відносно автономний характер норм цивільного законодавства, що регулюють спадкові правовідносини, самостійна група нотаріальних дій, що забезпечують охорону спадкових прав, а також наявність істотних особливостей розгляду і вирішення спадкових справ у судах.

Голубцова Е. А.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», старший преподаватель кафедры гражданского процесса

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЛИЦ, УЧАСТВУЮЩИХ В ДЕЛЕ ЗА НЕДОБРОСОВЕСТНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ

В настоящее время суд сильно ограничен в возможностях влияния на недобросовестное поведение стороны, что позволяет заинтересованному лицу всячески затягивать разбирательство дела, препятствовать принятию неблагоприятного для себя решения и совершать иные противоправные действия.

До принятия Гражданского процессуального кодекса Украины 2004 года гражданское процессуальное законодательство не содержало такого консолидированного института, как меры принуждения, хотя в процессуальной литературе в разные времена ставился вопрос о необходимости исследования проблематики гражданской процессуальной ответственности. (Проблемы теории и практики гражданского судопроизводства: монография / В. В. Комаров, В. И. Тертишников, В. В. Баранкова и др.; Под ред. Проф. В. В. Комарова – М.: Харьков юридический, 2008. – 928с. – с.370) К мерам гражданского процессуального принуждения относятся меры предупредительного воздействия, меры пресечения и меры защиты.

В соответствии с положениями общей теории права меры предупредительного воздействия – это «разновидность мер государственного принуждения, применяемых для предупреждения возможных правонарушений, а также используемых с целью обеспечения общественной безопасности при стихийных бедствиях, крупных промышленных авариях». (Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов/Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М., 1999. – С. 490 (автор главы – В. В. Лазарев).

По степени своей репрессивности меры гражданского процессуального предупредительного воздействия являются наиболее мягкими для лица, к которому они применяются. Они направлены на недопущение либо минимизацию последствий правонарушений, а также на профилактику нарушений норм гражданского процессуального права.

В современном праве к предупредительным мерам могут быть отнесены следующие меры: 1) разъяснение лицам, участвующим в деле, их обязанности добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами и последствий злоупотребления процессуальными правами; 2) предложение суда совершить определенные процессуальные действия, направленные на недопущение злоупотребления процессуальным правом, либо воздержаться от их совершения; 3) удостоверение лицом, участвующим в деле, наличия или отсутствия определенных фактов.

Процессуально-пресекательные меры весьма схожи с мерами процессуальной защиты. Практически все меры процессуальной защиты одновременно направлены на пресечение поведения недобросовестного лица. Например, заочное производство при неявке ответчика пресекает его недобросовестное поведение и позволяет рассмотреть дело в его отсутствие. Но в отличие от мер защиты основной акцент при применении мер пресечения делается на предотвращение будущего нежелательного поведения, тогда как меры гражданской процессуальной защиты как правило имеют дело с уже свершившимся фактом противоправного поведения и обращены в прошлое.

Меры процессуального пресечения могут служить основой применения иных мер гражданского процессуального принуждения.

Наиболее распространенной мерой гражданского процессуального пресечения является обеспечение иска. Неоднозначность понимания оснований применения данных мер, их достаточности и соразмерности заявленным исковым требованиям порождают многочисленные споры в науке и на практике. Меры по обеспечению иска предотвращают (пресекают) как недобросовестные, так и случайные невиновные действия участников процесса и иных лиц по распоряжению предметом спора. Перечень обеспечительных мер приведен в ст. 152 ГПК Украины.

Меры гражданской процессуальной защиты являются наиболее вариативными и многообразными в числе прочих мер гражданского процессуального принуждения. «Меры защиты (восстановительные меры), – отмечается в литературе, – это разновидность мер государственного принуждения, применяемых для восстановления нормального состояния правоотношений путем побуждения субъектов права к исполнению возложенных на них обязанностей.. Меры защиты применяются за правонарушения, обладающие минимальной степенью общественной опасности, а также в отдельных случаях и при отсутствии противоправных действий».

Многообразие мер защиты заставляет заняться поисками оснований для их упорядочения. По предметному или функциональному признаку можно выделить меры гражданской процессуальной защиты, связанные: 1) с отказом лицу в совершении процессуального действия; 2) с совершением судом процессуального действия, направленного против злоупотребления процессуальным правом; 3) с наступлением неблагоприятных последствий, не являющихся мерами гражданской процессуальной ответственности; 4) с применением гражданских процессуальных фикций; 5) с признанием юридической силы за судебным постановлением; 6) с лишением юридической силы судебных постановлений; 7) с признанием или с отказом в признании судом последствий совершения процессуальных действий; 8) с наделением или с лишением лица субъективного гражданского процессуального права; 9) с признанием совершенных процессуальных действий недействительными.

Рассмотренные меры тесно взаимосвязаны друг с другом не только своими родовыми признаками, но и сферой действия и применения. Зачастую одна и та же мера процессуального принуждения может выступать в различных модификациях, а иногда несколько мер защиты могут применяться комбинированно.

Соломахина Е. Н.

Национальный университет «Одесская юридическая академия», старший преподаватель кафедры гражданского процесса

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ СТАНОВЛЕНИЯ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

В процессе становления и развития разного вида судебных экспертиз в течение многих лет постепенно накапливался в результате экспертной практики большой эмпирический материал, осуществлялась разнообразная экспериментальная работа по решению возникающих экспертных задач и для установления научных фактов, где формировались закономерности научных основ того или иного вида судебной экспертизы.

В ходе развития судебной экспертизы создавались ее принципы, ее методологические, правовые и организационные начала, возникали научные основы новых видов судебных экспертиз, вызываемых к жизни практической потребностью правоохранительных органов в решении вопросов, требующих специальных познаний сведущих лиц–экспертов.

Впервые научно обосновал правовое развитие деятельности эксперта и его заключение Л. Е. Владимиров (Владимиров Л. Е. Учения об уголовных доказательствах. – 1910 г.).

Долгие годи были разногласия по поводу: стоит ли принимать приговор эксперта за доказательство. Одни утверждали, что заключение эксперта является доказательством не потому, что судья и присяжные дей-

ствительно убедились в научной правильности заключения эксперта, а потому что оно исходит от специалистов, которые имеют все данные для основательного решения вопроса. Так как судья и присяжные не владеют всеми тайнами науки, им остается следовать авторитетному указанию эксперта. Такое значение эксперта не все принимали, но, тем не менее оно основано на сущности научной экспертизы в суде.

Также возникла дискуссия по поводу того кем является эксперт – свидетелем или же научным судей специальной стороны дела. Но, практика показывает, что эксперт был признан научным судей. Это выражалось в том, что в судах экспертов приравнивали к положению специального жури. Экспертов оставляли в зале судебного заседания, во время судебного следствия, им позволялось совещаться, если же они были единогласны, то они предоставляли общие заключение.

В дальнейшем, взгляды на научного эксперта, как на судью фатов утвердилась. Г. Штольц говорил: «Раз эксперт – судья фактов, он равноправен на судебном следствии, с присяжными, и следовательно, имеет возможность с пользою служить делу правосудья». (Г. Штольц. Руководства к изучению судебной медицины, написанного для юристов. – 1885 г.). Судебная практика кассационные решения отчасти уже разрешили этот вопрос в положительном смысле. Но были времена когда эксперта запирали в одну комнату со свидетелями и не разрешали им находится в зале суда при судебном следствии. Но без санкции прав, присущих эксперту со стороны закона, пользование этими правами условно зависели от персонала суда. То есть, для оставления эксперта, во время судебного следствия, в зале заседания суда, требовалось заключение прокурора и защитника.

Владимиров Л. Е. акцентирует внимание на том, что – «судьи и присяжные не в состоянии оценивать научную экспертизу в ее основах. Он считает нелепым, то, что присяжные заседатели, заняв место в суде, превращаются в какое то удивительное существо, которое будучи иногда даже еле грамотным, способно понимать и критиковать глубочайшие вопросы науки».

Нужно указать то, что эксперты, основывающие свои заключения на опытности в каком-либо ремесле, занятии или промысле, являются не судьями, а справочными свидетелями, объяснение которых могут быть вполне усвоены и оценены. Экспертов называли «справочными свидетелями» для того, чтобы провести различие между научными экспертами и темы сведущими лицами, которые дают, из своего опыта сведения о разъяснении возникшего вопроса. Суд, вооружившись этими сведениями, самостоятельно решает этот вопрос. И он не подчиняется здесь авторитету, мотивов, заключение которого он не в состоянии критиковать; он имеет перед собой истолкователей, дающих ему справки и сведения, необходимые для решения возникшего вопроса.

Эксперты и справочные свидетели должны быть вызываемы в каждом случаи, когда возникает вопрос, для решения которого необходимы

научные сведения или специальная опытность. Случайное обладание судом специальными знаниями, необходимы для решения данного дела, не может его избавить от вызова сведущих лиц: случайные знания судей по специальному вопросу есть знаниями внесудебными, не могут иметь значения судебного факта.

В таком случаи, принцип внутреннего убеждения, принятый основным началом, при обсуждении силы доказательств, дает судии право основывать свой приговор на экспертизе, или не основывать, но не избавляет его от обязанности вызвать сведущее лица в тех случаях, когда необходимы специальные знания или опытность.

Эксперты и справочные свидетели должны обладать всеми качествами достоверных свидетелей. Это означает, что к этим лицам принимаются все постановления об исключении и отводе свидетелей, по тем или другим причинам, указанным в законе. Достаточно интересным есть то, что общегерманский Уставь Уг. Судопр., в ст. 74, постановлял, что эксперты могут быть отводимы по тем же основаниям, как и судии (Обще-германский Уставь Уг. Судопроизводства).

Также важным есть то, что эксперту необходимо предоставить возможность ознакомится с обстоятельствами дела, по которому они должны дать экспертное заключение. Суд и стороны имеют право допрашивать экспертов после представления ими заключения. Если эксперты дали единогласное заключение, то может быть подвергнут допросу тот из них, кто был выбран для представления этого общего заключения; если же между экспертами произошли разногласия, то могут быть допрашиваемы представители разногласящих мнений.

Стороны при оценке экспертизы, не имеют права приводить мнения писателей, в опровержении или подтверждении данного заключения. Здесь нужно указать, что эксперт, приводя мнение авторитета, из области, наприм., медицины, сторона как бы вводит нового эксперта, дающего свое заключение, без присяги, и не подвергающегося перекрестному допросу. Но сторона имеет право опровергать мнение одного эксперта мнением другого, давшего заключение по тому же делу и при тех же условиях. К этому нужно прибавить, что, приводя мнение авторитета, сторона может цитировать заключение писателя хотя и по похожему, но далеко отличному, по специальной индивидуальности, случаю.

Можно сделать такие выводы, что изучение ставших уже историей предшествующих сегодняшним теориям законодательных положений, дают возможность более понятно представить путь развития современного законодательства, а также спрогнозировать правильное его трансформирование, учитывая развивающиеся правовые отношения, развитие научно-технической базы других отраслей знаний, которые помогают рассмотреть гражданское дело и вынести законное и обоснованное судебное решение.

Колосова О. О.
Черкаський факультет Національного університету «Одеська юридична академія», викладач кафедри спеціально-правових дисциплін, кандидат юридичних наук

РОЛЬ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК УЧАСНИКА ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Відповідно до Конституції та Цивільного кодексу України кожна особа має право в порядку, встановленому законом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або заперечених прав, свобод й інтересів. При цьому в законодавстві зазначається, що таке звернення може бути здійснено безпосередньо особою, права й інтереси якої порушені, а в разі неможливості реалізувати своє право самостійно – через представника.

Згідно з ч. 1 ст. 45 ЦПК України, звернутися із заявою про захист прав, свобод й інтересів інших осіб (в інтересах неповнолітніх, недієздатних, інвалідів, пенсіонерів, малозабезпечених осіб тощо) або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах може Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (далі – Уповноважений), який на підтвердження свого права має подати до суду документ про наявність поважних причин, що унеможливлюють самостійне звернення цих осіб до суду (Цивільний процесуальний кодекс України: прийнятий 18 березня 2004 р. – К.: видавець ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 204 с., 24).

Перед тим, як перейти безпосередньо до визначення правового статусу та процесуального порядку реалізації своїх повноважень Уповноваженим, з'ясуємо, ким є Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. Зазначимо, що це орган Верховної Ради України, що здійснює парламентський контроль за додержанням конституційних прав та свобод людини і громадянина в Україні.

У нашій державі ця посада існує лише з 1998 року, яку тривалий час (з 14 квітня 1998 року до 27 квітня 2012 року) обіймала Ніна Карпачова. Починаючи з 24 квітня 2012 року і до цього часу її посідає Валерія Лутковська.

Якщо говорити про правовий статус Уповноваженого та вимоги, яким він має відповідати на час зайняття посади, то вони детально визначені в Законі України «Про Уповноваженого Верховної Ради з прав людини» від 23 грудня 1997 року. Відповідно до нього, «омбудсменом» на п'ятирічний термін може бути призначено громадянина України, який на день обрання досяг 40 років, володіє державною мовою, має високі моральні якості, досвід правозахисної діяльності та впродовж останніх п'яти років проживає в Україні. Крім того, закон містить обмеження щодо осіб, які на цю посаду ні в якому разі призначатися не можуть. До таких, зокрема, віднесено тих осіб, які мають непогашену або не зняту судимість за вчинення злочину,

крім реабілітованих, або на яких впродовж останнього року накладалося адміністративне стягнення за вчинення корупційного правопорушення.

Відповідно до п. 9 ст. 13 Закону, Уповноважений може бути присутнім на засіданнях судів усіх інстанцій, у тому числі на закритих судових засіданнях, за умови згоди суб'єкта права, в інтересах якого судовий розгляд оголошено закритим (Про Уповноваженого Верховної Ради з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 року [Електронний ресурс]. – Електрон. дані. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/776/97-%D0 %B2 %D1 %80).

Що ж до участі Уповноваженого у цивільному процесі, то відповідно до ст. 45 ЦПК України вона передбачена в єдиній формі – шляхом звернення до суду з позовною заявою про захист прав, свобод та інтересів інших осіб, державних чи суспільних інтересів (Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / За ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, В.В Васильченка, Н. Ю. Волобуєвої та ін. – Х.: Одіссей, 2011 – 1016 с., 133).

Враховуючи статус омбудсмена у державі, він може звернутися до суду на захист прав і свобод фізичної особи у всіх видах проваджень, пред'явивши до суду позов, або подавши заяву про видачу судового наказу або заяву в порядку окремого провадження. Але, як правило, пред'явленню до суду позовної заяви (заяви) передує звернення громадянина, права якого порушено, до Уповноваженого, з якого він дізнається про порушення прав громадянина.

У зверненні потрібно зазначати: прізвище, ім'я та по батькові; поштовий індекс та адресу для надання відповіді; найменування органу державної влади, місцевого самоврядування чи посадової особи, які порушили права та в чому конкретно полягає суть порушення прав; коли або в який період допущено порушення; яких заходів було вжито для поновлення прав; до яких органів чи посадових осіб зверталися (долучити копії їхніх відповідей); чи зверталися за захистом порушених прав до суду; суть прохання, звернення; дата та підпис (Порядок подання звернень до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини [Електронний ресурс]. – Електрон. дані. – Режим доступу: http://www.ombudsman.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1957).

Розглянувши звернення і перевіривши їх на наявність підстав для відмови у розгляді, омбудсмен може звернутися до будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб із вимогою про припинення вчинення правопорушень, дій чи бездіяльності, що призвели до порушення прав та законних інтересів заявника або звернутися із заявою до суду.

Позовна заява (заява) Уповноваженого має відповідати вимогам ст. 119 ЦПК України щодо форми та змісту, подаватися до суду з дотриманням правил підсудності та процесуального порядку звернення до суду.

Варто зауважити, що під час збору доказів по справі омбудсмен наділений досить широкими повноваженнями: він має право на ознайомлення з документами, у тому числі і секретними (таємними), на отримання їхніх копій в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, органах прокуратури, включаючи справи, які знаходяться в судах, вимагати від посадових і службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності сприяння проведенню перевірок діяльності підконтрольних і підпорядкованих їм підприємств, установ, організацій, виділення спеціалістів для участі у проведенні перевірок, експертиз і надання відповідних висновків (Про Уповноваженого Верховної Ради з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 року [Електронний ресурс]. – Електрон. дані. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/776/97-%D0 %B2 %D1 %80).

Пред'явивши до суду позовну заяву (заяву) на захист прав і свобод громадянина, відповідно до ч. 1 ст. 46 ЦПК України, Уповноважений наділяється обсягом процесуальних прав та обов'язків особи, в інтересах якої він діє, за винятком права укладати мирову угоду (Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / За ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, В.В Васильченка, Н. Ю. Волобуєвої та ін. – Х.: Одіссей, 2011 – 1016 с., 24).

У підсумку варто зазначити, що Уповноважений Верховної Ради з прав людини є одним із небагатьох державних органів, якому законодавством надано право здійснювати державний контроль за додержанням конституційних прав та свобод людини і громадянина в Україні. Крім того, він наділений достатньо широкими повноваженнями, щоб мати можливість захищати їх у цивільному судочинстві.

Яніцька І.А.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільного процесу

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ

Розвиток сімейних інститутів влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, в останні роки набув загальнодержавного значення, що свідчить про стурбованість держави масштабами поширення негативного явища збільшення дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, на фоні перевищення смертності над народжуваністю. Такий процес є життєво необхідною умовою виховання дітей, які позбавлені можливості виховуватися в біологічній родині (Ма-

кійчук Т. М. Правове регулювання державної підтримки сімейних форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклуванняю. // Актуальні проблеми держави і права. -2009. № 1. С107-116).

Усі дії щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, мають якнайкраще забезпечувати інтереси дитини. І особливо забезпечення реалізації цього положення стосується дітей, які позбавлені сімейного оточення (Законодавче забезпечення вирішення соціальних проблем дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, гарантовано Конституцією України, (Конституція України // Верховна Рада України : офіц. вид. – К. : Парламент. вид-во, 2006. – 260 с.), яка визначає, що всі діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, покладається на державу. В Україні юридично закріпленими формами утримання та виховання дітей є такі: біологічна сім'я, як найбільш природна форма зростання дитини; сім'ї усиновителів, які юридично прирівняні до біологічної сім'ї; сім'ї опікунів і піклувальників; прийомні сім'ї; дитячі будинки сімейного типу; міждержавне усиновлення, державне утримання, заклади для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Сімейним кодексом України від 10 січня 2002р. (Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року //Відомості Верховної ради України. – 2002. – № 21-22. С. 135.), Законами України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 р., (Про охорону дитинства :Закон України від 26 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – С. 142.) «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт, позбавлених батьківського піклування» від 13 грудня 2005р.(Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт, позбавлених батьківського піклування : Закон України від 13 січня 2005р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 6. – С. 147.) визначено пріоритетність сімейних форм влаштування дітей зазначеної категорії.

Слід зазначити, що у структурі Міністерства праці, Міністерства охорони здоров'я, Міністерства соціального захисту, Міністерства освіти і науки, Міністерства внутрішніх справ створені управління, що займаються питаннями забезпечення інтересів дітей. Проте, незважаючи на таку кількість існуючих інституцій, в Україні відсутній національний механізм «забезпечення реалізації та контролю за додержанням норм законодавства про права дитини.

Отже, механізм проведення державної політики в галузі захисту прав дитини залишається незавершеним, а проблема захисту прав дитини в Україні постає такою, що потребує її вирішення на рівні, як міжнародних правових відносин, так і національного законодавства. На сьогодні майже всі розвинуті країни світу мають державні інститути захисту прав та ін-

тересів дитини. Україна ж такого окремого державного інституту щодо захисту прав дитини досі не має. Іншими словами, на законодавчому рівні захищаються права дітей майже всіма державними установами, але на практиці реальний захист інтересів дітей у повному обсязі так і не реалізується (Жеребний І. Діяльність органів місцевого самоврядування та прокуратури щодо захисту інтересів неповнолітніх: цивільно-процесуальний аспект. // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 3. – С.79-82.)

Байдужість з боку влади щодо розвитку українського суспільства і породжує таку гостру соціально-демографічну проблему, як поширення соціального сирітства, безпритульність бездоглядність частини дітей. Значна кількість дітей, позбавлених батьківського піклування, у тому числі дітей без певного місця проживання, є одним із найбільших викликів незалежній українській державі. Це один із значних проявів соціально-демографічної кризи, свідчення погіршення якості життя, розбалансованості інституціонального середовища через неузгодженість функцій сім'ї та інших суспільних інститутів. І якщо сьогодні це проблема охорони дитинства, забезпеченння гідних умов виховання і утримання для всіх дітей, то завтра – це проблема деформації трудового потенціалу, зниження якості певних його сегментів. Соціалізація цих дітей відбувається в атипових умовах, вони переважно позбавлені доступу до якісної професійної підготовки, і у майбутньому їм буде важко знайти себе на ринку праці. Це стане особистою проблемою для кожного з них, а для держави – суспільною проблемою, особливо в умовах дефіциту кваліфікованих кадрів, який неодмінно виникне в умовах депопуляції та привабливості для громадян України ринків праці розвинутих країн (Слюсар Л. Демографічні витоки та наслідки проблеми соціального сирітства в сучасній Україні. – 2010. № 6. С.33-41.) А наша держава та суспільство йде далеко позаду, адже органи місцевого самоврядування, органи опіки та піклування не займаються вихованням, не піклуються про фізичний і духовний розвиток дитини, її навчання тощо.

Органи місцевого самоврядування зобов'язані не лише діяти у сфері захисту прав неповнолітніх дітей щодо їх утримання, а й захищати права неповнолітніх дітей у різних напрямках, наприклад, у частині житлових прав. Часто органи опіки та піклування, наприклад, при відчуженні житла, власником якого є неповнолітня особа, не виявляють інтерес до причин продажу квартири, не мають відомостей, де в подальшому мешкатимуть неповнолітні особи (Полич С. Охрана прав несовершеннолетних при приватизации жилья // Законность. – 1997. – 1997. – № 3. – С. 16-17).

Всі вищевказані проблеми потрібно вирішувати негайно, цим потрібно займатися на законодавчому рівні. Держава повинна прийняти ряд нормативних актів, які змінять життя дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування на краще. Але вдосконалення цих питань на законодавчому рівні ні до чого не призведе, якщо не буде практичного за-

стосування даних норм і не буде належного фінансування. Коли в державі приймається бюджет, питання соціального забезпечення дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування потрібно ставити на одне з перших місць, а не видвигати на останнє місце або взагалі не враховувати.

Черемнов Д. В.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри цивільного процесу

ЗАКОННІ ПРЕЗУМПЦІЇ У ЗМАГАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Одним з принципових питань інституту доказування у цивільному процесуальному праві є питання розподілу між суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин обов'язків з доказування обставин цивільної справи та вплив законних презумпцій на реалізацію таких обов'язків.

Проблематиці судового доказування, розподілу обов'язків з доказування та, зокрема, законних презумпцій, присвячено праці таких науковців як А. Ф. Клейнман, В. В. Комаров, Д. Д. Луспеник, І.В. Решетникова, В. М. Семенов, М. К. Треушніков, К. С. Юдельсон, В. В. Ярков та ін.

Основне правило щодо розподілу обов'язків доказування закріплене у ст.ст. 10 та 60 ЦПК: «Кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом».

Як справедливо вказує Д. Д. Луспеник, до 1996 року інститут розподілу обов'язків з доказування мав суто декларативний характер, позаяк можлива пасивність сторін замінювалася законодавчо закріпленим обов'язком суду всесторонньо, повно та об'єктивно дослідити обставини справи, зі своєї ініціативи витребувати докази, що можуть підтверджувати підстави позову та підстави заперечення проти позову (Луспеник Д. Д. Доказові презумпції та фікції у розподілі обов'язків з доказування / Д. Д. Луспеник // Теорія та практика судової діяльності: Науково-практичний посібник. – К.: Атіка, 2007. – С. 39).

Значення процесуального інституту розподілу обов'язків з доказування істотно зросло з розширенням змагальності цивільного судочинства, а разом з ним – зросло значення доказових презумпцій, які за своєю суттю є одним з встановлених законом способів розподілу обов'язків з доказування.

Так, інколи у нормах законів містяться виключення із загального правила розподілу обов'язків доказування, продиктовані інтересами захисту прав сторони, поставленої в більш складні умови доказування, перекладаючи обов'язок доказування факту або його спростування не на ту сторону, яка про нього стверджує, а на протилежну сторону. Як вказує І.В. Решетникова, правові презумпції «зсувають» обов'язок доказування, звільняючи одну з сторін від обов'язку доводити обставини, на які вона

посилалася (Решетникова И. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. – М.: Норма, 2000. – С. 249).

Наприклад, при вирішенні судом спорів про відшкодування шкоди позивач, хоча і посилається на наявність вини відповідача у заподіянні шкоди, не зобов'язаний її доводити, як це виходило б із вказаного вище загального правила доказування. Закріплене в законі спеціальне правило змінює розподіл обов'язків з доказування, внаслідок чого на заподіювача шкоди перекладається обов'язок довести, що шкоду було заподіяно не з його вини (ч. 2 ст. 1166 ЦК).

Отже презумпція – це припущення про існування факту або його відсутності, поки не доведено протилежне. Тому в процесуальній літературі презумпції називають спеціальними правилами або способами розподілу обов'язків з доказування.

Більшість вчених вважають, що під презумпцією слід вважати 1) закріплене (або опосередковано закріплене) спеціальною процесуальною нормою 2) припущення про наявність або відсутність юридично значимої обставини, 3) яке перерозподіляє доказові обов'язки учасників процесу. Змістом презумпції завжди є інформація ймовірна, що у більшості випадків допускає можливість її спростування стосовно конкретного випадку (Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / В. В. Комаров, В.І. Тертишніков, В. В. Баранкова та ін.; За заг. ред. професора В. В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – С. 659).

Використовуючи презумпцію, суд вправі визнати істинним існування певної обставини, не вимагаючи від сторони, яка на неї посилається, доказування (Цивільний процес України: Підручник / За ред. Ю. С. Червоного. – К.: Істина, 2007. – С.139).

М. Й. Штефан слушно зауважував, що законні презумпції не складають очевидну істину, а приймаються за таку тому, що сформульоване законом положення відображає найбільш звичайне і найбільш вірогідне явище. Однак він також зазначав, що за галузевою належністю законні презумпції класифікуються на матеріально-правові і процесуально-правові. Матеріально-правові можуть класифікуватися також за правовими інститутами: щодо захисту честі і гідності громадян і організацій; статусу суб'єктів цивільного права; права власності; зобов'язального права; сімейних прав (Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – С. 290).

У вищенаведеній класифікації фактично ототожнюються законні презумпції та ті юридичні факти, відносно яких встановлені такі презумпції. Дійсно, юридичні факти, щодо яких встановлена законна презумпція, можуть поділятися на матеріально-правові і процесуально-правові. Однак сама презумпція – інститут виключно процесуального права, оскільки її правила застосовуються тільки в судовому процесі.

В даному контексті доцільно навести точку зору Д. Д. Луспеника: «Твердження деяких учених про те, що правова природа та інститут розподілу доказових обов'язків може бути й матеріально-правовим є безпідставними, оскільки цей інститут є саме процесуальним і реалізується в судочинстві, незалежно від того, де він закріплений (Луспеник Д. Д. Доказові презумпції та фікції у розподілі обов'язків з доказування / Д. Д. Луспеник // Теорія та практика судової діяльності: Науково-практичний посібник. – К.: Атіка, 2007. – С. 39). З огляду на те, що законна презумпція є спеціальним правилом щодо розподілу обов'язків з доказування, то можна зробити висновок, що й законні презумпції можуть мати лише процесуально-правовий характер.

Полтавчук Ю. О.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільного процесу

ОСНОВИ ФОРМУВАННЯ СУДУ ПРИСЯЖНИХ США У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

Федеральне законодавство проголошує, що для конкретних справ членів журі потрібно відбирати навмання (at random) з різних прошарків населення району, де йде процес. Всі американські громадяни, які досягли 18 років, повинні мати можливість взяти участь у відправленні правосуддя; забороняється будь-яка дискримінація за мотивами раси, кольору шкіри, релігійних переконань, статі, національного походження або економічного становища (§ 1861 і 1862 розд. 28 Зводу законів США). Ці норми скасували існуючі раніше різні обмеження, які виключали виконання функцій членів журі в судах США людьми, що не володіли встановленим мінімумом майна або з інших мотивів. Такого роду цензи віджили себе, вони виглядають занадто одіозно в сучасному світі. (Пучинский В. К. Гражданский процесс США. – М.: Изд-во УДН, 1985. – 208 с.)

Проте ряд обмежень зберігся. Згідно з § 1863 розд. 28 Зводу законів США не можна включати до списків присяжних військовослужбовців, поліцейських, пожежників і посадових осіб законодавчих, виконавчих і судових органів. Крім того, кожен районний суд наділений повноваженнями розширити, виходячи з «публічних інтересів», обмежувальний список за рахунок інших груп і професій, правда, не до пускаючи дискримінації. На практиці розширення здійснюється з урахуванням відповідних норм процесуального права штату, на території якого розташований федеральний суд. Ці норми не тотожні. В окремих штатах членами журі не повинні виступати або можуть бути відведені юристи, лікарі, медичні сестри, аптекарі, викладачі, священики, журналісти, власники поховальних бюро, хіроманти, працівники транспорту, зв'язку, тюрем і т.д. (напр., § 200 ЦПК Каліфорнії). У § 1865 і 1866 розд. 28 Зводу законів США сформульовані

кваліфікаційні критерії для кандидатів на лаву присяжних. Необхідно, щоб громадянин не менше року проживав на території даного району; вмів читати, писати і розуміти по-англійськи в обсязі, достатньому для заповнення надісланих йому з суду реєстраційних карток; володів розмовною англійською мовою; не мав психічних або фізичних недоліків, що заважають участі у здійсненні правосуддя; не знаходився під слідством або не був засуджений за злочин, що карається тюремним ув'язненням на термін більше одного року, виключаючи випадки, коли його громадянські права відновлені помилування або амністією; не відносився до типу суб'єктів, здатних розголосити секрети правосуддя або без розумних причин добиватися розбіжностей думок при винесенні вердиктів. Коло аналогічних критеріїв у законодавстві окремих штатів більш широкий, і головне, зміст низки з них вкрай невизначено. Але ж від кого, як не від працівників суду, залежить розшифровка абстрактних формул типу: «достатній розум», «тверезість суджень», «належна освіта», «хороша репутація» і т.д. Громадянам направляються матеріали для їх опитування, з ними можлива особиста співбесіда або використання спеціально заготовлених тестів для перевірки грамотності, знання юридичної термінології та процедури і навіть для визначення розумових здібностей, пам'яті, розумності суджень. Верховний суд США не вважав такі форми неправильними, хоча і визнавав, що вони деформують квоти представництва в журі від різних соціальних груп. Кожен федеральний районний суд повинен мати розроблений порядок залучення присяжних (§ 1863 розд. 28 Зводу законів США). Конкретно цю роботу виконує судовий клерк або очолювана ним комісія. Вихідною базою для набору потенційних кандидатів служать списки зареєстрованих або фактично проголосувавши виборців даної адміністративно-територіальної одиниці (графство, прихід і т.д.). Однак дозволені і інші додаткові канали інформації (довідники про жителів міста, телефонні довідники, дані перепису). На основі зазначених джерел спочатку потрібно виділити певну групу осіб, з яких потім будуть формуватися лави присяжних для конкретних справ. Кількість імен не може налічувати менше тисячі, а термін повної заміни однієї групи наступною – перевищувати чотирьох років. Аналогічні схеми характерні і для законодавства штатів, хоча в кожному з них є свої особливості, що нерідко свідчать про збереження консервативних тенденцій минулого, наприклад використання для відбору присяжних списків платників податків з урахуванням розміру сплачуваних податків, рекомендацій почесних відомих членів даної громади і ін. Причому навіть відбір за допомогою тільки списків виборців може приховувати дискримінацію, якщо вона закладена в самій виборчій системі штату (цензи). Деякі суди запрошують потенційних присяжних на своєрідні інструктажі для ознайомлення з функціями журі. Але нормативних приписів на цей рахунок немає, а тому в літературі піддається сумніву повноваження органів юстиції змушува-

ти громадян відвідувати подібні семінари. (Пучинский В. К. Гражданский процесс США. – М.: Изд-во УДН, 1985. – 208 с.)

Федеральне законодавство наказує направляти всім членам відібраної групи бланки опитування встановленого змісту. Відповіді необхідні для остаточного відбору, неподання їх тягне виклик адресата до судового чиновника. За відмову з'явитися без поважних причин, а так само за повідомлення неправдивих відомостей з метою ухилення від участі в журі або навпаки винному загрожує штраф або тюремне ув'язнення, або те й інше разом. Остаточно складений список кандидатів в журі доступний для широкого огляду, хоча на розсуд суддів можливо його збереження в таємниці «в інтересах правосуддя» (§ 1863-1865 розд. 28 Зводу законів США). Відібрані для розгляду конкретної справи члени журі дають присягу, зміст і форма якої встановлені законодавством. Вони беруть на себе обов'язок діяти справедливо і не розголошувати таємниць нарадчої кімнати. (Тернавська В. М. Суд присяжних США: історія і сучасність // Часопис Київського університету права. – 2005. – № 4. с.78-82.)

Присяга містить обіцянку уважно ставитися до фактів і доказів, оцінюючи їх з урахуванням джерел, специфіки формування і т. д., а також обіцянку винести справедливе рішення на основі всіх досліджених матеріалів (true verdict render). Втім, в деяких штатах у цивільних процесах можна обійтися без присяги. Це пояснюють тим, що колишня релігійна концепція клятви, за порушенням якої слід божа кара, втратила значення і нині така клятва є не більше ніж моральний обов'язок діяти справедливо.

Голова складу присяжних (foreman) обирається ними зі свого складу, а в деяких штатах його призначають судді. Соціологічні дослідження виявили тенденцію покладати цю функцію на осіб із більш високих суспільних верств, і вони, як виявилося, впливають на результат процесу, головним чином методами керівництва при обговоренні проекту вердикту.

Розман Ю. В.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільного процесу

ПРОЦЕДУРНІ ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ МЕДІАЦІЇ ПРИ ВИРІШЕННІ ПРИВАТНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ

Перспективний напрямок розвитку суспільних відносин, що спостерігається останнім часом в нашій державі та поступове становлення в Україні громадянського суспільства, багатоаспектність шляхів вдосконалення українського законодавства та посилення інтеграційних процесів сприяє проголошенню на офіційному рівні пріоритетності прав та свобод людини, її честі та гідності, недоторканності та безпеки. Створення сильної правової держави, яка здатна бути гарантом закріплених Конституцією України та міжнародно-правовими актами прав та свобод людини

та громадянина, неможливе без чіткого налагодження процесів попередження та розв'язання різноманітних правових конфліктів, що виникають в суспільстві з приводу тих чи інших матеріальних благ або є наслідком суперечності інтересів, врегулювання яких потребує певних правових умов та чіткої організації.

Можна рішуче стверджувати, що сучасна судова система України є недосконалою та потребує комплексного реформування, яке б сприяло досягненню ефективності, компетентності, а іноді і законності та доступності при вирішенні спорів між учасниками приватноправових відносин. Відсутність стабільного розвитку державної та судової системи, відсутність внутрішніх джерел і резервів для її самоорганізації та вдосконалення – призвели до того, що на сьогоднішній день виникає потреба пошуку якісно нових (альтернативних) способів розв'язання приватно-правових спорів. Актуальність даного дослідження зумовлено тим, що до теперішнього часу на законодавчому рівні не закріплено основних процедурних положень та методологічних особливостей здійснення медіації при вирішенні спору без звернення до судових органів.

Серед альтернативних способів вирішення правових конфліктів, що виникають з цивільних, сімейних, трудових та інших приватноправових відносин широкого застосування у всьому світі набула медіація (від лат. «mediation» – «посередництво»). Даний термін був введений в науковий обіг в 60-ті роки в США, та наразі є міжнародним інститутом, закріпленим на законодавчому рівні багатьох високорозвинутих країн світу. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод від 1950 року передбачає прийняття справ до судового розгляду тільки після невдалої спроби вирішити спір альтернативними способами. Медіація – це неформалізований, конфіденційний спосіб мирного вирішення приватноправових спорів між конфліктуючими сторонами, за участю третьої незалежної сторони – медіатора, який направлений на неупереджене, повне та об'єктивне вирішення правового конфлікту шляхом прийняття компромісного взаємоприйнятного для обох сторін рішення.

На відміну від формального судового процесу, під час медіації сторони повинні дійти згоди самостійно, за своїм власним переконанням – медіатор не приймає рішення за них та не визначає яка сторона спору має здійснити певні дії на користь іншої сторони. Він не представляє інтереси жодної із сторін, він лише активно допомогає сторонам зрозуміти свої інтереси, оцінити можливість досягнення компромісів та прийняти рішення, що задовольнить всіх учасників переговорів (Гойко О. Від судового захисту до альтернативних методів вирішення спорів // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2010. – № 6 (56), с. 57). Медіатор веде переговорний процес, допомогає визначитися, чим саме обидві сторони можуть поступитися, адже проблема може полягати в тому, що одна із сторін не здатна точно сформулювати свою зацікавленість. Методи медіаторів

відрізняються від тих, які використовують юристи, що представляють інтереси особи в процесі, адже якщо останні аналізують факти, причини конфліктів та шукають винуватця, то медіатор не розглядає минуле, а враховуючи наявну ситуацію, налаштовує людей на домовленість у майбутньому. В ході проведення медіації сторони контролюють і сам процес і досягнутий результат, оскільки виступають активними учасниками переговорів, пропонують свої варіанти врегулювання спору.

Процедура медіації не є формалізованою, оскільки проводиться без участі суддів та інших учасників процесу, відсутній державний примус, немає процесуальних документів та строків. Атмосфера сприяє до мирного вирішення спору, так як над сторонами не довліє напруженість судового процесу, сторони намагаються з повагою відноситися один до одного, а медіатор сприяє налагодженню конструктивного діалогу між ними. Опоненти не змагаються між собою, як у суді, а намагаються досягнути угоди та примирення. Після прийняття конфліктуючими сторонами рішення про застосування саме такого альтернативного методу врегулювання приватно-правового спору, відбувається вибір медіатора, з яким підписується угода про медіацію, з зазначенням порядку та правил її проведення. Медіація складається з декількох етапів (послідовно викладених дій учасників процесу) – підготовчого, вступного слова медіатора, розповідей сторін та викладення ними своїх позицій, пошуку шляхів вирішення спору, укладення та підписання медіаційної угоди. З моменту підписання сторонами даної угоди процедура медіації вважається завершеною, оскільки сторони досягли консенсусу та вирішили свій спір по суті, що є основною та єдиною метою медіації.

Ефективність медіації визначається її принципами – вихідними та визначальними правовими ідеями, положеннями та засадами, що становлять організаційне підгрунтя здійснення процедури медіації та спрмовані на ефективне, законне, взаємоприйнятне розв'язання правового конфлікту між учасниками спору (Притика Ю. Д. Зміст та класификация принципів медіації // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 10, с. 92). Базові принципи медіації закріплені в законодавстві зарубіжних країн та рамкових міжнародних документах та включають в себе: добровільність, рівність прав, нейтральність та неупередженість медіатора, конфіденційність. У науковій літературі виділяються також інші принципи медіації, такі як: гнучкість медіації, повний контроль сторін за результатами процедури, неконфронтаційний характер процедури та відкритість результатів тощо (Давиденко Д. Медиация как примирительная процедура в коммерческих спорах: сущность, принципы, применимость / Д. Давиденко // Хозяйство и право. – 2005. – № 5, с. 108).

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зауважити, що запровадження такого методу вирішення приватно-правових спорів як медіація сприятиме зменшенню та запобіганню подальшого виникнення (розвит-

ку) правових конфліктів в приватноправовій сфері та розвантаженню судової системи держави від ряду справ, які не доцільно розглядати в порядку цивільного судочинства. В більшості розвинених країн світу медіація є найпоширенішим альтернативним способом вирішення спорів, тому закріплення на законодавчому рівні інституту медіації свідчило б про дійсне бажання України гармонізувати власне законодавство до загальноприйнятих світових стандартів та відповідати міжнародним тенденціям у даній сфері на належному рівні.

Зіменко О. В.
Запорізький національний університет,
аспірантка кафедри теорії та історії держави та права

ЗАСТОСУВАННЯ ПРЕЮДИЦІЇ ЯК ПІДСТАВИ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Застосування преюдиції, як підстави звільнення від доказування у національному цивільному судочинстві передбачено ч.3, ч.4 ст.61 ЦПК України. Не потребують доказування обставини, встановлені судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало законної сили, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини; вирок у кримінальній справі, що набрав законної сили, або постанова суду у справі про адміністративне правопорушення обов'язкові для суду, що розглядає справу про цивільно-правові наслідки дій особи, стосовно якої ухвалено вирок або постанову суду, з питань чи мали місце ці дії та чи вчинені вони цією особою.

Отже, процес доказування включає в себе використання преюдиції. На думку К. С. Юдельсона, С. В. Курильова, В. Рясенцева та інших науковців, преюдиція є підставою для звільнення від доказування. Не потребують доказової процесуальної діяльності преюдиціально встановлені факти. Преюдиціальність фактів ґрунтується на правовій властивості законної сили судового рішення і визначається його суб'єктивними і об'єктивними межами, за якими сторони й інші особи, які брали участь у справі, а також їх правонаступники не можуть знову оспорювати в іншому процесі встановлені судом в рішенні факти і правовідносини. Факти, встановлені рішенням суду, що набрало законної сили не доводяться знову при розгляді інших цивільних справ, в яких беруть участь та самі особи. Факти, встановлені вироком суду в кримінальній справі, який набрав законної сили, є обов'язковими для суду, що розглядає справу про цивільно-правові наслідки дій особи, лише в двох питаннях: чи мали місце ці дії та чи вчинені вони цією особою (Штефан М. Й. Цивільний процес: Підручник. – 2-ге вид. – К.: Ін Юре, 2001. – 696 с.). Слід зазначити, що суб'єктивними межі застосування преюдиції мають місце коли в двох справах беруть участь одні й ті самі особи,

чи хоча б одна особа, щодо якої встановлено ці обставини. Об'єктивні межі стосуються обставин, встановлених рішенням чи вироком суду.

Не можуть мати преюдиціального значення рішення суду в тотожних за фабулою справах, але за позовом іншого позивача або за участю додаткового співвідповідача. Не мають преюдиціального значення оцінка судом конкретних обставин справи, які сторонами не оспорювалися, мотиви судового рішення, правова кваліфікація спірних відносин. Преюдиціальне значення можуть мати лише ті факти, щодо наявності або відсутності яких виник спір, і які зазначені у резолютивній частині рішення.

Преюдиційні обставини є обов'язковими для суду, який розглядає справу навіть у тому випадку, коли він вважає, що вони встановлені невірно. Таким чином, законодавець намагається забезпечити єдність судової практики та запобігти появі протилежних за змістом судових рішень (Коментар до Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 р., № 1618-IV: науково-практичний коментар станом на 01.12.2008 р. [Електронний ресурс] / Всеукраїнська мережа ЛІГА-ЗАКОН. – Режим доступу: www.ligazakon.ua).

У цивільному процесуальному праві використання преюдиції допомагає встановлювати стабільні та чітко сформульовані правила розгляду справ. Запорукою належної судової процедури є обов'язковість та остаточність рішеня суду. Підтвердженням цього є положення ст.124, ст.129 Конституції України та Постанова № 14 Пленуму ВСУ «Про судове рішення у цивільній справі» від 18.12.2009 р., які вказують на обов'язковий характер рішень суду, що набрали законної сили, а також позиція Європейського суду з прав людини, згідно з якою рішення, яке набрало законної сили, є остаточним і оскарженню не підлягає (Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Праведная проти Росії» від 18.11.2004 р. // Вісн. Верх. Суду України. – 2006. – № 2. – С. 28–30).

Штутін Я. Л. розглядав преюдицію, як передрішення – судовий вирок, судове рішення чи постанова адміністративного органу з питань про наявність чи відсутність юридичного факту чи правовідносин, обов'язкових для суду, що розглядає справу, пов'язану із раніше вирішеною. Зазначав, що визнання передрішених юридичних фактів без доказування є прямим наслідком взаємної обов'язковості судових постанов, що набрали законної сили. (Штутин Я. Л. Предрешения (преюдиции) в советском гражданском процессе / Я. Л. Штутин // Советское государство и право. – М. -1956. – № 5. – С.58-67).

На думку В.В. Масюк, у діяльності суду по розгляду цивільних справ має значення співвідношення преюдиції та передсудності. Преюдицію слід відокремлювати від передсудності, під якою розуміють можливість розгляду цивільної справи і задоволення позовних вимог лише за наявності рішення суду по іншій справі, зокрема яка підлягає розгляду в порядку іншого судочинства. Передсудність є наслідком намагання уникнути протиріч у діяльності судів різних юрисдикцій, а також небажання надати

суду можливості вирішувати питання, які виходять за межі його предметної компетенції. У ряді цивільних справ не може бути ухвалено рішення без наявності рішення суду, ухваленого за правилами іншої юрисдикції. (Масюк В.В. Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві: автореф. дис. .. канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Масюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 20 с.).

Існує погляд, згідно з яким преюдиція розглядається як засіб судової аргументації, як правило, що звільняє від доказування обставин, які були встановлені рішенням іншого суду, що набрало законної сили, визнаються обов'язковими і не потребують повторної перевірки. Якщо судом були встановлені певні обставини, зафіксовані у судовому рішенні, то вони визнаються преюдиціальними, такими, що не доказуються при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини (Ляшенко Р. Д. Загальна характеристика та властивості преюдиції як засобу судової арегументації / Р. Д. Ляшенко // Часопис Київського університету права. – 2012/3. – С.22-25).

Таким чином, застосування преюдиції дає можливість а) пов'язувати процес доказування під час розгляду і вирішення справ цивільного, господарського, адміністративного, кримінального судочинств; б) встановлювати правові зв'язки між процесуальними галузями права щодо питань однакового застосування правових норм, які регулюють діяльність по доказуванню.

Бут І.О.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри цивільного процесу

ТРЕТЕЙСЬКИЙ СУД ЯК АЛЬТЕРНАТИВНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ

Перш за все, необхідно визначити, що собою являє альтернативні форми вирішення цивільно-правових спорів. Оскільки на законодавчому рівні інститут альтернативного вирішення спорів в Україні не закріплено, а у науковому середовищі відсутнє його однозначне розуміння, необхідно звернутися до досвіду зарубіжних країн.

Вперше процедури альтернативного вирішення спорів були застосовані у США як противага державній формі судочинства, недоліками якої є формалізований характер, що не завжди сприяє досягненню найбільш ефективного результату, що найбільш повно задовольняє інтереси обох сторін. На сьогодні термін «альтернативне вирішення спорів» є офіційним та широко застосовується не тільки в правовій теорії, але й у законодавстві багатьох країн (Спектор, О.М., Проблема визначення поняття та системи АВС у сучасній юридичній літературі // Науковий вісник Дніпропе-

тровського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 4. – С. 117-124, с. 119).

Таким чином, можна визначити альтернативне вирішення правових спорів як сукупність прийомів і методів позасудового врегулювання спорів, у результаті застосування яких сторони, що сперечаються, укладають взаємоприйняту угоду.

Альтернативним розглядом спорів пропонується вважати погоджений вибір (застосування), виходячи з конкретної ситуації, існуючого (медіація, третейський розгляд тощо) або спільного моделювання власного найбільш ефективного недержавного способу вирішення спору або врегулювання правового конфлікту, способом, не забороненим законом, з метою досягнення необхідного правового результату (встановлення суб'єктивних прав та обов'язків сторін) (Севастьянов, Г.В., Концепция частного процессуального права (права альтернативного разрешения споров) // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 25-32).

Щоб визначити місце третейського розгляду в системі альтернативних форм вирішення спорів, необхідно виділити певні види альтернативних форм вирішення спорів залежно від покладеного в основу класифікації критерію:

– за належністю до тієї чи іншої сфери правового регулювання: приватні й публічні;

– за ознакою самостійності:самостійні (основні) – переговори, претензійний порядок, медіація, третейський розгляд; комбіновані (комплексні) – медіація-арбітраж, міні-суд, омбудсмен;.

– залежно від характеру конфлікту: спрямовані на розв'язання спорів про право (третейський розгляд, медіація-арбітраж) та спрямовані на розв'язання когнітивних конфліктів (переговори, медіація);

– залежно від наявності залучених до вирішення спору та/або розв'язання конфлікту незалежних осіб: без залучення незалежних осіб (переговори, претензійний порядок) та з їх залученням (медіація, третейський суд);

– залежно від обов'язковості рішення або рекомендацій незалежної особи, яку залучають до вирішення спору та/або розв'язання конфлікту: обов'язкове для сторін рішення незалежної особи, залученої для вирішення спору (третейський розгляд); рекомендаційний характер рішення незалежної особи, залученої для вирішення спору, (експертний висновок, міні-суд, спрощений суд присяжних); рішення приймають самі сторони, незалежна особа, залучена до вирішення спору та / або розв'язання конфлікту, не приймає жодних рішень, а лише сприяє сторонам у досягненні згоди (медіація);

– за головним принципом, що є основою методу, який використовують для досягнення результату: способи, під час яких спір розглядають за принципами змагальності та арбітрування (третейський розгляд, між-

народний комерційний арбітраж), і способи, під час яких спір розглядають за принципами повного і всебічного врахування інтересів сторін спору та пошуку компромісного рішення (переговори, медіація, омбудсмен).

– за обов'язковістю застосування: обов'язкові (обов'язковий претензійний порядок зі спорів, що випливають з транспортних договорів, вирішення колективних трудових спорів), та факультативні, які ґрунтуються на домовленості сторін (Спектор, О.М., Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів : 12.00.03 : автореф. дис. .. канд. юрид. наук / О. М. Спектор ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка . ─ К., 2012 . ─ 18 с., с. 8)

Відповідно до Закону України «Про третейські суди» третейський суд – це недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням зацікавлених фізичних та/або юридичних осіб у встановленому законом порядку для вирішення спорів, що виникають із цивільних і господарських правовідносин. Основним завданням інституту третейського судочинства є захист майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів фізичних і юридичних осіб внаслідок всебічного розгляду та вирішення спорів відповідно до чинного законодавства (Про третейські суди: Закон України № 1701-IV від 11.05.2004 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2004. – № 35. – Ст. 412.).

Третейські суди не входять до судової системи України, що обумовлює їх особливе становище. Можна виділити такі основні відмінності третейського суду від державного:

– добровільність утворення третейського суду, можливість самому обирати суддю;

– обмеженість кола підвідомчих їм справ;

– добровільної згоди третейських суддів на їхнє призначення чи обрання у конкретній справі;

– рішення приймаються не від імені держави, хоча є обов'язковими для виконання сторонами, які звернулися до третейського суду. (Шемелинець І.І., Пархомчук Р.І., Третейський суд – альтернативна форма захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб // Науковий вісник Національного університету ДПС України (економіка, право). – 2008. – № 4(43). – С. 224-229, с. 226).

Таким чином, третейський розгляд є самостійною формою розв'язання цивільно-правових спорів про право з залученням незацікавлених незалежних осіб, рішення яких є обов'язковим для сторін. Третейському розгляду притаманні як загальні принципи альтернативного вирішення спорів (рівності сторін, законності, диспозитивності), так і власні (принцип змагальності, арбітрування).

РОЗДІЛ 26
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Подцерковний О. П.
Національний університет «Одеська юридична академія», завідувач кафедри господарського права і процесу, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

ЩОДО КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ЗАСАД ПОГЛИБЛЕННЯ КОДИФІКАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Незчисленне збільшення кількості та обсягів законодавчого матеріалу, яке отримало в науці красномовну назву інфляції законів, особливо гостро вдарило по господарському законодавству. У результаті у період після набуття чинності Господарським кодексом України у 2004 році, законодавцем було прийнято сотні законі із господарських питань, які вже за своєю кількістю та різноспрямованістю не могли не утворити численні колізії, прогалини та неясності. У результаті виникло таке середовище ведення бізнесу в Україні, яке не лише складно опанувати, але й практично неможливо додержуватися.

По суті у цьому контексті варто говорити про необхідність поглиблення кодифікації господарського законодавства, враховуючи невелике охоплення законодавства кодифікацією 2003 року, коли у зміст Господарського кодексу України увійшли шліхом їх скасування лише два закони: «Про підприємства в Україні» та «Про підприємництво». Для порівнянні – новий Комерційний кодекс Франції 2000 року, що набув чинності з 2007 року, охопив кодифікацією понад 50 законів держави. Певним виправданням обмеженої кодифікації господарського законодавства України 2003 року можна вважати той факт, що відповідна спроба українських законодавців була першою на теренах колишнього СРСР, а тому зіткнулася із неймовірним спротивом цивілістів, які вважали таку кодифікацією посяганням на приватно-правове регулювання економіки та власну навчальну й наукову монополію стосовно майнових правовідносин.

Життя довело, що цивільні та господарсько-правові норми можуть цілком нормально співіснувати у законодавстві, варто лише чітко визначити спеціалізацію одного кодексу до іншого, що успішно вчинено на практиці, наприклад, шляхом тлумачення в інформаційному листі ВГСУ 07.04.2008. Так само, як і предмет досліджень господарників та цивілістів цілком може уживатися при дослідженні майново-господарських правовідносин, про що, до речі, свідчить успішна робота Науково-консультативної ради при Вищому господарському суді України, до якої входять представники обох наукових шкіл. Але лише концепція такого комплексного коди-

фікованого акту, як Господарський кодекс, який поєднує приватно-правові та публічно-правові механізми регулювання господарських відносин, дозволяє поглиблювати кодифікацію господарського законодавства, яке є таким само комплексним, як Господарський кодекс, а не однорідним – приватно-правовим, яким є Цивільний кодекс України.

Разом із тим, для успішності другої кодифікації господарського законодавства варто запропонувати кілька методологічних та практичних положень, які здатні спростити вироблення відповідної концепції та успішно провести другу, більш поглиблену кодифікацію.

Найперше, задля уникнення нових наукових спорів, що здатні зруйнувати увесь позитив від роботи над систематизацією господарського законодавства, необхідним є доповнення положень ГК з урахуванням практики його застосування та необхідності більш чіткої спеціалізації по відношенню до ЦК України, усунення термінологічного різночтіння із подібних питань, концентрації у ГК професійно-орієнтованих видів правових інститутів, у тому числі, бажано, із перенесенням у ГК щонайменше положень щодо факторингу та комерційної концесії, що дублюються у ЦК.

По-друге, другій кодифікації господарського законодавства повинне передувати розроблення концепції із чітким встановленням того, які саме закони підлягають кодифікації, які нові інструменти мають бути закладені у Господарський кодекс, аби надати нового поштовх розвитку економіки та додати системності її правовому регулюванню.

Одна із таких концепцій була розроблена донецькими господарниками: проект «Концепції модернізації господарського законодавства України на базі Господарського кодексу України» (Економіка та право. – № 2(15)/2006. С. 5-16). Певним недоліком цього проекту Концепції можна вважати занадто широкі завдання, що нею поставлені, які виходять на рівень макрорегулювання більше, ніж це може дозволити Україна в сучасних, вельми невизначених умовах. У результаті цієї широти реалізація проекту Концепції утруднилася, він не набув офіційної форми. Показовим у цьому контексті є те, що перелік законів, які мають увійти до положень Господарського кодексі відійшли у тінь на фоні намагання розробників проекту вирішити такі питання із політичним присмаком, як-от: «чому з'являються закони, які не враховують реальні економічні потреби і навіть вступають в протиріччя з положеннями Конституції», «чим обумовлений лавиноподібне зростання числа прийнятих законів і розглянутих законопроектів» тощо?

Але вирішення питання про подальшу кодифікацію на базі ГК України має знайти, насамперед, прагматичну мету із погляду використання систематизації як форми вдосконалення законодавчого матеріалу та подолання його неефективності та множинності, із одночасним усуненням неясності, колізійності та прогальності. І навпаки – науково-обґрунтоване

визначення переліку законів, що мають увійти до другої кодифікації, дозволить чітко окреслити завдання кодифікації, її межі та зміст.

При цьому видається за необхідне враховувати наступне.

Розширенням положень ГК України цілком може бути вчинена за рахунок включення у його зміст цілого ряду законів, що А) є основоположними для порядку здійснення господарської діяльності; Б) є дрібними, випадаючими з-під системного регулювання сфери господарювання, в) містять значний обсяг нормативного матеріалу, який не має регулятивної дії чи мають техніко-правовий характер, цілком здатний бути виведеним за межі законодавчого регулювання на рівень підзаконних актів; г) містять положення щодо заходів відповідальності, що має знайти кодифіковане відображення.

До переліку законодавчих актів, що можуть бути скасовані та повністю увійти до положень нового ГК України, можна віднести закони: «Про господарські товариства»; «Про підприємництво» (який представлений лише єдиною статтею 4); «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні»; «Про державну підтримку розвитку індустрії програмної продукції»; «Про державно-приватне партнерство»; «Про захист від недобросовісної конкуренції»; «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності»; «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні»; «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб»; «Про транспортно-експедиторську діяльність», «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності» та інші закони, що встановлюють заходи адміністративно-господарської відповідальності.

Окремою проблемою є оновлення норм ГК з урахуванням потреб економічного розвитку та євроінтеграційних устремлінь держави. Зокрема, шляхом закріплення таких нових положень, як: встановлення пріоритету засобів державного підтримки перед засобами державної допомоги суб'єктам господарювання відповідно до європейських традицій; встановлення механізму видачі державних гарантій та порядку їх виконання; закріплення спеціальних положень щодо страхування підприємницьких ризиків; запровадження засад саморегулювання у сфері малого та середнього бізнесу; конкретизації приватно-господарських санкцій за порушення господарських зобов'язань, що застосовуються до суб'єктів великого бізнесу, задля попередження їх уникнення від відповідальності у стосунках з суб'єктами малого і середнього бізнесу та нав'язування останнім невигідних умов; встановлення на рівні закону правил касових операцій; пристосування термінології ГК до нових правил Інкотермс 2010; уточнення способів захисту господарських прав, зокрема, визначенням загальних критеріїв їх застосування із метою усунення проблем правозастосування та багато іншого.

Валитов С. С.
Донецкий национальный университет,
заведующий кафедрой административного и финансового права,
доктор юридических наук, доцент

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПОРЯДКА ПРИМЕНЕНИЯ ШТРАФОВ АНТИМОНОПОЛЬНЫМИ ОРГАНАМИ

Защита экономической конкуренции в Украине во многом зависит от эффективности воздействия хозяйственно-правовой ответственности на субъектов хозяйствования.

Однако система хозяйственно-правовой ответственности за нарушения конкурентного законодательства имеет ряд недостатков, которые значительно снижают ее роль в защите экономической конкуренции. Необходимо, прежде всего, отметить отсутствие обоснованного методического обеспечения по определению размеров штрафов.

Действующее конкурентное законодательство Украины не содержит логически выстроенной системы критериев определения размеров штрафов, налагаемых на субъектов хозяйствования. Правовая неопределенность с установлением размеров штрафов при нарушении конкурентного законодательства создает проблему обеспечения защиты прав ответчика по делу, не позволяет судам в полной мере определить объективность принятых решений о штрафах, приводит к коррупции в антимонопольных органах.

Вместе с тем имеется достаточно положительный опыт определения размеров штрафов в европейском конкурентном законодательстве. Положения, которые касаются наложения штрафов за нарушения ст. 81 (антиконкурентные действия субъектов предпринимательской деятельности) и ст. 82 (злоупотребление доминирующим положением на рынке), присутствуют в различных законодательных актах. В Договоре Европейского Сообщества (ЕС) правовую основу для наложения штрафов создает ст. 83, которая обязывает Совет составить соответствующие регламенты или директивы, обеспечивающие действие принципов, изложенных в ст. 81 и 82 Договора ЕС, путем введения положения о штрафах и периодических штрафных выплатах.

Совет принял регламент ЕС № 1/2003 о выполнении правил конкуренции, предусмотренных ст. 81 и 82 Договора. Единственным положением о взыскании штрафов в Регламенте является ст. 23, которая ограничивает максимальную величину штрафа в размере 10 % от общего оборота предприятия в предыдущем финансовом году аналогично конкурентному законодательству Украины.

Кроме того, Регламент определил, что размер штрафа устанавливается в зависимости от двух факторов: серьезности и длительности нарушения. Положения Регламента не являются очень детальными и могут

служить лишь ориентиром во время установления величины штрафа в конкретных случаях. Поэтому Комиссия ЕС приняла «Рекомендации о применении метода установления штрафов» (далее – Рекомендации).

Рекомендации Комиссии описывают различные методы, которые она использует при принятии решений по делам и определении размеров штрафов.

В соответствии со ст. 229 Договора и ст. 31 Регламента Совета (ЕС) № 1/2003 суд имеет неограниченные полномочия проверять правомерность финансовых санкций, которые приняты комиссией, и имеет право отменять такие санкции, уменьшить или увеличить их размер. При этом он руководствуется критериями, разработанными Комиссией в Рекомендациях.

Учитывая изложенные выше проблемы применения штрафных санкций за нарушения конкурентного законодательства в Украине целесообразно определить в нормативных актах логическую последовательность влияния различных факторов на размер штрафа.

Необходимо считать основными критериями для определения размера штрафа серьезность и длительность нарушения. Первое определяется видом нарушения (злоупотребление монопольным положением или антиконкурентные действия субъектов хозяйствования) и отрицательным влиянием на конкуренцию и потребителей, а также размером территориальных границ рынка. Второе – продолжительностью нарушения: с момента начала антиконкурентных согласованных действий или злоупотребления монопольным положением до их завершения. По длительности нарушения можно разделить на три категории: до 1 года – не приводит к увеличению штрафа; от 1 до 5 лет – приводит к увеличению штрафа на 50 %, более 5 лет – приводит к увеличению штрафа на 10 % за каждый год.

В соответствии с этими критериями необходимо разработать пять категорий нарушений, в каждой из которых определить вероятные минимальные и максимальные размеры штрафов. Данные категории будут составлять базовую сумму штрафов.

Увеличение или уменьшение базового размера штрафа осуществляется с учетом отягчающих и смягчающих обстоятельств. К первым может относиться повторность совершения нарушения, непризнание факта нарушения, отказ в содействии расследованию, создание препятствий антимопольным органам. Ко вторым, относится совершение нарушения впервые, признание факта нарушения, прекращение нарушения до принятия решения по делу, добровольное возмещение ущерба, содействие в расследовании дела, финансовое положение ответчика.

С учетом изложенного, целесообразно дополнить ст. 52 Закона Украины «О защите экономической конкуренции» пунктом 8 следующего содержания: «При определении размера штрафа принимается во внимание серьезность и длительность правонарушения». В пункте 32 Правил рас-

смотрения дел о нарушении законодательства о защите экономической конкуренции необходимо включить критерии, определяющие базовый размер штрафа и факторы, влияющие на его увеличение или уменьшение

Приведение норм конкурентного законодательства в соответствии с изложенным позволит избежать дискриминации субъектов хозяйствования при определении размеров их штрафов, усилит позиции ответчика по защите своих интересов и позволит судам объективно оценить обоснованность принятых антимонопольными органами решений по штрафам.

Мельник С. Б.

Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри господарського права и процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ПРОГРАМНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНКУРЕНЦІЇ В УКРАЇНІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО ОПОСЕРЕДКУВАННЯ

Як відомо, суспільство реагує на ефективність тих або інших правових вимог в реалізації відповідних механізмів протидії правопорушенням. Не виключенням слугує і антимонопольно-конкурентне законодавство України. При цьому розміри, наприклад, штрафів, які накладаються інколи за його порушення вражають: Тимчасова адміністративна колегія Антимонопольного комітету України оштрафувала на 3 млн грн ТОВ «Сандора» (с. Миколаївське, Миколаївська обл.); Тимчасова адміністративна колегія Антимонопольного комітету України оштрафувала на 7,6 млн грн. ПАТ «Фармак» (м. Київ) за розповсюдження оманливої реклами лікарського засобу «Амізон»; Антимонопольний комітет України притягнув до відповідальності «Одесагаз», Комітет оштрафував ПАТ «Одесагаз» на 120 млн грн за зловживання монопольним становищем (Конкуренція. Вісник Антимонопольного комітету України. 2012. № 4. С. 60-61). Але ефективність може оцінюватися і з інших позицій, наприклад, зрозумілість, попередження і т. ін. Необхідними елементами в цьому вимірі слугує і цільова спрямованість, прогнозованість, наукове обґрунтування, ґенеза.

Треба констатувати, що сьогодні теоретична складова економічного стану і розвитку України представлена достатньо об'ємно і ємко. Здійснений правовий вираз складних економічних напрямів суспільного розвитку. Чималу частку в цих процесах займають конкурентні засади економіки. Не заходячи в історичний екскурс, відзначимо основне.

Так, наприклад, Державна програма активізації розвитку економіки на 2013-2014 роки, яка була затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 27.02.2013 р. № 187 (Офіційний вісник України. 2013. № 24. Ст. 807) серед пріоритетних напрямів реалізації економічної політики виділяє підвищення конкурентоспроможності економіки та покращення інвестиційного клімату. Обґрунтування викладене наступним чином: «Національна економіка повинна зайняти достойне місце у конкурентно-

му глобальному ринку. Це єдиний шлях для підвищення рівня добробуту громадян до рівня економічно розвинутих держав світу. Тому, ключовими завданнями Уряду є якнайширше залучення інвестицій для створення сучасного виробництва, впровадження нових знань, технологій і принципів управління, підвищення рівня зайнятості».

Спирається запропонована Урядом України Державна програма, як витікає із її змісту, на іншу Програму Президента України від 02.06.2010 р. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава». Програма економічних реформ на 2010 – 2014 роки (режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/file/docs/5/d325760.pdf, де саме у вигляді лише Програми без вказівки на затвердження відповідним нормативно-правовим актом Президента України розміщений відповідний текст). В частині, наприклад, поліпшення бізнес-клімату й залучення інвестицій, зокрема, зазначено, що потенціал підприємництва не може реалізуватися повною мірою в Україні через незадовільний бізнес-клімат. Про це свідчать результати двох впливових міжнародних досліджень – Всесвітнього банку «Ведення бізнесу – 2010» і «Рейтинг глобальної конкурентоспроможності» Всесвітнього економічного форуму. Так, за простотою ведення бізнесу Україна посідає 142 місце зі 183 країн світу. У тому числі за показником ефективності податкової системи країна знаходиться в самому кінці списку, на 181-му місці. Індикатори успіху ж визначені як: – підвищення позиції України в міжнародному рейтингу Всесвітнього банку «Ведення бізнесу – 2012» за простотою ведення бізнесу на 40 позицій, зі 142 на 102 місце зі 183-ох країн; – приріст прямих іноземних інвестицій на 0,5 млрд дол. США щорічно й досягнення в 2014 р. загального обсягу залучених в економіку України прямих іноземних інвестицій на рівні 77 млрд дол. США.

В Національному плані дій на 2013 рік, в розділі щодо дерегуляції, розвитку підприємництва та реформування надання адміністративних послуг виокремленний захист економічної конкуренції, відповідно до Указу Президента України «Про Національний план дій на 2013 рік щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010 – 2014 роки «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава»» від 12.03.2013 р. № 128/2013 (Офіційний вісник України. 2013 р. № 21. Ст. 700), з цільовою спрямованістю на посилення конкуренції на ринках та забезпечення розвитку конкурентної політики і законодавства України.

Крім цього, згідно з п. 6 Указу Президента, заходи, передбачені Національним планом дій на 2012 рік щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010 – 2014 роки «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава», затвердженим Указом Президента України від 12.03.2012 р. № 187 (http://zakon2.rada.gov.ua/laws/file/text/6/f374862n26.pdf), виконання яких триває і які не передбачені Національним планом, затвердженим цим Указом, виконуються: заходи із супроводження у Верховній Раді України законопроектів – до прийняття

Верховною Радою України законів із відповідних питань; інші заходи – протягом першого кварталу 2013 року.

Однак слід вказати, що, наприклад, вимога щодо прийняття Закону України про затвердження Загальнодержавної програми розвитку конкуренції в Україні на 2013 – 2023 роки була реалізована на теперішній час прийняттям не Закону, а розпорядження Кабінетом Міністрів України «Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми розвитку конкуренції на 2013-2023 роки» від 19.09.2012 р. № 690-р (Офіційний вісник України. 2012. № 71. Ст. 2882). Метою Програми є розвиток конкуренції на товарних ринках як засобу забезпечення сталого економічного зростання, покращення умов для їх ефективного функціонування, удосконалення механізму державного регулювання таких ринків.

Крім того, знову ж розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17.12.2012 р. № 1027-р (Офіційний вісник України. 2012. № 96. Ст. 3884) були зроблені поправки щодо періоду: 2014 – 2024 роки. А Антимонопольному комітетові разом з іншими заінтересованими центральними та місцевими органами виконавчої влади встановлена вимога розробити та подати до 10 липня 2013 р. (попередній строк – 10 грудня 2012 року) Кабінетові Міністрів України проект Загальнодержавної програми розвитку конкуренції на 2014-2024 роки.

Таким чином процес триває не тільки з позиції сутнісного наповнення відповідної Програми, але і відповідного правового оформлення.

Олюха В. Г.

Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін, кандидат юридичних наук, доцент

ЩОДО НЕДОЦІЛЬНОСТІ ВІДМОВИ ВІД ТЕРМІНУ КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО

Капітальне будівництво представляє собою окрему самостійну галузь економіки країни, яка призначена для введення в дію нових, а також реконструкції, розширення, ремонту і технічного переозброєння діючих об'єктів виробничого та невиробничого призначення. Визначальна роль галузі будівництва полягає у створенні умов для динамічного розвитку економіки країни.

Термін капітальне будівництво у законодавстві почав використовуватись у тридцяті роки минулого сторіччя для позначення діяльності у будівельній галузі яка мала свою специфіку: спеціальні суб'єкти (державні або кооперативні організації); обов'язкові для виконання державні довгострокові плани; фінансування будівництва з державного бюджету на основі затверджених титулів будов; жорсткий контроль за строками виконання будівельних робіт; відсутність будь – якої свободи у виборі контр-

агента; складність нормативного регулювання; використання типових договірних форм, які унеможливлювали вільне погодження умов договору підряду на капітальне будівництво.

Такий жорсткий організаційно – правовий режим призвів до протиставлення вказаного договору і договору підряду як самостійних договірних типів. Економічні реформи, що відбулися в Україні докорінним образом змінили і відносини у будівництві. Можна констатувати, що держава практично усунулась від вирішення проблем будівельної галузі. Цілком слушно у ЦК України договір будівельного підряду визначений як вид підрядних зобов'язань. Ймовірно тому, в сучасній науковій літературі висловлена позиція за якою термін «капітальне будівництво» взагалі необхідно вилучити з законодавства України та замінити його терміном «будівельна діяльність» (Гриняк А. Б. Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України. – автореферат дис. на здобуття наук.ступ. доктора юр. наук, с.7) або «будівництво» (Миронець І.М. Поняття будівництва і капітального будівництва // Вісник господарського судочинства – 2009. – № 3 – с.170). При цьому А. Б. Гриняк обґрунтовує таку необхідність тим, що ознака капітальність використовується для розмежування капітальних та тимчасових споруд і будівель, тобто термін є багатозначним. Бачиться – багатозначність юридичної термінології не є перешкодою при її використанні. Необхідно пам'ятати про можливість полі семантики для юридичної термінології. Наприклад, термін « господарський договір» може використовуватися щонайменше у трьох різних смислових значеннях. Також і поняття капітального будівництва не є однозначним і цілком правомірно розглядається у таких значеннях: 1) галузь економіки або господарського комплексу, 2) форма інвестиційної діяльності, 3) певні роботи, спрямовані на створення основних фондів.

І.М. Миронець, з'ясовуючи зміст категорії капітальне будівництво проаналізувала сенс кожного із цих слів і на цій основі дійшла висновку, що «капітальне будівництво» протиставляється аналогічним за характером роботам, що не потребують порівняно великих витрат (Миронець І.М. Поняття будівництва і капітального будівництва // Вісник господарського судочинства – 2009. – № 3 – с.167). Вартість будівництва в сучасних умовах не завжди є тим показником, що дозволяє розмежувати капітальне будівництво від інших будівельних робіт. Уявляється, що аналіз складних термінів не повинен зводитись тільки до семантичного співставлення його складових. Капітальне будівництво представляє собою окрему самостійну галузь економіки країни, яка призначена для введення в дію нових, а також реконструкції, розширення, ремонту і технічного переозброєння діючих об'єктів виробничого та невиробничого призначення. Для цього процесу характерні тривалість виробничого циклу, значна різноманітність об'єктів будівництва (реконструкції, розширення), здійснення виробничого процесу на місці майбутнього функціонування основних фондів. Осно-

вні виробничі фонди функціонують в сфері матеріального виробництва та обслуговують господарську діяльність підприємства; основні фонди невиробничого призначення це адміністративні будівлі, складські приміщення, об'єкти соціально-культурного та побутового обслуговування, які знаходяться на балансі підприємства. Отже, капітальне будівництво спрямовано на створення або відновлення основних фондів, що і є головним для збереження цього терміну.

Для організації будівельних робіт, що не пов'язані із створенням основних фондів встановлено не такий складний порядок дозвільних процедур, вони пов'язані, як правило з проведенням не складних будівельних робіт, без залучення значної кількості будівельної техніки, устаткування, будівельного персоналу, строк їх проведення не такий тривалий. На відміну від капітального будівництва, складні організаційно – договірні зв'язки тут відсутні, договірна документація також не є складною, а будівельні об'єкти, створені у результаті виконання таких робіт не використовуються у господарській діяльності. Також необхідно додати, що виконання будівельних робіт, що не пов'язані із створенням основних фондів може регулюватись законодавством про захист прав споживачів та відповідними положеннями ЦК України про побутовий підряд.

Таким чином, пропозиції щодо відмови від терміну капітальне будівництво є передчасними і не досить обґрунтованим, адже цей термін є усталеним і дозволяє відокремити роботи, пов'язані зі створенням нових, відновленням, розширенням і вдосконаленням об'єктів виробничого і невиробничого призначення, що належать до основних фондів від інших будівельних робіт. Термін «капітальне будівництво» є усталеним і може використовуватись поряд з терміном «будівельна діяльність», адже відображає окремий аспект будівельної діяльності, що характеризується підвищеними суспільними очікуваннями щодо безпеки та якості робіт у будівництві, притаманних професійній господарській діяльності, орієнтуючи на певну мету діяльності. Уніфікація термінології лише додасть проблем тлумачення особливостей професійної господарської діяльності по відношенню до споживних, разових та інших цивільних відносин у капітальному будівництві.

Квасніцька О. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри господарського права і процесу, кандидат юридичних наук, доцент

ПОНЯТТЯ ТА КРИТЕРІЇ ОБ'ЄКТІВ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА ВІДПОВІДНО ДО НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Для правової науки визначення понять, їх ознак, критеріїв розмежування є важливим з позиції практичного застосування та методологічних засад вдосконалення національного законодавства. Слід зазначити,

що понятійний апарат, методична і методологічна база містобудівного законодавства відіграють важливе значення при здійснені будівельної діяльності, набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва.

Враховуючи, що за останній період ми отримали оновлене законодавство у сфері будівництва та маємо на розгляді у Верховній Раді України проект Містобудівного кодексу України, на жаль, чіткого та однозначного поняття відносно об'єктів будівництва ми не отримали. Відсутність уніфікованого підходу до визначеності об'єктів капітального будівництва, чітких критеріїв у розмежуванні об'єктів капітального від некапітального будівництва, введення в обіг поняття об'єкти незавершеного будівництва призводить до зловживання та підмінюванні понять у правозастосовчій діяльності. Така невизначеність у тлумаченні термінів може привести до плутанини при вирішенні спірних питань.

У зв'язку з цим, об'єктивно виникає необхідність наукового дослідження проблем будівельного законодавства, правових категорій у сфері будівництва. В Законі України «Про регулювання містобудівної діяльності» (далі – Закон про містобудівну діяльність) до об'єктів будівництва віднесено: будинки, будівлі, споруди будь-якого призначення, їх комплекси, лінійні об'єкти інженерно-транспортної інфраструктури (Проект Містобудівного кодексу України містить тотожне визначення). Це поняття є занадто загальним та надає можливість по різному тлумачити даний термін у нормативних документах. Не зрозумілим залишається питання щодо об'єктів незвершеного будівництва, його в переліку визначеному у ст. 4 Закону про містобудівну діяльність не зазначено. Між тим ст. 331 ЦК України регламентує можливість набуття права власності на об'єкти незавершеного будівництва.

Питання за якими ж критеріями відбувається розмежування об'єктів капітального будівництва від некапітальних, адже даний термін згадується приблизно у 336 нормативно-правових актах, та чи відноситься об'єкт незавершеного будівництва до об'єктів будівництва вимагає наукового аналізу.

У науковій літературі однією з головних ознак визнання об'єкта будівництва капітальним називають віднесення його до нерухомого майна. Правила відмежування нерухомого від рухомого майна визначені у статті 181 ЦК України – об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення.

Поряд з цим, слід зазначити про юридичний аспект розмежування об'єктів капітального від некапітального будівництва, який полягає в етапності будівельного процесу, який пов'язаний з отриманням вихідних даних, технічних умов, проектуванням та будівництвом капітальних об'єктів. Етапність будівельного процесу залежить від категорії складнос-

ті об'єктів будівництва, яка визначається відповідно до будівельних норм та державних стандартів на підставі класу наслідків (відповідальності) такого об'єкта будівництва. Будівництво капітальних об'єктів потребує особливої процедури оформлення земельної ділянки для забудови, отримання дозвільних документів, проведення відповідної експертизи. Законодавством встановлений нагляд (контроль) за будівництвом капітальних об'єктів, особливий порядок введення об'єкта в експлуатацію та державна реєстрація в якості нерухомого майна. У свою чергу, стосовно об'єктів некапітального будівництва, така етапність відсутня та характерний певний порядок їх розміщення, що визначається Законом України «Про благоустрій населених пунктів», Наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-будівельного господарства України «Про затвердження Порядку розміщення тимчасових споруд для провадження підприємницької діяльності» та іншими підзаконними актами.

Додатковою ознакою розмежування об'єктів капітального від некапітального будівництва є тимчасовий характер використання останніх, що полягає у можливості закінчення використання об'єкта раніше моменту його повного зносу.

Отже, основними критеріями віднесення будинків, будівель, споруд будь-якого призначення до об'єктів капітального будівництва є: наявність ознак нерухомості; проходження етапів будівельного процесу; експлуатація до повного зносу, або достатньо довготривалий час. Відповідно, критеріями відмежування некапітальних об'єктів будівництва є відсутність у них ознак нерухомого майна; відсутність етапності будівельного процесу; окремий порядок розміщення; тимчасовий характер використання.

Відносно об'єктів незавершеного будівництва, слід зазначити, що аналіз ч. 3 ст. 331 ЦК України дозволяє дійти висновку про необхідність їх включення до переліку об'єктів будівництва та віднесення до капітального будівництва. Тим більше, враховуючи, що з позиції бухгалтерського обліку незавершене будівництво є необоротним матеріальним активом і узагальнюється як «основні засоби», а до основних фондів відповідно до ст. 139 ГК України віднесено будинки, споруди і т.д.

Таким чином, для виключення спірних ситуацій, для удосконалення та уніфікації діючого законодавства обґрунтованим є розмежування понять об'єктів капітального від некапітального будівництва, за допомогою встановлення чітких критеріїв такого розмежування та включення об'єкту незавершеного будівництва до переліку визначеного у ст. 4 Закону України про містобудівну діяльність. Вбачається, що такі пропозиції слугуватимуть більшій захищеності учасників відносин у сфері будівництва, суспільства в цілому, тим більше, якщо знайдуть своє закріплення у приписах кодифікованих актів.

Добровольська В. В.
Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри господарського права і процесу, кандидат юридичних наук

ЩОДО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Зовнішньоекономічна діяльність з однієї сторони є певним видом господарювання, якому притаманні специфічні риси та ознаки, а с другою – інститутом господарського права, змістом якого є норми спеціального та загального законодавства. Норми спеціального законодавства містяться у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (надалі – Закон України «Про ЗЄД») (Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991р. // Відомості Верховної Ради УРСР – 1991. – № 29. – ст. 377), а загальні визначає ГК України (надалі – ГК України) (Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 19-20. – Ст. 144) і Цивільний кодекс України (надали ЦК України) (Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356).

Проблеми підвищення ефективності зовнішньоекономічної діяльності держав на сучасному етапі набувають все більшого значення, у цьому сенсі тенденції економічного розвитку характеризуються яскраво вираженою інтеграцією національних економік у міждержавні формування світового ринку з єдиними правилами, що регламентують обіг матеріальних цінностей.

Різноманітні суб'єкти господарювання мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність шляхом укладання зовнішньоекономічних контрактів. Держава зацікавлена у належному виконанні зазначених контрактів та зовнішньоекономічної діяльності в цілому і здійснює контроль, який виражається через дії і засоби.

Перш за все зазначена форма державного контролю реалізується через реєстрацію зовнішньоекономічних контрактів. Узагальнене поняття зовнішньоекономічного договору (контракту) дано в ч. 6 ст. 1 Закону України «Про ЗЄД»: під зовнішньоекономічним договором розуміється «матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності».

Останнім часом міжнародно-правові документи, а також спеціальні закони (якими регулюються відносини у зовнішньоекономічній діяльності) для цілей встановлення міжнародного характеру договору віддають перевагу іншому критерію – місцезнаходженню комерційного підприємства, під яким розуміють постійне місце регулярного здійснення ділових

операцій (Поєдинок В. В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 83–84).

Таке твердження знаходить своє відображення у міжнародних договорах, зокрема: Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року (ст. 1) (Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – С. 116); Гаазькій конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р. (ст. 1) (Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. – М.: Международный центр финансово-экономического развития. – 1996. – С. 209 –220); Нью-Йоркській конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р. (ст. 2) (Нью-Йоркська конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 36; 2004. – № 44; 2006. – № 38. – С. 285, С. 253. – Ст. 2539); Протоколі про зміну Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1980 р. (ст. 1) (Протокол про зміну Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1980 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 44; 2005. – № 31. – С. 706, С. 373. – Ст. 2943). Виходячи з актів законодавства України, зазначених вище, Міністерство економіки та з питань економічної інтеграції України прийняло Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затвердивши його наказом № 201 від 06 вересня 2001 року (Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів): наказ Міністерства економіки та з питань економічної інтеграції України № 201 від 06 вересня 2001 р. // www.kiev.rada.ua). Також діє наказ Міністерства економіки України від 15.12.2005 р. «Про порядок реєстрації (обліку) зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом» (Про порядок реєстрації (обліку) зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом: наказ Міністерства економіки від 15 грудня 2005 р. // Офіційний вісник України від 25.01.2006. – 2006 р., № 1, / 1-2 /, стор. 208, стаття 61), згідно з яким по суді державної реєстрації підлягають всі зовнішньоекономічні контракти, згідно з Інструкцією, яка визначає єдиний порядок заповнення картки реєстрації-обліку зовнішньоекономічного договору (контракту) і призначена для здійснення реєстрації контрактів Міністерством економіки України (Інструкція про порядок заповнення картки реєстрації-обліку зовнішньоекономічного договору (контракту): наказ Міністерства економіки від 15 грудня 2005 р. Офіційний вісник України від 25.01.2006. – 2006 р., № 1, / 1-2 /, стор. 211, стаття 61).

Таким чином, держава здійснює контроль за укладанням зовнішньоекономічними контрактами шляхом реєстрації у відповідному державному органі – Міністерстві економіки, процедура якої регулюється певни-

ми відомчими актами відповідного органу та доречним представляється внесення зазначеної процедури до Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», що сприяє спрощенню формальної сторони державної реєстрації та сприятиме уніфікації законодавства.

Павлов С. С.
Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри теорії держави і права, кандидат юридичних наук

ОДНЕ З ПРОБЛЕМНИХ ПИТАНЬ ПІДСУДНОСТІ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Досліджуючи існуючу судову практику, яка склалась у господарському судочинстві за останній період, вважаємо за доцільне відмітити, що має місце неоднаковий судовий розсуд у суддів першої та апеляційної інстанцій при інтерпретації та застосуванні статті 17 Господарсько-процесуального кодексу України (Господарсько-процесуального кодексу України. Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1798-12).

Зазначена стаття закону має розширений предметний зміст, так як наявні у ній норми: встановлює і регламентує єдиний процесуальний порядок передачі, прийняття й вирішення справ, що рухаються з одного господарського суду до іншого господарського суду в силу дії принципу підсудності, надає право апеляційного оскарження тощо. Вважаємо, що зазначене нормативне наповнення однієї статті таким об'ємним станичним та динамічним процесуальним інструментарієм ускладнює її розуміння та застосування. Зокрема, як вбачається з конкретної справи № 11/8(02-52а)/2012/5003 (Єдиний державний реєстр судових рішень. Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua), господарський суд Дніпропетровської області передав, в порядку виконання ст. 17 ГПК України, за підсудністю матеріали справи господарському суду Вінницької області. За наслідками розгляду даних матеріалів, господарський суд Вінницької області у відповідності до приписів п. 5 ст. 63 ГПК України, встановивши порушення позивачем згаданої норми, постановив ухвалу, якою повернув позивачу його позов та додані матеріали.

Апеляційний господарський суд Рівненської області скасував ухвалу господарського суду Вінницької області та направив справу на розгляд до цього суду. У своєму рішенні апеляційний суд виходив з того, що господарський суд Вінницької області, повернувши позовну заяву, цим повторно вирішив питання про можливість прийняття до розгляду господарським судом цієї позовної заяви, оскільки таке питання уже було вирішено господарським судом Дніпропетровської області.

Неоднакове застосування приписів статті 17 ГПК України, на нашу думку, зумовлене текстуальною нерозрізненістю двох правових явищ таких як – матеріали справи та позовні матеріали.

Так, статтею 61 ГПК України передбачено, що питання про прийняття позовної заяви вирішується суддею, якому вона була передана у порядку, встановленому ч.3 ст.2-[1] Кодексу.

У відповідності до статей 62, 63, 64 ГПК України суддя уповноважений відмовити у прийнятті позовної заяви, повернути позовну заяву, порушити провадження у справі, з підстав визначених у Кодексі.

З аналізу вищезазначених статей Кодексу, випливає, що позовні матеріали – це документи, на підставі, яких порушується провадження у господарській справі, про що у відповідності із ст. 64 ГПК України суддею виноситься відповідна ухвала.

Разом з тим, винесення процесуального документа на підставі статті 17 ГПК України наділяє позовні матеріали змістом господарської справи без винесення відповідного процесуального документа і має імперативні вказівки на прийняття суддею позовних матеріалів без їх дослідження на відповідність приписам статей розділу VIII ГПК України.

Таким чином, відсутність розмежування понять «позовні матеріали» та «матеріали справи» ускладнюють судову практику, оскільки залишається не визначеними процесуальні повноваження суддів при відкритті провадження у справах, по позовних матеріалах які надійшли від інших господарських судів за підсудністю.

Згама А. О.

Міжнародний гуманітарний університет,
ст. викладач кафедри цивільного та господарського права і процесу,
кандидат юридичних наук

ПРО ФАКТОРИНГ ЯК ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИЙ ДОГОВІР

У незалежній Україні вперше поняття факторингу знайшло своє відображення у ст. 3 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 20.03.1991 р., в якій вказувалося, що факторингом є придбання права вимоги з поставки товарів і надання послуг, прийняття ризику виконання таких вимог та інкасація вимог. На практиці факторингова діяльність зводилась лише до цесії, при чому відступалася, як правило, лише дебіторська заборгованість, а угоди з факторингу носили характер разових.

З того часу змінилось розуміння цього правового інституту, стрімко збільшились обсяги факторингових операцій, зросла увага з боку вітчизняних науковців.

Проте правова природа договору факторингу залишається певною мірою чітко не визначеною. Зокрема, серед вчених немає одностайності в цьому питанні. Одні говорять про факторинг як цивільно-правовий інститут (наприклад, Безклубий І. До питання про юридичну природу договору факторингу / І. Безклубий // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 89-91 або Чапічадзе Я. О. Договір факторингу : автореф.

дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Чапічадзе Яна Олександрівна. – Х., 2000. – 17 с.). Інші дослідники наполягають на змішаній природі договору факторингу (Олехова О. Факторинг як шлях підвищення конкурентоспроможності підприємства / О. Олехова // Юридична газета. – 2004. – № 17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// www/yur-gazeta.com/article/1012/).

Ще одна група вчених відстоює господарську природу цього договору. Зокрема, В. П. Богун акцентує увагу на тому, що факторинг повинен розглядатись як фінансово-господарський інститут, який би передбачав не лише кредитування фактором продавця, а й можливість надання останньому супутніх послуг, пов'язаних із таким кредитуванням (Богун В. П. Правове регулювання розрахунків в іноземній валюті у зовнішньоекономічних відносинах : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.04 / Богун Віктор Павлович. – Д., 2001. – 20 с.). Схожою є позиція А. В. Токунової (Токунова А. Місце факторингу в системі права України / А. Токунова // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 1. – С. 114-117).

Досліджуючи договір факторингу, необхідно відзначити, що в Україні договір факторингу регулюється як цивільним, так і господарським законодавством. Так, глава 73 ЦК України містить поняття, предмет договору, сторони в ньому, положення щодо недійсності заборони відступлення права грошової вимоги, відповідальності клієнта перед фактором, виконання боржником грошової вимоги факторові, наступного відступлення права грошової вимоги, права фактора, зустрічних вимог боржника, захисту прав боржника.

У свою чергу відповідно до ст. 350 ГК України банк має право укласти договір факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги), за яким він передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони за плату, а друга сторона відступає або зобов'язується відступити банку своє право грошової вимоги до третьої особи.

При цьому у ст. 339 ГК України факторинг розглядається як банківська операція, що повною мірою не відповідає сутності цього виду договору. Зазначимо, що до недавнього часу Закон України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III теж відносив факторинг саме до банківських операцій.

Проте беззаперечним залишається факт, що банки уповноважені здійснювати фінансові послуги, а отже, і факторингові послуги, при цьому прерогатива в регулюванні банківської діяльності належить ГК України. Відповідно до ст. 333 ГК України фінансова діяльність суб'єктів господарювання включає грошове та інше фінансове посередництво, страхування, а також допоміжну діяльність у сфері фінансів та страхування. У Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків

фінансових послуг» від 12.07.2001 р. № 2664-III говориться про факторинг саме як фінансову послугу (п. 11 ч. 1 ст. 4).

Таким чином, законодавцем послідовно закріплено позицію щодо віднесення факторингу саме до сфери фінансів.

Правові основи здійснення факторингових операцій закладені також у Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг, яка була ратифікована Україною у 2006 р. Зокрема, відповідно до ст. 2 вищезгаданої Конвенції цей міжнародний документ застосовується щоразу, коли грошові вимоги, відступлені згідно з договором факторингу, випливають з договору купівлі-продажу товарів між постачальником та боржником, які здійснюють господарську діяльність на території різних держав. Отже, Конвенція окреслила сферу здійснення операцій з міжнародного факторингу рамками господарської діяльності, що дозволяє переконливо говорити про факторинг як господарсько-правовий договір.

Таким чином, спостерігається паралельність розвитку договору факторингу у галузі як цивільного, так і господарського права. Разом з тим, вважаємо, що насамперед, слід говорити про договір факторингу як господарсько-правовий, а не цивільно-правовий договір. Тому на разі постає питання про модернізацію Господарського кодексу України у частині максимального врегулювання у ньому інституту факторингу.

Правдиченко А. А.
Економіко-правовий факультет
Донецького національного університету,
старший викладач кафедри цивільного права і процесу

ОКРЕМІ АСПЕКТИ СТРАХУВАННЯ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА

Сфера житлового будівництва є однією з найбільш ризикованих для інвесторів, про що свідчить досить велика кількість будівельних скандалів у нашій країні. Саме тому в літературі непоодинокими є думки про необхідність введення обов'язкового страхування у цій сфері.

Законодавцем вже були зроблені відповідні спроби, коли у Законі України «Про страхування» (далі – ЗУ «Про страхування») встановлювалась обов'язковість страхування відповідальності забудовника перед третіми особами відповідно до Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» (п. 38 ст. 7 в редакції від 19 червня 2003 року), а у самому Законі України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» (далі – ЗУ «Про фінансово-кредитні механізми») передбачалось обов'язкове страхування майнових ризиків, що виникають у процесі функціонування ФФБ. Під такими ризиками законодавець розумів, зокрема, несвоєчасне введення в експлуа-

тацію об'єкта будівництва та/або об'єкта інвестування, невідповідність технічних характеристик об'єкта будівництва та/або об'єкта інвестування, а також обладнання, яке встановлюється на об'єкті інвестування для подальшої передачі у власність довірителя, умовам договору, невиконання, неналежне або несвоєчасне виконання робіт на об'єкті будівництва та/або об'єкті інвестування, передбачених договором про участь у фонді фінансування будівництва тощо (ст.101 в редакції від 18 грудня 2008 року).

Наразі обидві згадані норми виключені, а в законодавстві містяться лише окремі посилання на можливість страхування житлового будівництва без вказівки на його обов'язковість. Так, наприклад, при здійсненні управління ФФБ виду Б, для покриття ризику недостатності залучених коштів на спорудження об'єкта будівництва, управитель може укласти з визначеним ним страховиком договір страхування такого комерційного ризику (ст.11 ЗУ «Про фінансово-кредитні механізми»). Разом із тим, означені норми на практиці не працюють, оскільки ФФБ виду Б взагалі не створюються, а в добровільному порядку сторони не покладають на себе зобов'язання здійснити страхуванні інших ризиків.

На нашу думку у такій складній сфері як житлове будівництво введення обов'язкового страхування є необхідним та дозволить у значній мірі знизити ризики інвесторів – фізичних та юридичних осіб і перерозподілити такі ризики між професійними учасниками цих відносин.

Разом із тим, започаткування такого страхування пов'язане із низкою проблем, вирішення яких повинне передувати введенню такого страхування.

Найрозповсюдженими ризиками у житловому будівництві є несвоєчасне введення об'єкта в експлуатацію чи неможливість його добудувати і ввести в експлуатацію взагалі. Відповідно до законодавства предметом договору страхування можуть бути зокрема майнові інтереси, що не суперечать закону і пов'язані з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі (страхування відповідальності) (ст. 4 ЗУ «Про страхування», ст. 980 ЦК України). Тобто по суті предметом договору страхування в ситуації, що розглядається, буде відповідальність забудовника за невиконання своїх зобов'язань із договору між ним та управителем, а вигодонабувачем виступатиме інвестор, який отримає страхове відшкодування замість вчасно не отриманого, проте профінансованого житла.

У той же час інвестор (довіритель), який повністю проінвестував закріплений за ним об'єкт інвестування, стає власником майнових прав на цей об'єкт інвестування відповідно до договору уступки майнових прав (ст. 12, 13 ЗУ «Про фінансово-кредитні механізми»). Тобто після введення будинку в експлуатацію в інвестора виникає право вимоги щодо оформлення за ним права власності на такий об'єкт. З огляду на це виникає ризик ситуації, коли інвестор спочатку отримає страхове відшкодування за

невиконання забудовником зобов'язань із вчасного зведення та введення об'єкту будівництва в експлуатацію, а після цього будинок буде добудовано, і інвестор матиме змогу претендувати на оформлення за ним права власності. У цьому разі, на нашу думку, буде порушено баланс між інтересами інвесторів та страхових компаній.

З огляду на це вбачається, що необхідною передумовою введення обов'язкового страхування відповідальності забудовника за договором з управителем ФФБ є законодавче встановлення необхідності передання майнових прав на нерухомість, що є об'єктом інвестування, від довірителя до страхової компанії. Таке передання має бути обов'язковою умовою виплати інвестору відповідного страхового відшкодування.

Бойченко Е. Г.
Національний університет «Одеська юридична академія», старший викладач кафедри військової підготовки

ГОСПОДАРСЬКЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ УКРАЇНСЬКИХ ВІЙСЬКОВИХ ФОРМУВАНЬ В XI-XIX СТОЛІТТЯХ

Українське військо княжої доби (XI-XIV ст.) характеризувалося переходом від завойовницького, притаманного слов'янським та варязьким пращурам, до більш організованого та «боронного» (такого, що боронить, захищає) спрямування. Княжа дружина формувалась на добровільних засадах з числа вищої, себто боярської верстви населення. Дружина була найціннішим військом і князі вважали за свій обов'язок дбати про її добробут та вигоди. За таких обставин поняття військового господарства було відсутнім, а основою матеріального забезпечення дружини як організованого військового підрозділу була військова здобич.

Однак, на утримання княжого війська йшли і деякі інші державні доходи. Так, з давніх часів князь вів дружину на «полюддя» – стягати дань з підбитих племен. Пізніше полюддя набуло характеру воєнної повинності, пов'язаної з матеріальним (здебільше у натуральному вигляді) утриманням війська. Коли на Україну приходили чужі війська як воєнна підмога, тоді князі давали їм утримання в городах чи селах. Це називалося розпустити військо «на покорм».

На утримання війська князі деколи призначали, поряд з натуральним, і прямий податок грішми. Перед походом для війська населенням заготовлювався «обоз» – вози з харчами. Крім того, під час походу князь організовував для дружини «лови» – полювання на дикого звіря та птицю. Коли харчів не було в обозі, військо висилалось на «зажиття» – тобто самостійне здобуття поживи. Такі «зажитники» мали обов'язки постачальників харчів та іншого майна, необхідного для забезпечення життєздатності війська (Крип'якевич І.П. Історія українського війська (від княжих часів до 20-х років XX ст.). 1992, с. 16, 17, 50).

Військово-господарський уклад Війська Запорізького складався з двох секторів: січового та індивідуального. В свою чергу січове господарство поділялося на загальносічове та курінне. На цьому рівні переважали ті форми господарської діяльності, які потребували спільних зусиль, артільної роботи. Кошовий отаман керував всіма справами Війська Запорізького і піклувався не тільки про те, щоб Військо було зодягнене й озброєне, а й про те, щоб у Січі було досить всякого припасу. Про те, чим годувати та як забезпечувати військове товариство, повинні були дбати курінні отамани. Щоб заправляти січовим господарством, у поміч кошовому отаманові обирався скарбник. Курінним же господарством керували курінний отаман та кухар (Кащенко А. Ф. Оповідання про славне військо запорозьке низове. 1992. – Режим доступу: http://kaschenko.uaweb.org/opovidannia/r01a.html).

Землею володіла Січ, вона належала всім і кожному козаку, причисленому до війська. Це була колективна власність. Кошти і всякі припаси Військо Запорізьке добувало собі здебільшого на своїх вольностях (земельних територіях). Кожен курінь, як цілком самостійна економічна одиниця, мав своє майно і доходи з рибних ловів, пасовиськ, сіножатей, якими Кіш, як центральний запорозький уряд, не розпоряджався. Щорічно всі вольності розподілялися між куренями жеребкуванням.

Головною здобиччю на вольностях була риба та звірині шкури. Рибу солили і, лишивши з неї стільки, скільки всякому кореню треба було до другої весни, решту одвозили продавати на Україну, а на добуті за рибу гроші купували по городах борошно, пшоно, сукна, порох та оливо. Шкури та хутро теж везлися на Україну, а звідтіля у Польщу й німецькі землі, гроші ж так само поверталися на курінне господарство. Але ж курінні козаки – «товариство» – не мали ніякої власності, крім виплати за службу, грошей, зароблених промислом чи здобутих шаблею. При цьому Січове господарство мало здобутки здебільшого з військової здобичі.

Однією з основних галузей господарства козаків були промисли. Серед найвпливовіших було рибальство та мисливство. займалися козаки також скотарством, випасали коней, овець, велику рогату худобу. Поширеним був медовий промисел – бортництво і бджільництво. На хутро козаки добували вовків, лисиць, куниць, зайців. Землеробство в господарстві запорожців (XV – першої половини XVII ст.) відігравало другорядну роль. Через природні умови та загрозу татарських набігів воно було нерентабельним.

Крім вищезазначених видів господарської діяльності, якими займалися курінні товариства, Кіш, як центральний орган запорізької військової влади також переймався отриманням доходів на забезпечення війська. Зокрема, утримував загальновійськові табуни коней, череди худоби, отари овець і торгував ними з сусідами: Польщею, Росією, Великим князівством Литовським та іншими.

Поряд із суспільними (січовими і курінними) на Січових землях існували і приватні рибні промисли, млини, вантажні човни тощо, якими

займались сімейні козаки. Виділившись з громадського курінного господарства, вони заводили власний хутір (зимівник). Кожен козак-зимівчанин мусив мати рушницю, списа та «прочую козачью збрую», а також неодмінно з'являтися у Січ для «взятья на козацтво войсковых приказов». Крім військової служби їх викликали для сторожі, охорони кордонів, а також для лагодження куренів у Січі, спорудження артилерійських або інших будівель та ін. (Історичне краєзнавство. Бібліотека Українських підручників. 2008. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/10611207/kulturologiya/gospodarstvo_zaporozkoyi_sichi)

Під час походів декілька куренів об'єднувались в полки. Інтендантурою в полках завідували комісари. Вони, разом із помічниками – комісарськими десятниками, організовували доставку харчів, дбали про квартирування війська. На відпочинок чи випас коней військо ставало там, де була вода і пасовище. Козацькі кухарі приготовляли їжу для своїх підрозділів. При тривалому постої улаштовувались польові намети (козацьке шатро). У війську козацькому існували лікарі та цирульники, але не на постійному утриманні. Похідних шпиталів не було; пораненими опікувались тільки люди доброї волі або духовенство.

З часом значення джерел доходів змінювалося. Військова здобич втрачає свою колишню роль. Тривалий приплив дорогоцінних металів і коштовностей так і не збагатив Січ, бо імпорт на Запоріжжі завжди переважав експорт. Запорізька Січ завжди залишалась економічною структурою, яка значною мірою самозабезпечувалась продукцією власних промислів й господарювання на власній території. При відсутності приватної власності на землю на Запорожжі не заборонялась і не обмежувалась рухома приватна власність (гроші, речі, худоба, човни). Обидві форми власності – колективно-військова та індивідуально-приватна не протистояли одна одній, а співіснували, консолідовано виконуючи найважливішу роль фінансово-економічного забезпечення функціонування Війська Запорізького. При цьому основним способом правового регулювання життєдіяльності суспільства, в тому числі економічного забезпечення військової діяльності, залишався звичай.

Пенчева Г. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри господарського права і процесу

ДЕЯКІ ЕКОНОМІКО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ КОМЕРЦІЙНИХ ОБ'ЄКТІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ

Перехід на ринкові умови господарювання потребує принципово нового осмислення численних процесів, що виникають у самій суб'єктно-об'єктній побудові економічних відносин, ядром яких виступає державна власність. У зв'язку з цим на перший план у господарсько-правовому регу-

люванні виходять питання юридичного опосередкування та кваліфікації комерційного використання державного майна.

Відсутність чіткого та зрозумілого підходу до використання понять «державне майно», «об'єкти державної власності» у законодавчих актах, об'єктивних критеріїв можливості/неможливості комерційного використання різних об'єктів державної власності, породжує неконтрольоване використання такого майна як суб'єктами господарювання, так і органами державної влади.

Загальний перелік видів об'єктів прав встановлений у ст. 177 ЦК України (Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003р. № 435-IV // ВВР. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356). У ст. 3 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» (далі – Закон) наведено перелік об'єктів управління державної власності (Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21.09.2006 № 185-V //ВВР . – 2006. – N 46. – Ст.456.), а ст. 141 ГК України встановлено перелік державного майна у сфері господарювання, тобто майна, що може використовуватись з метою здійснення необхідної господарської діяльності (Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436– IV // ВВР. – 2003. – № 18, № 19-22. – Ст. 144.).

Аналіз цих положень вказує на охоплення категорією «об'єкти управління державної власності» як виробничих об'єктів (майно, яке передане казенним та державним комерційним підприємствам, установам та організаціям – абз. 2,3 ч. 1 ст. 3 Закону), так і об'єктів, які можуть бути використані за межами виробничого циклу, але з отриманням доходу (державне майно, передане в оренду, лізинг, концесію – абз. 7 ч. 1 ст. 3 Закону). Так, наприклад, п. 16-1 ст. 6 Закону уповноваженим органам управління (міністерствам та іншим органам виконавчої влади, які згідно з ч. 1 ст. 8 ГК України не є суб'єктами господарювання) надане повноваження передавати на договірних засадах державне майно, яке не увійшло до статутних капіталів господарських товариств та яке не підлягає приватизації, іншим суб'єктам господарювання у разі ліквідації балансоутримувача цього майна або його відсутності. Таке законодавче врегулювання дозволяє виділити комерційне використання об'єктів державної власності як господарюючими суб'єктами, так і органами державної влади в порядку реалізації ними організаційно-господарських повноважень з управління державним майном.

Законодавчі вимоги стосовно використання об'єктів державної власності згідно з їх цільовим призначенням та визначеною метою породжує необхідність розрізняти правовий режим окремих видів майна за їх юридичними або економічними ознаками (властивостями). Так, за юридичними властивостями виділяють цільове або нецільове використання об'єктів державної власності. Але правозастосовна практика дозволяє розширити традиційний зміст цільового використання комерційних об'єктів держав-

ної власності, виділивши в його рамках використання: 1) комерційних об'єктів з комерційною метою та 2) комерційних об'єктів з некомерційною метою. Тобто, один і той же об'єкт права, наприклад, будівля (споруда), за різних господарських умов може бути використаний у виробничій діяльності з метою отримання прибутку або наданий для некомерційного розміщення апарату Адміністрації Президента України (відповідно до абз. 5 ч. 1 ст. 3 Закону – державне майно, що забезпечує діяльність Президента України, Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України) і, відповідно, виступати у якості багатоцільового об'єкта.

Але, як уявляється, вибір виду використання комерційних об'єктів не може бути довільним і необґрунтованим – він має залежати від об'єктивних причин (недоцільності подальшої господарської експлуатації об'єкта у зв'язку із зменшенням ступеня його господарської придатності, наприклад), інше ж може створювати перешкоди для стабільності виробничого процесу.

При встановленні порядку обрання того або іншого виду використання багатоцільового комерційного об'єкта доцільно керуватися позицією А.В. Венедиктова, який пропонував розрізняти «актуальний» та «потенційний» характер товарної власності держави. І дійсно, перехід окремих об'єктів зі статутного капіталу одного підприємства до іншого або до державного органу, яке відбувається як на підставі товарно-грошових правочинів, так і в порядку планового позаобігового перерозподілу державного майна між державними органами та організаціями, може відбуватись лише у випадку набуття товарною формою власності «актуального» характеру – тобто з моменту включення таких об'єктів до товарного (цивільного) обігу. А в момент виконання цими об'єктами їх прямої виробничої ролі товарна форма власності на ці об'єкти має лише «потенційний» характер, що передбачає їх виключення з товарного обігу. (Венедиктов А. В. Правовая природа государственных предприятий. Л., 1928. – С. 144-145).

Крім того, при цільовому комерційному використанні важливо встановити функціональну тотожність об'єкта державної власності в юридичному та економічному смислі. Визначення конкретного явища/речі в юридичному смислі означає відмежувати цей об'єкт в його природному стані від об'єктів в їх правовому значенні, і, відповідно, законодавчо закріпити межі та форми його використання. Економічне ж значення будь-якого об'єкта права обумовлене його здатністю задовольняти потреби суб'єктів – носіїв відповідного права. Якщо ж будь-який феномен зовнішнього світу втрачає таку якість, то він, не перестаючи бути об'єктом дійсності, втрачає можливість бути використаним в економічному смислі. Наприклад, причал у морському порту, навіть у разі підтоплення і неможливості використання за призначенням, продовжує існувати у якості об'єкта права власності відповідно до Реєстру гідротехнічних споруд.

Зважаючи на поширення практики комерційного використання державного майна господарюючими та негосподарюючими суб'єктами без узгодження юридичних та економічних аспектів таких господарських операцій, потребують не лише теоретичного дослідження, а й адекватного (належного) правового забезпечення питання визначення суб'єктів комерційного використання, форм та меж його здійснення, критеріїв та ознак об'єктів державної власності, що можуть бути залучені до цих правовідносин.

Петров В. С.

Національний університет «Одеська юридична академія»,
асистент кафедри господарського права і процесу,
заступник голови господарського суду Одеської області

ВСТАНОВЛЕННЯ ТА ЗМІНА СПОСОБУ І ПОРЯДКУ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДУ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

Однією з болючих проблем сучасного господарського процесуального права, що впливає на ефективність захисту порушених прав та інтересів суб'єктів господарювання, є належне виконання рішень господарських та інших судів в Україні. Для відповідного виконання особливо важливим є спосіб та порядок виконання рішення суду, адже за відсутності ясності у способі та порядку виконання будь-яке, навіть саме справедливе рішення є по суті мертвим та таким, що не може бути реалізованим.

На жаль, судовому контролю за способом та порядок виконання рішень господарського суду не приділяється належної уваги у юридичній літературі. Це відбувається не лише у зв'язку із тим, що стадія виконання виведена за межі судової гілки влади, що, до речі, не повністю відповідає зарубіжному досвіду, але й тому, що деякі вчені загалом стадію виконання рішень судів не відносять до процесуальної галузі. Така обмежена увага до правовідносин, що забезпечують виконання рішень судів, зокрема господарських, не відповідає їх значенню для господарського процесу. Це виступає одним із чинників негативного стану правової системи із невиконанням рішень судів.

Звичайно, повернення до дієвих механізмів судового контролю за виконанням рішень судів є справа найближчого майбутнього. Хоча, є перші кроки на цьому шляху, хоча й у адміністративній, а не господарській юстиції. Так, нещодавно Вищий адміністративний суд України інформаційним листом від 9.01.2013 р. № 28/12/13-13 на підставі п. 4 ч. 1 ст. 32 Закону «Про судоустрій і статус суддів» роз'яснив головам апеляційних судів окремі аспекти застосування ч. 1 ст. 267 Кодексу про адміністративне судочинство України, відповідно до якої суд після ухвалення судового рішення у справі має право зобов'язати суб'єкта владних повноважень, не

на користь якого ухвалене судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про його виконання. Тобто контроль за виконанням судового рішення може здійснюватися судом першої інстанції шляхом зобов'язання надати відповідний звіт. У разі його неподання суд має встановити новий термін для направлення такого звіту та накласти штраф. Як, видається, це досвід адміністративної юстиції має бути запроваджений й на сфері господарського судочинства. Тим паче. що Рада Європи закликала уряд країни «збільшити тиск і прийняти більш жорсткі заходи в разі зволікань і постійних недотримань постанов суду» (Кондратьєва О. Виконання судових рішень: нові закони та проблеми //Юридичний вісник України № 5, 2-8 лютого 2013 режим доступу: http://smi.liga.net/articles/2013-02-04/8197698-vikonannya_sudovikh_r_shen _nov_zakoni_ta_problemi.htm).

Але й за існуючого стану господарського процесу ще не вичерпані усі інші можливості для вдосконалення, зокрема, шляхом відповідних тлумачень з боку Вищого господарського суду України щодо підвищення якості роботи судів із встановлення та зміни способів та порядку виконання рішень господарських судів.

Найперше, варто розмежовувати спосіб та порядок виконання рішення суду, а також встановити відношення цих категорій до процесуальної діяльності господарського суду.

Поняття способу виконання рішення суду у чинному законодавстві не наводиться. Спосіб виконання багато у чому слід співвіднести із способами захисту порушених прав та інтересів, про які йдеться у ст. 16 ЦК та ст. 20 ГК. Але способи виконання рішення суду цим не обмежуються, адже для окремих способів захисту (наприклад, відновлення порушеного права) може бути притаманне кілька співставних способів виконання.

Те саме стосується й порядку виконання рішення суду. Прогалина щодо легального визначення цього поняття та відсутність прямих норм, що вимагають зазначати відповідні данні у судовому рішенні, відображається на дієвості рішень господарських судів. Разом із тим, порядок виконання рішення суду – це процедурна ланка способу виконання, що передбачає, строки, черговість, місце та інші елементи виконання рішення суду.

Проблеми встановлення та зміна способу і порядку виконання рішення господарського суду підлягають дослідженню також з погляду стадій господарського процесу. Адже встановлення способу виконання господарського суду можливе та бажане на стадії прийняття рішення господарським судом, але не виключається вирішення відповідних питань на інших стадіях господарського процесу.

Наприклад, виникає запитання про можливість встановлення способу виконання судового рішення на стадії постановлення додаткового судового рішення. На жаль, положення ст. 88 ГПК України, на відміну, наприклад від ст. 168 КАСУ, не передбачає такої підстави для ухвалення додаткового рішення як «суд, вирішивши питання про право, не визначив

способу виконання судового рішення». Це може бути зроблено лише за аналогією процесу, що є вельми проблематичним у зв'язку із загальною недооцінкою у судовому середовищі такого способу подолання прогалини, якою є застосування процесуальної аналогії.

Разом із тим, не можна виключити випадок, коли встановлення способу виконання рішення господарського суду відбувається на стадії роз'яснення рішення господарського суду. Адже згідно з ст. 89 ГПК суддя за заявою сторони чи державного виконавця роз'яснює рішення, ухвалу, не змінюючи при цьому їх змісту, а також за заявою сторони або за своєю ініціативою виправляє допущені в рішенні, ухвалі описки чи арифметичні помилки, не зачіпаючи суті рішення. Недоліком підходу про встановлення способу чи порядку виконання рішення на стадії роз'яснення рішення господарського суду можна вважати загальну суперечність меті відповідної діяльності – роз'яснювати можна лише те, що існує, а у випадку, коли спосіб виконання чи порядок виконання рішення господарського суду не встановлено, то і роз'яснювати нема чого.

Детальний процесуальний порядок передбачений для встановлення та зміни способу і порядку виконання рішення суду на стадії його виконання, алей ці відносини, потребують вдосконалення з огляду на необхідність забезпечення оперативності та ефективності відповідних процедур, що є темою окремого дослідження.

Гофман О. Р.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри господарського права і процесу

ДО ПИТАННЯ ДЕТАЛІЗАЦІЇ ОБ'ЄКТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ГАРАНТІЇ В УКРАЇНІ

Дослідження правової природи державної гарантії як засобу забезпечення виконання зобов'язань у сфері господарювання, що проведено автором шляхом аналізу поняття, ознак, функцій і окремих норм законодавства України спрямовані на регламентацію даного засобу забезпечення, а також з урахуванням характерного йому методу правового регулювання і його спрямованості на задоволення як приватних так і публічних інтересів, дали змогу обґрунтувати господарсько-правову та зобов'язальну природу даного інституту. Зміст якого складають відповідні гарантійні зобов'язання – зобов'язання гаранта повністю або частково виконати боргові зобов'язання суб'єкта господарювання – резидента України перед кредитором у разі невиконання таким суб'єктом його зобов'язань за кредитом (позикою), залученим під державну гарантію; (п.15^1 ч.1 ст.2 Бюджетний кодекс України: Закон України від 08.07.2010 // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50, / № 50-51 /. – Ст. 572).

Про те, як вказує аналіз вітчизняної літератури та діючого законодавства, а також нормативно-правовий досвід окремих держав СНД, саме об'єкт гарантійних зобов'язань держави не визначений належним чином та потребує деталізації. Така ситуація негативно впливає на практичне значення цього інструменту забезпечення господарських зобов'язань та виключає цілу низку потенційних можливостей його застосування, в тому числі з метою стимулювання залучення іноземних інвестицій (відносно дешевого кредитного ресурсу) на реалізацію стратегічно важливих для держави і бізнесу проектів. Оскільки чіткість позиції законодавця, у цьому питанні, вбачається є показником прозорості всього механізму державного гарантування в Україні.

Так на сьогодні, відповідно до нормативного підходу України щодо визначення об'єкту державного гарантування (гарантованого зобов'язання), в його якості можуть виступати лише кредитні (позикові) грошові зобов'язання (Результат аналізу: п.15^1 ч.1 ст.2 та ст.17 Бюджетного кодексу України: Закон України від 08.07.2010 // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50, / № 50-51 /. – Ст. 572). В свою чергу законодавець чітко не деталізує момент обов'язкового реального існування відповідного гарантованого зобов'язання на момент його забезпечення. Натомість аналіз ст. 17 БК України в цілому доводить, що об'єктом державного гарантування можуть бути тільки реально існуючі «залучені» на момент забезпечення кредитні (позикові) грошові зобов'язання.

З метою вирішення поставленої проблеми цікавим і доцільним з погляду запозичення є досвід Російської Федерації (далі – РФ), за законодавством якої передбачена можливість забезпечення державною гарантією як вже існуючих зобов'язань, так і зобов'язань, які виникнуть в майбутньому (ст.115 Бюджетный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон Российской Федерации от 31.07.1998 N 145-ФЗ (в ред. от 30.11.2011)// Собрание законодательства РФ. -1998. – N 31. – Ст. 3823).

Саме такий підхід вбачається доцільним в рамках деталізації об'єкту державного гарантування. В тому числі з позицій підвищення рівня інвестиційної привабливості окремих стратегічних проектів, оскільки можливість отримання реальних державних гарантій до моменту виникнення гарантованого зобов'язання і як наслідок прав та обов'язків сторін за ним, зменшує ризики невиконання гарантованого зобов'язання і практично виключає ризик ненадання державної гарантії на його забезпечення.

В рамках запозичення окресленого підходу, позитивної оцінки та імплементації до національного законодавства також потребує підхід законодавця РФ та Республіки Казахстан, за яким початок перебігу строку дії державної гарантії може визначатись календарною датою чи настанням події (умови), яка може відбутись в майбутньому (Див.: ст.220 Бюджетный кодекс Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года N 95-IV// «Казахстанская правда» от 5 декабря 2008 года. – 2008. – N 265-266 (25712-25713; ст. 115 БК РФ).

Так окремої уваги та позитивної оцінки з погляду запозичення, в рамках деталізації об'єкту державного гарантування, потребує передбачена законодавством РФ можливість надання державної гарантії в забезпечення зобов'язань, по яких неможливо встановити особу кредитора у момент надання гарантії або кредиторів – якими є невизначене коло осіб. За таких умов, з позицій російського законодавства, договір про надання державної гарантії, як не дивно укладається з зобов'язаною стороною, що і є одержувачем (тримачем) такої гарантії. При цьому саме вона, якщо це передбачено договором про надання гарантії і самою гарантією, може вимагати виконання гарантійного зобов'язання від гаранта, у встановленому порядку пред'явлення вимог такого роду. А відповідною гарантією можуть бути встановлені порядок і термін прийняття кредитором (кредиторами) за гарантованим зобов'язанням самої гарантії. При цьому ставиться наголос на тому, що термін, встановлений для відповіді вказаних кредиторів про прийняття гарантії, включається в строк її дії. За умови не вчинення такими кредиторами, на протязі даного строку, необхідних дій які б свідчили про прийняття гарантії, така державна гарантія вважається ненаданою і підлягає поверненню гарантові (ст. 115.1 Бюджетный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон Российской Федерации от 31.07.1998 N 145-ФЗ (в ред. от 30.11.2011)// Собрание законодательства РФ. -1998. – N 31. – Ст. 3823).

Як вбачається запровадження такого роду досвіду в рамках деталізації об'єкту державного гарантування також матиме позитивний характер, оскільки саме такий підхід дозволить залучити до процесу інвестування важливих проектів та суб'єктів, що їх реалізують на умовах державного гарантування виконання відповідних зобов'язань – одночасно декілька (цілу масу) власників незначних капіталів (тимчасово вільних коштів). Що безумовно матиме позитивне значення для розвитку економіки України.

Таким чином підсумовуючи викладене вище варто зазначити, що підхід вітчизняного законодавця щодо визначення об'єкту державного гарантування, з метою підвищення його практичного значення для розвитку України, дійсно потребує деталізації з урахуванням підходів окремих держав СНД, щодо цього.

Загідулін Р. І.

Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри господарського права і процесу

ЮРИДИЧНА СИЛА РІШЕННЯ ЕВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: ГОСПОДАРСЬКО– ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Вступивши в силу 3 вересня 1953 р. Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) виступила особливим механізмом захисту прав суб'єктів господарювання.

В першу чергу даний механізм включав в себе три органи, які повинні були нести відповідальність за забезпечення зобов'язань, прийнятих на себе державами – учасницями Конвенції: Європейська комісія по правам людини, Європейський Суд з прав людини та Комітет міністрів Ради Європи.

З 1 листопада 1998р., зі вступом в силу Протокола № 1, перші два органи були замінені єдиним, постійно діючим Європейським Судом з прав людини. Його знаходження – Палац прав людини в Страсбурзі (Франція), де знаходиться також й сама Рада Європи. Україна приєдналась до Конвенції у 1997 р. та з Конвенцією визнала повноваження Європейського Суду з прав людини, згідно Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» (Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції від 17.07.1997 № 475/97-ВР Електронний ресурс: Режим доступу:// http:// zakon3.rada.gov.ua/laws/show/475/97-вр).

Згідно з Конституцією України міжнародно-правові акти приймаються з урахуванням ст. 3, 5, 8 , 9 та умов при яких ці міжнародні акти можуть бути ратифіковані, а саме:

1. Міжнародний акт не повинен порушувати права людини, посягати на життя, її здоров'я, честь та гідність, недоторканність і безпеку людини, оскільки людина в державі визнається найвищою соціальною цінністю (ст. 3).

2. Міжнародний акт не повинен змінювати конституційний лад в Україні, який належить виключно народові і не може бути узурпований державою, її органами або посадовими особами (ч.2 ст. 5).

3. Міжнародний акт повинен буди прийнятий на основі Конституції України і повинен відповідати їй. Конституція України має найвищу юридичну силу.

В Україні визнається і діє принцип верховенства права (ст. 8).

4. Міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України (ст. 9) (Конституція України від 28.06.1996 р. ост. ред. 12.04.2012р. Електронний ресурс: Режим доступу:// http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр).

5. У ч. 1 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 15.03.2011, № 3477-IV зазначено, що Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду, як джерело права, що є обов'язковим для виконання (Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Євро-

пейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV Електронний ресурс: Режим доступу: http: // zakon4. rada. gov.ua/laws/show/3477-iv)

За невиконання судового рішення передбачена кримінальна відповідальність, так згідно ч.4 ст. 382 КК України: «…Умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини – карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років…» (Кримінальний кодекс України від 05.04.2001р. ост. ред. від 05.12.2012р. Електронний ресурс: Режим доступу: http://zakon2. rada.gov.ua/laws/show/2341-14)

До Європейського Суду з прав людини сьогодні можуть подаватися скарги як від фізичних так і від юридичних осіб, достатньо важливою умовою для того щоб подати скаргу до Європейського Суду є застосування усіх внутрішньодержавних правових заходів, у тому числі судових інстанцій які винесли кінцевий вердикт, який вступив в закону силу та склалася ситуація, яка унеможливлює продовження захисту прав людини.

На сьогоднішній день найбільше число скарг, що подаються до Європейського Суду з прав людини, є порушення ст. 6 Конвенції яка гарантує кожному право на справедливий та публічний розгляд його справи у розумні строки незалежним та неупередженим судом (Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. Електронний ресурс: Режим доступу: // http:// zakon4.rada. gov.ua /laws/show/995_004).

На наш погляд є позитивні та негативні наслідки ратифікації Конвенції, насамперед, позитивними наслідками є те, що це орган який є достатньо вагомим у судовій системі України та рішення якого є обов'язковими для державних органів України, рішення Європейського Суду це шанс домогтись справедливого рішення коли вже немає надії на об'єктивність та неупередженість. Судді Європейського Суду в повній мірі не залежать жодним чином від державних органів влади та національної судової системи України. Негативними наслідками на наш погляд є введення в національну систему України низки актів (судових рішень по справам) Європейського Суду, які базуються на судовій практиці та прецедентному праві англосаксонської системи. Також, звернення до Європейського суду з прав людини є результатом необ'єктивності та неупередженності прийняття рішень господарськими судами всіх інстанцій, саме де й повинні розглядатися спори по суті. Статистика Європейського Суду підтверджує , що звернення з боку українських громадян та юридичних осіб з питань порушення господарського та адміністративного законодавства росте в геометричній прогресії з кожним роком. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006р. рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції, однак в практиці склала-

ся ситуація, що українські суди тлумачать рішення Європейського суду з прав людини по-різному, це стосується рішення Європейського суду з прав людини від 24.06.2003 року «Стретч проти Об'єднаного Королівства Великобританії і Північної Ірландії» (Stretch v. United Kingdom, 44277/98). Деякі суди відмовляються керуватися рішеннями Європейського суду – в 2012 р. Волинський апеляційний суд. Проте є й позитиви, в 2012р. Миколаївський окружний адміністративний суд виніс рішення керуючись рішеннями Європейського суду з прав людини «Булвес» АД проти Болгарії, «Бізнес Супорт Центр» проти Болгарії», «Інтерсплав» проти України»). Ще одною із проблем є забезпечення суддів опублікованим перекладом повних текстів рішень. Згідно статті 18 Закону суди мають використовувати офіційний переклад рішення Суду, що надрукований у офіційному виданні, або, за відсутності перекладу, оригінальним текстом. Виконання вказаної функції покладається на державний орган, відповідальний за організаційно-матеріальне забезпечення судів. Станом на сьогодні немає інформації про стан забезпечення судів, як і інших правників, офіційними перекладами рішень Суду.

Таким чином, рішення Європейського суду з прав людини маю важливе значення в процесі становлення України як правової, соціальної, демократичної держави. Потрібно зазначити, що заходи виконання рішень Європейського суду з прав людини розроблені проте невідпрацьовані на практиці. Однак незважаючи на це вони є обов'язковим і у кожному випадку повинні виконуватися у якомога коротші строки.

Коліна А. О.
Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри господарського права і процесу

ЩОДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ

Судова практика свідчить про те, що сторони часто зловживають своїми процесуальними правами. Наприклад, в Інформаційному листі Вищого господарського суду України від 15.03.2010 № 01-08/140 «Про деякі питання запобігання зловживанню процесуальними правами у господарському судочинстві» кваліфікуються загалом як зловживання процесуальними правами, такі дії сторін, як «заявлення численних необґрунтованих відводів суддям господарських судів, нез'явлення представників учасників судового процесу в судові засідання без поважних причин та без повідомлення причин, подання необґрунтованих клопотань про вчинення судом процесуальних дій, подання зустрічних позовів без дотримання вимог Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК), одночасного оскарження судових рішень в апеляційному і в касаційному

порядку, подання апеляційних та касаційних скарг на судові акти, які не можуть бути оскаржені, тощо». При цьому за наслідками таких дій господарським судам пропонується вживати різноманітні заходи примусу, що мають ознаки господарсько-процесуальної відповідальності, у тому числі: «продовжити розгляд справи, в якій заявлено відвід, у тому ж засіданні», «притягти позивача до відповідальності, встановленої пунктом 5 статті 83 ГПК, або залишити позов без розгляду (пункт 5 статті 81 ГПК), або вжити обох цих заходів одночасно», «відкласти розгляд справи (стаття 77 ГПК), вжити заходів, передбачених пунктом 5 статті 83 ГПК», застосувати «покладення на особу, що припустилася зловживання, державного мита (сьогодні це стосується судового збору – авт.) незалежно від результатів вирішення спору (частина друга статті 49 ГПК)»; застосувати «стягнення штрафу з винної сторони в доход Державного бюджету України (пункт 5 статті 83 ГПК)»; «залишити відповідне клопотання (заяву, скаргу) без розгляду»; в прийнятті ухвал «відмовляти, не надсилаючи матеріали справ до судів вищих інстанцій», а також «у будь-яких випадках зловживання процесуальними правами господарським судам належить реагувати на відповідні порушення у спосіб, передбачений статтею 90 ГПК, – шляхом винесення окремих ухвал, а за наявності підстав також і надіслання повідомлень органам внутрішніх справ чи прокуратури.

Не обговорюючи загалом проблему ознак заходів процесуальної відповідальності у даному разі, варто звернути увагу на те, що зловживання процесуальними правами не можна ототожнювати із правопорушенням.

Зловживання процесуальними правами хоча б тому не можна розглядати правопорушенням, що правопорушення за природою завжди пов'язане із порушенням права, а не зловживання ним. Не випадково, Є.В. Васьковський у дореволюційній літературі визначав зловживання процесуальним правом як «неприпустиме здійснення права, що спрямоване проти правильного, своєчасного розгляду і вирішення справи або веде до вкрай несправедливих результатів для протилежної сторони» (Васьковский Е. В. Курс гражданского процесса / Е. В. Васьковский. – М. : Изд. Башмаковы, 1915. – Т. 1. – с. 677). Ці думки досить продуктивно розвинуті у сучасних дослідженнях. Зокрема, О. С. Фонова досить ємко, хоча й не формулюючи певне визначення, характеризує зловживання процесуальними правами як користування процесуальними правами «не за призначенням» (Фонова О. С. Зловживання процесуальними правами учасниками господарського процесу // Соц. – ек.проблеми сучас.періоду України, 2008, Вип. 6 (74) – С. 188-199). «Особа, – зазначає О. М. Єрмаков, – може прямо не порушувати вимоги закону, але діяти не відповідно до його мети і заподіяти визначена шкода правам і законним інтересам інших осіб» (Ермаков А. Н. Арбитражное процессуальное правонарушение / А. Н. Ермаков// Вестник Саратовской государственной академии права. – 2002. – № 3. – с. 124).

При встановленні кваліфікаційних ознак такого правового явища, як зловживання процесуальними правами необхідно враховувати, що не завжди можливо виокремити зловживання правами від намагання стороною реалізувати усі надані їй законом можливості для процесуальної реалізації матеріального права. Ототожнення зловживання процесуальними правами із правопорушенням може призвести до суб'єктивного обмеження тактики та стратегії захисту порушених прав та інтересів. А тому для визначення обсягу поняття зловживання правом не можна підходити спрощено, ототожнюючи його із порушенням процесуального обов'язку.

У контексті вищезазначених рекомендацій Вищого господарського суду України це означає, що не можна порушення процесуальних обов'язків, які не мають виходу на рівень здійснення певного процесуального права, розглядати поряд із зловживанням процесуальними правами. Наприклад, неявка сторони у судове засідання не може бути визначене як зловживання процесуальними правами, адже ГПК України не встановлює обов'язок з'явитися представнику сторони у судове засідання, це його право, реалізація або не реалізація якого не може шкодити розгляду справи на підставі наявних у справі документів. Зловживання процесуальним правом взагалі може мати форму лише діяльності, активних дій щодо здійснення права, хоча й не за призначенням. Тому що інакше будь-яке право ставало б обов'язком, а зловживання процесуальним правом можна було б угледіти у відсутності запитань до сторони, неподанні зауважень на протокол судового засідання та інші повноваження сторін, що було б абсурдним. Але у випадку, коли явка сторони, або його представника визнається судом обов'язковим – у цьому разі неявка означає порушення процесуального обов'язку, що є правопорушенням, а не зловживанням процесуальним правом, тягне процесуальну відповідальність, а не будь-які інші заходи примусу.

Таким чином, зловживання господарським процесуальним правом може бути визнано правопорушенням у випадку активних дій учасника процесу, коли процесуальні права здійснюються ним не за призначенням, призводять до порушення прав інших осіб та мають на меті перешкодити належному здійсненню господарського судочинства.

Войнарівський М. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри господарського права і процесу, суддя

ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИХ ГАРАНТІЙ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ САНКЦІЙ ОРГАНАМИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ

Спори про скасування актів (рішень) органів Антимонопольного комітету України (далі за текстом – АМКУ) щодо неправомірного застосування адміністративно-господарських санкцій (далі за текстом – АГС)

є єдиною категорією спорів, пов'язаною з оскарженням актів про застосування АГС, що підвідомчі господарським судам України. Доцільно зупинитись на деяких моментах, які негативним чином відображаються на захисті прав суб'єктів господарювання, та запропонувати вдосконалення законодавства.

По-перше, згідно з ч. 1 ст. 60 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» двомісячний строк, у який може бути оскаржено рішення органів АМКУ, що обчислюється з дня одержання відповідного рішення, не може бути відновлено. Це обмежує права суб'єктів господарювання, адже подекуди позовна заява за поважних причин не може бути подана протягом двомісячного строку (наприклад, у разі тяжкої хвороби керівника юридичної особи, знаходження його у відрядженні, неможливості скликати загальні збори учасників для надання повноважень для подання позовної заяви тощо). Тому з метою забезпечення прав суб'єктів господарювання при оскарженні рішень органів АМКУ щодо накладення АГС варто у ч.1 ст. 60 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» речення «Цей строк не може бути відновлено» замінити на «Цей строк може бути відновлено судом, у разі якщо його пропущено з поважних причин, при оскарженні рішення органів Антимонопольного комітету щодо застосування адміністративно-господарських санкцій до суб'єктів господарювання».

По-друге, у ч.2 ст. 57 ГПК зазначено, що «до заяви про визнання акта недійсним додається також копія оспорюваного акта або засвідчений витяг з нього». Непоодинокою є практика господарських судів щодо повернення позовної заяви на підставі п.3 ч.1 ст. 63 ГПК у зв'язку із недотриманням особою, що подає позовну заяву, вимог ст. 57 ГПК щодо додання до позовної заяви відповідних документів. Так, наприклад, Господарським судом міста Київа ухвалою по справі № 05-5– 40/14711 від 16 грудня 2010 року було повернуто позовну заяву на підставі п.3 ч.1 ст. 63 ГПК, у зв'язку з тим, що «заявником до позовної заяви не було додано копії або засвідченого витягу з розпорядження голови Шевченківської районної у м. Києві ради № 88 від 30.09.10» (Ухвала Господарського суду м. Києва по справі № 05-5– 40/14711 від 16 грудня 2010 року // [Електроний ресурс]. Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/12984918). Подібним чином, Ухвалою Господарського суду Київської області по справі № 02-03/715/16 від 20 червня 2011 року було повернуто позовну заяву за позовом про визнання рішень загальних зборів недійсними із посиланням на ч.2 ст. 57 ГПК й зауваженням, що «до позовної заяви не додано копій оскаржуваних актів» (Ухвала Господарського суду Київської області по справі № 02-03/715/16 від 20 червня 2011 року// [Електроний ресурс]. Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/16518892). Така практика є хибною, адже, як справедливо зазначено у п. 3.3 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 18 від 26.12.2011 року, суд не вправі повернути позовну заяву на підставі пункту 3 частини першої

статті 63 ГПК з мотиву неподання документів, що є доказами, або подання не засвідчених належним чином копій документів, оскільки позивач може їх подавати до закінчення розгляду справи (Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 18 від 26 грудня 2011 р. // Вісник господарського судочинства. – 2012 р. – № 1. – Ст. 27).

На практиці копія акту, що оскаржується, не завжди може бути надана при поданні позовної заяви. Треба зауважити, що з урахуванням положень ст. 36 ГПК, у якій зазначено, що письмові докази подаються в оригіналі або в належним чином засвідченій копії, копія відповідного акту, що оскаржується, як і витяг з цього акту, повинна бути засвідчена належним чином.

У ч.1 ст. 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачено, що у разі якщо вручити рішення немає можливості, зокрема, внаслідок відсутності фізичної особи за місцем реєстрації; відсутності посадових осіб чи уповноважених представників суб'єкта господарювання, органу адміністративно-господарського управління та контролю за відповідною юридичною адресою, рішення органів АМКУ вважається таким, що вручене відповідачу, через десять днів з дня оприлюднення інформації про прийняте рішення в офіційному друкованому органі. У випадку ознайомлення суб'єктом господарювання з прийнятим щодо нього рішенням щодо застосування АГС в офіційному друкованому органі, суб'єкт господарювання взагалі не отримує завірену належним чином копію рішення органу АМКУ. В такому випадку, з метою дотримання ч.2 ст. 57 ГПК суб'єкт господарювання повинен звертатись з заявою до відповідного органу АМКУ, чекати на відповідь та належним чином засвідчену копію відповідного рішення і вже після отримання відповідної копії звертатися до господарського суду. І це з урахуванням того, що як вже зазначалась, строк на звернення до господарського суду з метою оскарження рішення органу АМКУ поновленню не підлягає. Це є несправедливим.

Можлива й інша ситуація, коли належним чином засвідчена копія акту, що оскаржується, не може бути надана – у разі, якщо зазначений акт був втрачений або вкрадений у суб'єкта господарювання.

Як видається, у разі ненадання засвідченої копії акту, що оскаржується, він може бути за клопотанням однієї із сторін витребуваний господарським судом як письмовий доказ. Ненадання такої копії не повинно бути перешкодою для порушення провадження у справі про оскарження неправомірного акту АМКУ.

Задля усунення розбіжностей у правозастосуванні доцільно змінити ч.2 ст. 57 ГПК й викласти її таким чином: «До заяви про визнання акта недійсним додається також, за наявності, копія оспорюваного акта або засвідчений витяг з нього».

Лескова-Годлевська Ю. К.
Криворізький факультет Національного університету «Одеська юридична академія», викладач кафедри цивільно-правових дисциплін

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ОБ'ЄКТА НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА

На даному етапі розвитку наша держава має провадити політику, спрямовану на поступове й послідовне забезпечення громадян житлом. Це зумовлює наявність на території України значної кількості об'єктів незавершеного будівництва, а враховуючи непоодинокі кризові явища в будівництві та випадки банкрутства забудовників й проблеми реалізації таких об'єктів з метою подальшого будівництва. Одним з напрямів подолання кризових явищ у будівельній галузі та житловому будівництві відповідно до Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» є викуп у забудовників та/або фінансових установ нереалізованого житла в об'єктах будівництва, що споруджувались із залученням коштів фізичних осіб у разі неспроможності забудовників продовжувати будівництво житла у зв'язку з недостатнім обсягом коштів для формування фондів соціального та службового житла. Враховуючи складність, тривалість процесу будівництва особливості виникнення права власності, завжди достатньо гостро стояло питання цивільного обороту об'єктів нерухомості, будівництво яких не завершене. Для встановлення умов їх існування, обороту потрібно визначити правовий режим об'єкта незавершеного будівництва, визначити сукупність правових норм, що виокремлюють його, розкрити його сутність, адже він є достатньо складним.

Статус новоствореної будівлі (споруди) виникає після завершення її будівництва, прийняття її в експлуатацію та державної реєстрації права власності першого власника (ч.2 ст.331 ЦК України). До цього моменту з правової точки зору завершена будівництвом будівля (споруда) не існує, отже може йтися про:

– будівельні матеріали;
– об'єкт незавершеного будівництва;

– будівельні матеріали разом з об'єктом незавершеного будівництва як головну річ і приналежність, оскільки вони необхідні для будівництва (Спасибо-Фатєєва І. Особливості посвідчення договорів відчуження та іпотеки об'єктів нерухомого майна незавершеного будівництва//Мала енциклопедія нотаріуса. – 2008. – № 4. – с.50)

Об'єкт незавершеного будівництва є самостійною річчю зі власним правовим значенням, він є чимось більшим, ніж простою сумою витрачених будівельних матеріалів, більша частина яких назавжди припинила самостійне існування і не може бути використана навіть після демон-

тажу (Смітюх А. В. Правові аспекти інвестування у будівництво житла. 2012, с.67)

Крім зазначеного, ЦК України регламентує правовий режим такого об'єкта як нерухомого майна – згідно до абз.2 ч.3 ст.331, в разі потреби власник матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі будівництва (створення майна) може укласти договір щодо об'єкту незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, на підставі документів, що підтверджують право власності або користування земельною ділянкою для створення об'єкту незавершеного будівництва, проектно-кошторисної документації, а також документів, що містять опис об'єкта незавершеного будівництва. У відповідності до ст.ст.179, 181 ЦКУ річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. До нерухомих речей належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Таким чином об'єкт, будівництво якого вже розпочате, є нерухомим майном.

Поняття «об'єкт незавершеного будівництва» визначається законодавством по-різному, що ускладнює можливості обороту такого об'єкта цивільних правовідносин. В ст.331 ЦК України, не міститься визначення поняття «об'єкта незавершеного будівництва», лише зазначено, що право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Ст.1 Закону України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. визначає, що під об'єктом незавершеного будівництва розуміється – об'єкт будівництва, на який видано дозвіл на будівництво, понесені витрати на його спорудження та не прийнятий в експлуатацію відповідно до законодавства.

Майже аналогічні визначення містяться у Національному стандарті № 2 «Оцінка нерухомого майна», затвердженому постановою КМУ від 28.10.2004 № 1442, та наказі Фонду державного майна від 15.03.2006 № 461 «Про затвердження Класифікатора державного майна», відповідно до яких об'єктами незавершеного будівництва є, зокрема будівлі, споруди, які фактично не експлуатуються внаслідок того, що перебувають у недобудованому стані, включаючи законсервовані об'єкти.

Але наведені визначення змістовно не розкривають всіх ознак, що відрізняють його від об'єктів нерухомого майна, що розташовані на земельній ділянці. Узагальнений перелік ознак наводиться у Методичних рекомендаціях щодо державної реєстрації права власності на об'єкт незавершеного будівництва, що схвалені колегією Державної реєстраційної служби України 11.12.2012 (протокол № 3), а саме:

– міцний (ґрунтовний) характер об'єкта будівництва, що зводиться, який дає можливість зробити висновок, що такий об'єкт створюється на довгий період експлуатації, утворюючи при цьому єдине ціле із земельною ді-

лянкою, та відмежовуючи вказаний об'єкт від малих архітектурних форм, тимчасових споруд тощо;

– будівництво здійснюється на підставі дозвільних документів, виданих відповідно до законодавства у сфері регулювання містобудівної діяльності;

– відсутність стовідсоткової готовності об'єкта незавершеного будівництва, що унеможливлює використання його за призначенням та введення відповідно до законодавства в експлуатацію.

Таким чином необхідна єдність у нормативному визначенні «об'єкту незавершенного будівництва», визначеності правового режиму, виділення його як спеціального оборотоздатного об'єкта цивільних прав, що повинен визнаватися предметом цивільно-правових договорів та включатися до спадкового майна.

Єжель О. Л.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри господарського права та процесу

ПОНЯТІЙНИЙ АПАРАТ «ДЕРЖАВНОГО ЗАМОВЛЕННЯ» В СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

В Україні державне замовлення як засіб державного регулювання економіки запроваджено в 1987 році. Спершу це були обов'язкові директивні завдання, які доводилися господарським ланкам у вигляді конкретних завдань із зазначенням термінів їх виконання та відповідних лімітів. Державне замовлення розглядалося як інструмент оптимального поєднання адміністративних та економічних методів управління (Економічна енциклопедія: у трьох томах Т1 /[Редком :С. В. Мочерний (відп.ред) та ін.]. – Київ: Видавничий центр «Академія» – 2000. – с.319). Тобто, під державним замовленням розуміли директивний документ, що має характер планового завдання та адміністративний наказ держави на організацію виробництва необхідної йому продукції.

Але, в сучасній Україні поняття «державне замовлення» має інше тлумачення в законодавстві України та в наукових поглядах вчених, що має характер невизначеності.

Відповідно до статті 13 Господарського кодексу України та статті 1 Закону України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» державне замовлення є засобом державного регулювання економіки шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу та обсягів продукції (робіт, послуг), необхідної для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на поставку (закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання, незалежно від їх форми власності.

Таким чином, незважаючи на визначення поняття державного замовлення в законодавстві України, існують різні погляди на тлумачення цього

поняття. В цьому можна переконатися відмежовуючи поняття «державне замовлення» від інших понять, що використовуються в даній сфері.

Прикладом цього є радянська точка зору правознавців, що розглядали державне замовлення як один із планових актів щодо розподілу продукції (товарів, послуг), яка адресується безпосередньо підприємствам та організаціям. Це твердження розділяє Банасевич І. І., що стверджує, що «державне замовлення – це плановий акт органів державної влади. Воно формується на основі державних цільових програм, що фінансуються за рахунок коштів державного бюджету. Цей плановий акт адресується державним замовникам, якими виступають органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, інші органи, установи, організації, визначені Конституцією України та законодавством України, а також установи чи організації, створені в установленому порядку органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим чи органами місцевого самоврядування та уповноважені на отримання державних коштів, взяття за ними зобов'язань та здійснення платежів» (Банасевич І. І. Державне замовлення та державний контракт: поняття, особливості, юридична природа // Підприємство, господарство і право. – 2006. – № 8. – С.121-124).

Також, існує наукова точка зору щодо розуміння державного замовлення як завдання. Одним із науковців є Шевченко Л. І., що стверджує, що «державне замовлення може бути завданням, але по відношенню до державних підприємств, що функціонує на публічно-правовій основі» (Шевченко Л. И. Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики: дис….доктора юрид. наук: 12.00.03/ Шевченко Любовь Ивановна., – К., – 2001. – с. 56 – 57). Таким чином, можна стверджувати, що даний науковець не являється «ярим» прихильником цієї точки зору, але, все ж таки розглядає її при тлумаченні поняття «державне замовлення».

Серед науковців, здебільшого російських, розглядається питання щодо тотожності такого поняття як «державні потреби» з поняттям «державне замовлення». Таким чином, якщо розглядати поняття «державні потреби», то слід звернути увагу на його визначення в законодавстві України. Стаття 1 Закону України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» визначає пріоритетні державні потреби, під якими розуміють потреби України в товарах, роботах і послугах, необхідних для розв'язання найважливіших соціально економічних проблем, підтримання обороноздатності країни та її безпеки, створення і підтримання на належному рівні державних матеріальних резервів, реалізації державних і міждержавних цільових програм, забезпечення функціонування державних органів, що утримуються за рахунок Державного бюджету України. Отже, слід стверджувати, що за законодавством України поняття «державне замовлення» та «державні потреби» не тотожні.

Тож, слід зазначити, що Кичик К. В., визначаючи поняття «державне замовлення» стверджує, що «державне замовлення – це інструмент задоволення державних потреб» (Кичик К. В. Государственный (муницыпальный) заказ как средство государственного регулирования экономики: правовые вопросы: дис…. канд. юрид. наук : 12.00.03/ Кичик Кузьма Валерьевич. – М., 2011. – с. 26). В своїй науковій роботі Давлетшина Л. М. стверджувала, що «об'єм державних потреб встановлюється у вигляді державного замовлення» (Давлетшина Л. М. Государственный заказ как инструмент проведения промышленной политики (на примере Республики Татарстан): дис….канд. экон. наук:08.00.05 / Давлетшина Лейсан Мидехатовна. – К. – 2007. – с. 46). Тож, беручи до уваги вищезазначені твердження, слід охарактеризувати державне замовлення як документально затверджену реалізацію державних потреб.

Таким чином, науковці Кичик К. В., Каратанов Л., Курц М. О., Давлетшина Л. М. вважають державні потреби ширшим поняттям, ніж державне замовлення, з якими важко не погодитись.

Отже, приймаючи до уваги всі вищезазначені розмежування поняття «державне замовлення» від інших понять, можна прийти до висновку, що державне замовлення – це господарсько – правовий інститут реалізації Господарського кодексу України, Закону України « Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» щодо задоволення державних потреб в поставках товарів, виконанні робіт та наданні послуг шляхом реалізації процедури державних закупівель, що регулюється Законом України «Про здійснення державних закупівель».

Дабіжа Я.І.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри господарського права та процесу

ЩОДО ЗМІСТУ ТА ЗАСОБІВ РЕАЛІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКО-СТИМУЛЮЮЧОЇ ФУНКЦІЇ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

У сфері господарських договірних відносин ефективність правового стимулювання забезпечується не тільки позитивними, але й обмежуючими правовим засобами, серед яких чільне місце посідає господарсько-правова відповідальність, що виступає дієвим інструментом підтримання договірної дисципліни.

Доводиться констатувати, що функції юридичної відповідальності досліджені недостатньо як на загальнотеоретичному, так і на галузевому рівні. Однак, забезпечення суспільного господарського порядку неможливе без належного рівня розуміння цілей, функцій, способів реалізації господарсько-правової відповідальності, чим і зумовлюється актуальність цієї проблематики.

У юридичній літературі поняття договірної відповідальності розуміється неоднаково. Як справедливо зауважує Н. П. Коршунова, «зміст договору визначається не тільки на основі договору, але й на основі положень нормативно-правових актів за відсутності договірного регулювання. Тому зведення договірної відповідальності лише к тим її проявам, що безпосередньо врегульовані в договорі, вбачається невірним та необгрунтованим». (Коршунова Н. П. Обстоятельства, освобождающие от ответственности за нарушение договора. Дис. канд. юрид. наук. М., 2007 – 273 с., с. 18).Така інтерпретація цілком корелює із відповідними законодавчими положеннями. Умови, що є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства, становлять зміст договору згідно із статтею 628 ЦК України. Цивільний кодекс України: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, NN 40-44

Аналогічне правило містить і частина 1 статті 180 Господарського кодексу України. (Господарський кодекс України: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, N 18, N 19-20, N 21-22).

Отже, інститут господарсько-правової відповідальності за невиконання/неналежне виконання договорів охоплює як санкції, встановлені за згодою сторін, так і передбачені законом форми відповідальності учасників договірних відносин.

Звертаючись до проблеми визначення змісту стимулюючої функції господарсько-правової відповідальності, слід зауважити, що більшість вчених, які визнають таку функцію, переважно розуміють під нею спонукання боржника до припинення правопорушення та реального виконання зобов'язання через застосування (або загрозу застосування) до нього штрафних санкції. В. С. Щербина зазначає таке: «Господарсько-правова відповідальність, яка полягає у застосуванні до правопорушника економічних (майнових) санкцій, передбачає спонукання (негативне стимулювання) його і до припинення правопорушення, і до реального виконання зобов'язання. Стимулювання це є негативним у тому розумінні, що особа, яка вчинила господарське правопорушення, несе певні майнові витрати внаслідок застосування до неї економічних санкцій». Подібної позиції дотримується і Б. М. Грек, на думку якого «Стимулююча функція полягає в застосуванні до правопорушника адміністративних чи майнових санкцій, передбачає спонукання (негативне стимулювання) його до припинення протиправних дій чи бездіяльності та до реального виконання зобов'язань». (Електронний ресурс: Рішення Конституційного суду України у справі у справі № 18-рп/2012 (справа про стягнення заборгованості з підприємств паливно-енергетичного комплексу). Доступ до джерела: http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=192387)

В. А. Хохлов стверджує, що «У найбільшому ступені стимулюючи ознаки властиві неустойці, що за своєю природою покликана через механізм майнових інтересів спонукати до належної поведінки». [11, с. 63] Вба-

чається, що таке розуміння стимулюючої функції господарсько-правової відповідальності не зовсім відповідає сутності правового стимулювання. О. В. Малько переконливо доводить, що «на інформаційно-психологічному рівні правові стимули являють собою лише позитивні засоби (дозволи, пільги, привілеї, імунітети, надбавки, доплати, компенсації, заохочення тощо) та не повинні включати засоби негативні (заборони, обов'язки, зупинення, запобіжні заходи, ліміти, заходи примусу тощо), що не відносяться до правових обмежень, оскільки є іншою стороною управлінського процесу.» (Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теорет-информ. аспект. – 2-е изд. перераб. и доп. – М., Юристї, 2004. – 250 с., с. 52)

Погоджуючись з цими аргументами, слід визнати, що спонукання зобов'язаної сторони шляхом загрози застосування заходів примусу (тим більше, їх безпосереднє застосування) навряд чи можна розглядати як прояв стимулювання. Отже, змістовне навантаження стимулюючої функції господарсько-правової відповідальності у сфері договірних відносин потребує переосмислення.

Серед правостимулюючих засобів господарсько-правової відповідальності у сфері договірних відносин доцільно виділити наступні: заохочувальні санкції; оціночні санкції; правові виключення із загального механізму застосування господарсько-правової відповідальності, що полягають у закріпленні особливих підстав, обсягу та порядку реалізації заходів господарсько-правової відповідальності за невиконання чи неналежне виконання договорів.

Єфименко М. М.

Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана, аспірантка кафедри правового регулювання економіки юридичного факультету ДВНЗ

АНАЛІЗ ГАТС ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ

Стрімкий розвиток ринкових відносин викликав появу у вітчизняних суб'єктів господарської діяльності інтересу, а згодом і певної необхідності у запозиченні ефективних функціонуючих управлінських та організаційних схем, які успішно застосовуються іноземними суб'єктами. Разом з цим, динаміка господарських відносин та поява нових форм взаємодії між суб'єктами господарювання у сфері послуг зумовили необхідність використання договорів аутсорсингу.

Також, формування таких відносин пов'язане з необхідністю аналізу та встановлення перспектив розвитку правового регулювання аутсорсингової діяльності. У зв'язку з цим і викликана необхідність дослідження правового регулювання договору аутсорсингу як правочин з надання послуг в міжнародно-правовому аспекті. Разом з нормами внутрішнього за-

конодавства з метою визначення перспектив його розвитку значний інтерес становлять норми міжнародно-правових актів.

Договір аутсорсингу є господарським договором, а отже його сторонами можуть бути лише господарюючі суб'єкти, які визначені нормами Господарського кодексу України (Господарський кодекс України від 16.01.2003№ 436-IV // Відомості Верховної Ради України – 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22 – ст.144). Наряду з розвитком господарських відносин та у рамках питання міжнародного співробітництва між суб'єктами господарської діяльності, де сторонами договору аутсорсингу у зв'язку з таким співробітництвом можуть стати іноземні суб'єкти, необхідно розуміти загальну правову позицію норм міжнародного законодавства з метою ефективного правового регулювання.

Важливим міжнародним актом, який регулює питання в договорах з надання послуг, із якими суміжний договір аутсорсингу, є Генеральна угода з торгівлі послугами (англ. General Agreement on Trade in Services, GATS). ГАТС – це перша багатостороння міждержавна угода про торгівлю послугами в рамках СОТ. Даний міжнародний документ містить принципи, що становлять основу багатосторонньої правової системи, яка регулює торгівлю послугами. Такими принципами є забезпечення режиму найбільшого сприяння, прозорість регулювання, взаємне визначення кваліфікаційних вимог до надавачів послуг, правил щодо врегулювання монополій, виключних надавачів послуг та іншої підприємницької діяльності, що обмежує конкуренцію, заходів лібералізації торгівлі, зокрема таких, які передбачають зростання ролі країн, що розвиваються. Україна приєдналась до ГАТС у 2008 році.

Відповідно до правил ГАТС, Україна взяла на себе зобов'язання щодо забезпечення національного режиму та доступу на ринок в основних секторах послуг, а також гарантування всіх інших принципів ГАТС. У цих секторах повинен забезпечуватися вільний доступ на ринок для послуг та їх постачальників, за винятком, коли у зобов'язаннях Україною зазначені певні умови, обмеження чи вимоги щодо доступу в конкретному секторі послуг. Надання національного режиму, відповідно до статті І ГАТС (Генеральна угода з тарифів і торгівлі від 30. 10. 1947 р. // Офіційний вісник України – 2010. – № 84. – с. 562), означає, що у передбачених секторах, і за дотримання умов та кваліфікаційних вимог, послугам і постачальникам країн СОТ щодо всіх заходів, які торкаються поставки послуг, надається режим, не менш сприятливий, ніж вітчизняним послугам чи постачальникам послуг.

Значення даного міжнародного документа у площині правового регулювання договору аутсорсингу полягає у тому, що сторонами даного договору можуть бути як вітчизняні суб'єкти господарюванні, так і іноземні. Тому дотримання правил та принципів ГАТС є важливою вимогою

як для господарюючих суб'єктів, так і для органів влади тієї держави, де надається послуга.

ГАТС впливає на всі нормативно-правові акти України, які регулюють торгівлю послугами, оскільки встановлює загальні міжнародні правила торгівлі послугами. У такому випадку держава в особі владних органів повинна забезпечувати однаково сприятливий клімат у рамках договорів про надання послуг не лише для вітчизняних суб'єктів, але і для іноземних також. Будучи загальним рамковим документом, який регулює міжнародну торгівлю послугами, принципи ГАТС є рекомендованими для норм національного законодавства.

Також забезпечення прозорості правового регулювання сприяє розширенню співпраці між господарюючими суб'єктами різних держав, оскільки чітка правова позиція законодавця надає можливість оцінити переваги та недоліки в рамках співробітництва між суб'єктами різних країн. Так, укладаючи договір аутсорсингу, сторони за умови такої правової визначеності та прозорої регламентації стають юридичної обізнаними та можуть самостійно визначити найбільш ефективні норми законодавства у сфері надання послуг відповідно до специфіки сфери, де така послуга надається, а також відповідно до самої послуги.

Таким чином, визначаючи базові принципи торгівлі послугами, ГАТС є одним з основних міжнародних актів, який опосередковує відносини з договору аутсорсингу. Нормативні положення ГАТС прямо впливають на національне законодавство та є загальним орієнтиром на шляху до встановлення правових норм, які регулюють договірні відносини з надання аутсорсингових послуг.

Слободчикова Н. В.

Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана, аспірантка кафедри правового регулювання економіки юридичного факультету

СТАТИСТИКА РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО БАНКРУТСТВО

Відповідно до статистичних даних господарськими судами України (далі – судами) протягом 2012 року було порушено 1 044 справи про банкрутство, а за такий же період 2011 року – 1 501 справа. За 2012 рік судами було прийнято 3 198 постанови про визнання боржника банкрутом, а за аналогічний період 2011 року – 3 838 (Нові оголошення : Банкрутство [Електронний ресурс] // Система інформаційно – правового забезпечення ЛІГА: ЕЛІТ 8.1.1). Тобто, у звітному періоді прийнято на 640 постанови (або на 16,7 %) менше, ніж в аналогічному звітному періоді 2011 року.

У минулому році вбачається тенденція до зменшення на 19 % кількості справ про банкрутство, провадження в яких було закінчене. Так, протягом 2012 року провадження закінчене у 396 справах, а у 2011 році – у

487 (Нові оголошення : Банкрутство [Електронний ресурс] // Система інформаційно – правового забезпечення ЛІГА: ЕЛІТ 8.1.1).

На 28 % зменшилася кількість порушених справ про банкрутство у яких введено процедуру санації до боржника. Так, протягом 2012 року судами порушено 33 таких справ, що на 13 справ менше, ніж за аналогічний період 2011 року (Нові оголошення : Банкрутство [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА: ЕЛІТ 8.1.1).

Порівняльна характеристика звітних періодів висвітлює наступні загальні тенденції:

- зменшення загальної кількості порушених справ про банкрутство;
- зменшення кількості справ у яких застосовано процедуру санації до боржника.

Дані показники з однієї сторони вказують на кваліфіковане та професійне управління виробничою діяльністю суб'єктів господарювання та на факт поліпшення умов здійснення цієї діяльності для таких суб'єктів, а з іншої сторони на те, що заходи щодо відновлення платоспроможності боржника, під час провадження у справі про банкрутство, не є пріоритетними перед ліквідаційними заходами за останній рік досліджень.

Під час провадження у справах про банкрутство виникають наступні питання, які привертають до себе увагу та повинні бути усунуті законодавцем для вдосконалення Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»:

– необхідність встановлення розмірів мінімальних сум безспірних вимог кредиторів для різних суб'єктів підприємницької діяльності, враховуючи при цьому особливості їх організаційно-правової форми, господарської діяльності та галузевої належності;

– відсутність широких можливостей для усунення керівництва боржника від управління боржником та визначення переліку випадків, при яких його усунення є безсшрним (наприклад, якщо кризовий стан підприємства є наслідком зловживань, безпосередньої недобросовісності керівництва підприємства, а не зумовлений незадовільною платіжною дисципліною його контрагентів);

– недостатня врегульованість питань оплати послуг, відшкодування витрат та виплати додаткової винагороди арбітражним керуючим, особливо у справах за заявою державних податкових інспекцій та інших фіскальних органів;

– недосконалий контроль за діяльністю арбітражних керуючих та відсутність механізму притягнення їх до кримінальної відповідальності у разі неналежного виконання ними обов'язків розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів;

– відсутність чітко визначених процесуальних можливостей прокурора під час розгляду справ про банкрутство, особливо у випадках банкрутства державних підприємств;

– відсутність врегульованості питання необхідності затвердження реєстру вимог кредиторів під час розгляду справ, порушених з особливостями ст. 95 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

Враховуючи зазначене, Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» потребує певного вдосконалення для того, щоб унеможливити застосування інституту банкрутства, як інструменту для використання протиправних дій, щодо отримання доступу до управління юридичною особою та перерозподілу прав власності на майно та коштів підприємства.

Шухатян Х. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри господарського права та процесу

ДО ПИТАННЯ УЧАСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

Проголошуючи в ст. 55 Конституції України, що права та свободи людини і громадянина захищаються судом, та кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, держава взяла на себе зобов'язання щодо забезпечення рівного захисту прав, свобод та інтересів для всіх суб'єктів суспільних відносин. Обов'язковим учасником будь-яких відносин виступає людина – фізична особа. В ст. 24 Цивільного кодексу України надається визначення, відповідно до якого людина як учасник цивільних правовідносин є фізичною особою.

Однак, дане визначення дещо звужує зміст викладеного поняття, адже фізична особа може бути учасником не тільки цивільних правовідносин. Так, вона виступає основним індивідуальним суб'єктом в адміністративному праві (Авер'янов В. Б. Адміністративне право України. 2004, с. 139), є єдиним можливим суб'єктом злочину у кримінальному праві, бере участь у різних видах господарських правовідносин, виступає учасником у різних видах судових процесів.

У зв'язку з розвитком сучасного законодавства, що йде шляхом демократизації існуючих процесів у державі, актуальним є дослідження правового положення фізичної особи у господарському процесі, як специфічних учасників для даного виду судочинства. Адже після прийняття Закону України «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу України» від 13.05.97, у ст. 1 серед осіб, що мають право на звернен-

ня до Господарського суду з'явилися фізичні особи, що не мають статусу суб'єкта підприємницької діяльності.

Дослідженням учасників господарського процесу займалося багато вчених-юристів: Т. Абова, Н. Абрамов, А. Арифулін, Н. Артебякіна, І. Балюк, В. Беляневич, С. Боровик, С. Васильєв, Т. Гриогр'єва, П. Логінов, В. Мамутов, С. Мудрий, И. Побирченко, В. Погорецький, Ю. Попова, Д. Притика, І. Решетнікова, М. Рожкова, Т. Сахнова, Є. Терещева, М. Тітов, М. Треушніков, Д. Фурсов, О. Чапля, В. Шерстюк, М. Шварц, Т. Шкляр, В. Щербина, М. Юков, В. Яковлев, В. Ярков та інші.

Однак, питання правового положення фізичної особи у господарському процесі недостатньо вивчено, у зв'язку з чим потребує окремого наукового дослідження.

Тому, вкрай необхідним, на нашу думку, є дослідження специфіки участі фізичних осіб у господарському процесі, надання класифікації форм такої участі.

Відповідно до п. 3.2. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 року № 11 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам», господарські суди на загальних підставах вирішують усі спори між суб'єктами господарської діяльності, а також спори, пов'язані з приватизацією державного та комунального майна (крім спорів про приватизацію державного житлового фонду), у тому числі спори про визнання недійсними відповідних актів органів місцевого самоврядування та органів приватизації, а також спори зі справ, що виникають з корпоративних відносин.

З огляду на приписи частини другої статті 1 та статті 12 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК), зазначені справи підвідомчі господарським судам і в тому разі, якщо сторонами в судовому процесі виступають фізичні особи, що не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Крім того до компетенції господарських судів віднесено розгляд усіх справ про банкрутство, а також справ у спорах з майновими вимогами до боржника, стосовно якого порушено справу про банкрутство, за певними винятками (пункт 7 частини першої статті 12 ГПК України). А згідно зі ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом», кредиторами у справі про банкрутство можуть бути юридичні або фізичні особи, а також органи державної податкової служби та інші державні органи, які мають підтверджені у встановленому порядку документами вимоги щодо грошових зобов'язань до боржника.

Досліджуючи участь фізичних осіб у корпоративних спорах, кількість розгляду у господарських судах яких зростає, необхідно звернути увагу на Інформаційний лист Вищого господарського суду України № 01-06/1624/2011 від 21.11.2011 року «Про практику застосування ВГСУ у розгляді справ окремих норм матеріального права», у п. 7 якого роз'яснено в якому випадку можливе звернення фізичної особи до господарського

суду з позовною заявою. Так, у разі порушення переважного права на придбання акцій будь-який акціонер товариства та/або саме товариство, якщо статутом товариства передбачено переважне право на придбання акцій товариством, має право протягом трьох місяців з моменту, коли акціонер чи товариство дізналися або повинні були дізнатися про таке порушення, вимагати у судовому порядку переведення на них прав та обов'язків покупця акцій.

Наприклад, Господарським судом Київської області, 18 квітня 2013 року порушено справу № 911/1460/13 за позовом Нікітенка В. П. до Акціонерного товариства «Капак Холдінг С.А» про розірвання договору купівлі-продажу (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30760085).

Цікавим прикладом участі фізичної особи у господарському процесі є ситуація, коли фізична особа виступає в якості третьої особи, що не заявляє самостійних вимог на стороні відповідача. Так, на розгляді у Господарському суді Луганської області знаходилась справа № 11пд/5014/2601/2012 за позовом Щастинської міської ради до Товариства з обмеженою відповідальністю Агентства по нерухомості «Дисконт», за участю третьої особи-фізичної особи, що не заявляє самостійних вимог на предмет спору, на стороні відповідача про визнання недійсною угоди, укладеної на аукціоні з продажу комунального майна, та результатів проведення аукціону з продажу об'єкту комунальної власності; зобов'язання відповідача повернути фізичніій особі в натурі все, що він одержав на виконання цього правочину. (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28826668).

Крім того виникають питання щодо можливості участі фізичних осіб у такій категорії справ, як справи зі спорів про спростування недостовірної інформації, адже згідно з Інформаційним листом Вищого господарського суду № 01-8/973 від 14.12.2007 року «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права», господарським судам підвідомчі справи зі спорів про спростування недостовірної інформації, в яких сторонами є особи, зазначені у ст. 1 ГПК України, тобто в тому числі й фізичні особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності.

Таким чином, аналіз судової практики свідчить про тенденцію зміни усталеної практики щодо суб'єктного складу у господарському судочинстві. Сучасні економічні відносини характеризуються участю в них і фізичних осіб, які у зв'язку з цим стають учасниками господарського процесу.

Слід врахувати, що у господарському процесі в залежності від статусу, форми господарського процесу, категорії справ, стороною у справі може бути фізична особа без статусу суб'єкта господарювання.

Саме такий підхід розширює суб'єктний склад сторін у господарському процесі та вимагає наукових розробок для виокремлення специфіки таких проваджень та визначення особливого правового положення фізичної особи у господарському процесі.

Ястремська І.О.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірантка кафедри господарського права і процесу

ЩОДО ПИТАНЬ СПІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВІТЧИЗНЯНИХ ТА ІНОЗЕМНИХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ У ФОРМІ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВОРУ

Спільну господарську діяльність можна визначити як діяльність, яку провадять два чи більше суб'єкти господарювання, об'єднані єдиною господарською метою, для досягнення якої можуть об'єднувати свої вклади, а також здійснюють спільне управління та координацію дій, спільно несуть збитки та беруть участь у розподілі досягнутого результату.

Спільна господарська діяльність (далі –«СГД») може здійснюватися у формі створення самостійного суб'єкта господарювання – юридичної особи та у формі господарського договору. І саме в останній формі ця діяльність є чи не найменш врегульованою та дослідженою.

Договір про СГД – це такий господарський договір, який укладається між суб'єктами господарювання із господарською (комерційною та/або некомерційною) метою, задля досягнення якої вони можуть об'єднати свої вклади (кошти та/або майно) та спільно діяти протягом певного періоду часу на умовах, визначених договором.

До договорів про СГД належать договори: простого товариства, співпраці, взаємодії, спільного фінансування, інвестування, кооперації, часткової (пайової) участі та інші, які незалежно від найменування володіють ознаками спільної господарської діяльності.

Правове регулювання договорів про СГД здійснюється на підставі ч. 7 ст. 179 ГКУ, яка передбачає застосування норм ЦКУ до укладення господарських договорів, але з урахуванням особливостей, передбачених цим кодексом.

Саме тому у співвідношенні зі спільною діяльністю, що врегульована ЦКУ, спільна господарська діяльність виступає як спеціальний вид, систематичний та професійно орієнтований. Закон України «Про режим іноземного інвестування» передбачає право іноземних інвесторів укладати договори (контракти) про спільну інвестиційну діяльність, не пов'язаної зі створенням юридичної особи.

Однак, положень ЦКУ та інших нормативно – правових актів для врегулювання питань СГД недостатньо, адже для сфери господарювання додатково потребує закріплення визначення такого виду діяльності, його суб'єктного складу, особливостей укладання, виконання, припинення договорів про СГД.

Тому доцільно доповнити Розділ VI ГКУ «Особливості правового регулювання в окремих галузях господарювання» главою «Правове регулювання спільної господарської діяльності», у якій не лише

передбачити можливість ведення СГД між вітчизняними та іноземними суб'єктами господарювання у формі укладення договору, але й встановити додаткові елементи визначеності для учасників СГД, що не залежать від волі осіб та слугують додатковими гарантіями для прогресивного розвитку господарських відносин у цій сфері.

Слід передбачити укладення договору про СГД без об'єднання вкладів учасників, та договору про СГД з об'єднанням вкладів (у формі простого товариства). Для договору про СГД з об'єднанням вкладів у запропонованій главі слід закріпити визначення вкладів, які об'єднуються учасниками для здійснення спільної діяльності та класифікувати їх за наступними видами: 1) грошові кошти; 2) матеріальні активи (в т.ч. оборотні та необоротні матеріальні активи); 3) нематеріальні активи.

В цьому аспекті варто з'ясувати правову природу нематеріальних активів та законодавчо закріпити їх визначення. До них можна віднести ділову репутацію суб'єкта господарювання, ділові зв'язки та знання (у тому числі професійні).

Необхідно закріпити, що будь-який матеріальний чи нематеріальний актив може бути вкладом до СГД, якщо є реальна можливість його об'єктивної оцінки, ідентифікації, оприбуткування, обліку та існує належним чином оформлене документальне підтвердження належності активу тому учаснику, який вносить його як вклад до СГД.

Також потребують додаткового правового регулювання питання щодо порядку внесення та повернення вкладів учасниками спільної діяльності.

Особливість досліджуваного виду СГД полягає також у суб'єктному складі таких відносин, що ускладнені іноземним елементом. Закон України «Про режим іноземного інвестування», Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» надають визначення іноземного інвестора, іноземного суб'єкта господарювання, однак більш детально суб'єктний склад правовідносин щодо СГД необхідно закріпити у запропонованій главі ГКУ, у якій до іноземних суб'єктів господарювання слід віднести таких, які створені відповідно до законодавства інших країн, не мають постійного місцезнаходження або постійного місця проживання на території України та ведуть спільну господарську діяльність за договором (контрактом) із вітчизняними суб'єктами господарювання.

Особливістю договору про СГД також є те, що він підлягає обов'язковій державній реєстрації у податкових органах. Однак, обов'язковість державної реєстрації договору про СГД повинна визначатися передусім ГКУ, а не нормативними актами податкового законодавства.

У зв'язку із закріпленням обов'язковості державної реєстрації договору про СГД, він вважатиметься укладеним з моменту його державної реєстрації, а відмова у його державній реєстрації – складатиме підставу для визнання останнього неукладеним.

У запропонованій главі ГКУ необхідно також закріпити положення про підстави припинення договору про СГД, зокрема, у зв'язку із досягненням спільної господарської мети, припиненням спільних зусиль учасників, спрямованих на виконання визначених договором зобов'язань. Це випливає із суті договору СГД та вирішить проблему припинення такої спільної діяльності без настання негативних наслідків для її учасників.

Визначення та нормативне врегулювання вищезазначених проблемних питань дасть змогу стрімкого розвитку відносин між вітчизняними та іноземними суб'єктами господарювання із здійснення ними спільної господарської діяльності, зокрема, спільної інвестиційної діяльності, виробничого кооперування тощо.

Шигарова Н. О.

Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри господарського права і процесу

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ РИНКУ ПРОДОВОЛЬЧИХ ТОВАРІВ

В економічному словнику видання 1993 року термін «ринок» тлумачиться як сукупність економічних відносин, що складаються у сфері обміну з приводу реалізації товару. Ю. С. Коваленко (Коваленко Ю. С. Наукові засади та основні тенденції формування аграрного ринка в Україні / Ю. С. Коваленко // Економіка АПК. – 2004. – № 3. – С. 19–29.) під ринком розуміє систему установ, методів і ресурсів, головним завданням якої є координація та управління агропромисловим виробництвом країни на основі обмінних процесів з метою задоволення споживчих потреб її громадян.

С. В. Мочерний визначає сутність ринку як певної сукупності економічних відносин між різними типами фірм та індивідами з приводу купівлі-продажу товарів і послуг, де відбувається остаточне визначення їх вартості та реалізація, завдяки чому посилюється конкуренція між товаровиробниками за зниження витрат виробництва і підвищення суспільної корисності товарів, поліпшується пропорційність розвитку народного господарства, забезпечується безперервність суспільного відтворення і формування цілісної економічної системи, а також здійснюється безпосередній контроль споживачів за виробництвом (Мочерний С. В. Основи економічної теорії / С. В. Мочерний. – К., 1997.).

Враховуючи вище вказані визначення поняття сутності ринку, можна сказати, що ринок – це сукупність товарно-грошових відносин між виробниками різних рівнів, посередниками, торговельними структурами і кінцевими споживачами, яка має забезпечувати вільний вибір партнерів, встановлення оптимальних пропорцій у виробництві та формування цілісної економічної системи. Якщо говорити безпосередньо про продовольчий ринок, то слід вказати, що він обмежений лише продовольчими

товарами. Головна функція такого ринку – це забезпечення належних обсягів виробництва і продажу всіх потрібних населенню видів продовольства. (Ю. М. Хвесик Організаційно-правове реформування продовольчого комплексу регіону.)

Розглядаючи ринок продовольчих товарів як предмет правового впливу, варто зазначити, що його регулювання у розвинених країнах – це складний механізм, що включає інструменти впливу на структуру сільськогосподарського виробництва, аграрний ринок, соціальну структуру села, міжгалузеві й міжгосподарські відносини з метою створення стабільних економічних, правових і соціальних умов для розвитку сільського господарства, задоволення потреб населення в якісних продуктах харчування за соціально прийнятними цінами.

Стосовно державної економічної та інвестиційної політику на ринку продовольства України та зарубіжних країн, то можна сказати, що гарантування продовольчої безпеки кожної окремої країни є однією із ключових функцій держави, адже стабільне виробництво продуктів харчування, доступність їх отримання та споживання за рахунок власного виробництва та імпорту можливе лише під контролем державних органів. Тільки держава може правильно подбати про запаси продовольства, використовуючи механізми підтримки виробників основних продуктів харчування, регулювання експорту і митно-тарифної політики. Саме на державному рівні можна вирішити проблему соціального захисту бідного прошарку населення.

Передусім державна політика із забезпечення продовольчої безпеки визначається відповідними нормативними актами згідно Конституції України. Розподіл відповідальності щодо забезпечення національної безпеки і продовольчої безпеки як її складової відповідно між гілками влади та посадовими особами теж урегульований Конституцією.

Одним з найважливіших законодавчих актів є Закон України «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» від 18 жовтня 2005 р. Він закріплює гарантію продовольчої безпеки на рівні стратегічної мети аграрної політики. Досить актуальним є положення ст.3 про державний контроль якості і безпеки продовольчих товарів у розрізі захисту прав споживачів та формування ринків сільгосппродукції.

Більш конкретні механізми забезпечення продовольчої безпеки описані Законом України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 року. Це й державне цінове регулювання шляхом аграрної інтервенції – продажу або придбання сільськогосподарської продукції з метою забезпечення цінової стабільності. Також механізм заставних закупівель, коли Аграрний фонд у якості кредитора надає бюджетну позику виробнику під заставу зерна, яке є об'єктом державного цінового регулювання. Застосовується механізм фінансової підтримки суб'єктів господарювання, а саме: механізм здешевлення кредитів та

компенсації лізингових платежів шляхом субсидування частини плати (процентів чи лізингових платежів) за використання кредитів, наданих банками в національній та іноземній валюті. Щорічно Кабінет Міністрів України передбачає статтю видатків на надання дотацій виробникам продукції тваринництва та інше. (М. М. Одінцов Механізмі регулювання розвитком продовольчого ринку.)

Висновки. Продовольчий ринок – це сукупність товарно-грошових відносин між виробниками різних рівнів, посередниками, торговельними структурами і кінцевими споживачами, яка має забезпечувати належний обсяг виробництва і продажу всіх потрібних населенню видів продовольства.

Гарантування продовольчої безпеки країни здійснюється за рахунок державної економічної та інвестиційної політики на ринку продовольства України та зарубіжних країн, це ж є однією із ключових функцій держави, адже стабільне виробництво продуктів харчування, доступність їх отримання та споживання за рахунок власного виробництва та імпорту можливе лише під контролем державних органів.

До найважливіших нормативних актів господарсько-правового регулювання ринку продовольства належать Конституція України, Закон України «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» від 18 жовтня 2005 р. та Закон України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 року.

Грабован Л.І.
Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри господарського права і процесу, суддя господарського суду Одеської області

ПРОБЛЕМИ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВІДНОВЛЕННЯ ПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ БОРЖНИКА АБО ВИЗНАННЯ ЙОГО БАНКРУТОМ»

Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції від 22.11.2011р. (далі – Закон) суттєво змінено та удосконалено порядок розгляду господарським судом справ про банкрутство. Аналіз норм Закону та практики його застосування господарським судом Одеської області виявило деякі проблеми його застосування .

Ст. 6 Закону регламентовано порядок розгляду господарським судом заяв про затвердження плану санації боржника до порушення провадження у справі про банкрутство з вказівкою строку не більше 12 місяців з дня затвердження судом відповідного плану санації. Враховуючи те, що протягом дії цієї процедури не може бути порушено справу про банкрутство боржника за його заявою чи заявами будь-кого з кредиторів та діє морато-

рій на задоволення вимог кредиторів, потребує вирішення питання процесуального оформлення факту закінчення строку дії процедури санації до порушення провадження у справі про банкрутство та необхідності вказівки про ці строки в ухвалі суду про затвердження плану санації чи винесення ухвали після закінчення строку її дії. Як видається, цей строк має становити 12 місяців, адже у цей строк діють визначені правові наслідки.

Абз. 4 ч. 5 ст. 19 Закону передбачає, що звернення стягнення на майно боржника за вимогами, на які поширюється дія мораторію, здійснюється виключно за ухвалою господарського суду, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство боржника. У зв'язку з цим потребує з'ясування порядок винесення судом ухвали про звернення стягнення на майно боржника, а саме: з обов'язковим зверненням про це арбітражного керуючого, сторони або учасників справи або без такого; проведенням судового засідання, з вказівкою в ухвалі загальної вартості майна, або його визначення; обов'язковою участю всіх сторін у справі та ін.

Положеннями ч. 4 ст. 23 Закону передбачено, що особи, вимоги яких заявлені після закінчення строку, встановленого для їх подання, або не заявлені взагалі, не є конкурсними кредиторами, а їх вимоги погашаються в шосту чергу в ліквідаційній процедурі. З метою впорядкування руху у справі про банкрутство та належною реакцією суду на всі заяви, необхідно доповнити ч. 4 ст. 23 Закону абз. 2: «суд відмовляє у прийнятті заяв, поданих після закінчення строку, встановленого для їх подання, про що виноситься ухвала» та абз. 3: «арбітражний керуючий вносить відомості про вказані вимоги до реєстру вимог кредиторів до шостої черги».

Обов'язковим вважаємо винесення господарським судом ухвал за наслідками рішень, прийнятих забезпеченими кредиторами в порядку ч. 2 ст. 30 Закону або іншими кредиторами в порядку ч. 3 ст. 30 Закону про виділ забезпечених речей із майна боржника, їх продаж на аукціоні в порядку, встановленому цим Законом, та задоволення вимог такого кредитора за рахунок отриманих від продажу коштів.

Враховуючи велику кількість випадків, коли забезпечені кредитори відмовляються надати згоду на продаж майна, що є предметом забезпечення, необхідним є визначення порядку дій суду за наслідками такої відмови, оскільки ч.4 ст. 42 Закону містить посилання на можливість надання такої згоди судом. Тому слід доповнити ч.4 ст. 42 Закону речення наступного змісту «про що судом виноситься ухвала».

Потребує врегулювання також порядок порушення ліквідатором питання виділення частки, яка належить банкруту у спільному майні (ч.6 ст. 42 Закону): шляхом подачі позовів у випадку відмови добровільно виділити таку частку у загальному позовному порядку, або у межах справи про банкрутство. Відсутність такого регулювання не сприяє оперативному формуванню ліквідаційної маси банкрута для її продажу та задоволенню вимог кредиторів.

Серед проблемних питань можна відзначити й застосування положень ч. 6 ст. 46 Закону щодо передачі ліквідатором непроданих активів боржника на момент закінчення строку ліквідації в управління юридичній особі, що зобов'язана вжити заходів щодо продовження погашення заборгованості кредиторів боржника за рахунок отриманих активів. Адже погашатись можуть тільки існуючі вимоги кредиторів. А відповідно до ч.4 ст. 7 Закону, передбачено, що боржник, щодо якого були застосовані судові процедури банкрутства, вважається особою, що не має неврегульованих грошових зобов'язань; ч.5 ст. 45 Закону вказує, що вимоги, не задоволені за відсутні майна, вважаються погашеними.

Прогалиною є також порядок застосування субсидіарної відповідальності до засновників (учасників, акціонерів) боржника у випадку банкрутства з їх вини та розгляду судом заяв ліквідатора з такими вимогами до третіх осіб відповідно до ч. 5 ст. 41 Закону та стягнення відповідних сум з врахуванням положень ст. 219 КК України, якою передбачено кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства.

Законом України № 5405-У1 від 2.10.2012р. із норм Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992р. і 22.12.2011р. виключені положення щодо призначення судом для визначення експертизи фінансового становища боржника експертизи, проведення якої доручалось державному органу з питань банкрутства із залученням для її проведення спеціалістів у встановленому порядку. Враховуючи відсутність у Законі і положень щодо можливості призначення такої судової експертизи у порядку ст. 41 ГПК України, що є основним предметом дослідження суду при прийнятті рішення про визнання підприємства банкрутом для виявлення ознак доведення до банкрутства, фіктивного банкрутства для звернення до правоохоронних органів, виникають проблеми при проведенні такої експертизи арбітражним керуючим. При наявності конкуренції висновків, підготовлених за наслідками аналізу фінансового стану боржника, проведених арбітражним керуючим і іншими спеціалістами видається необхідним повернутися до можливості отримання висновку саме державного органу з питань банкрутства, або проведення судової експертизи.

Проблеми переходу при розгляді справ про банкрутство, які порушені за Законом від 14.05.1992р. на положення нового Закону у різних процедурах, на нашу думку, повинні вирішуватись з врахуванням Перехідних та прикінцевих положень Закону та Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 28.03.2013р. № 01-06/606/2013 у кожній справі окремо із вказівкою про це у процесуальному документі.

Нова редакція Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» містить ряд позитивних новел, які дозволять вирішувати завдання відновлення платоспроможності або ліквідації підприємств та погашення заборгованості їх кредиторів, однак,

аналіз проблем, які виникають при застосуванні його норм, свідчить про необхідність його вдосконалення шляхом внесення доповнень до Закону та надання Вищим господарським судом України роз'яснень та рекомендацій щодо його застосування.

Сорокина Т. Б.
Национальный университет «Одесская юридическая академия», аспирант кафедры хозяйственного права и процесса

НОВЕЛЛЫ ХОЗЯЙСТВЕННОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

Принятие Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХК Украины), с одной стороны, стало важным этапом кодификационного процесса хозяйственного законодательства, с другой, началом освоения нового акта хозяйственного законодательства, его наполнения и дальнейшего развития. Более того, ХК Украины стал базовым правовым документом для выполнения следующего этапа работы по расширению и углублению кодификации (Мамутов В. Господарський кодекс у системі правового забезпечення економіки в Україні. 2012. № 1-2. С.204).

Однако в украинском юридическом социуме сложилась ситуация периодического муссирования вопроса о необходимости наличия ХК Украины, его, например, отмене. При этом убедительность такой аргументации выглядит весьма сомнительно. Так, относительно недавно поднимался вопрос о необходимости отмены данного нормативно-правового документа и «в вину» ему вменялся, в том числе, рамочный, отсылочный характер статей ХК Украины, необходимость использования и, соответственно, наличие огромного количества законов, регламентирующих ту или иную сферу хозяйствования. При этом в качестве альтернативы предлагалось принятие предложенного проекта Закона об основах хозяйственной деятельности, в котором насчитывалось статей в десятки раз меньше чем в ХК Украины, с содержанием, постоянно направленным на использование иных, специальных законов по заявленной в нем сфере правового регулирования.

В январе 2013 года ХК Украины «отметил» свое десятилетие, а 1 января 2014 года будет «праздновать» и первое десятилетие своего действия. За эти годы его статьи неоднократно подвергались изменениям и дополнениям: было принято более шести десятков соответствующих Законов. Только за последние три года – более половины из них.

Основные изменения, которые претерпел ХК Украины в 2012 году, касались целого ряда направлений правового регулирования хозяйственной деятельности. Так, в сфере усовершенствования управления объектами права государственной собственности – о преобразовании государственного унитарного коммерческого предприятия, относительно основного планового документа государственного коммерческого предприятия, по

Государственной руководящей холдинговой компании, о корпоративных правах государства; в сфере государственной поддержке субъектов малого и среднего предпринимательства – разграничение субъектов малого предпринимательства, в том числе субъектов микропредпринимательства, среднего или большого предпринимательства; относительно государственной регистрации иностранных инвестиций; в сфере цен и ценообразования (трижды законами: от 21.06.2012 г., от 04.07.2012 г. и от 06.09.2012 г.); в сфере государственных закупок; относительно диспозитивности использования известных международных обычаев, рекомендаций, правил международных органов и организаций в договорах поставки; особенностей осуществления хозяйствования деятельности по обеспечению функционирования дипломатических представительств и консульских учреждений иностранных государств, представительств международных межправительственных организаций в Украине; относительно благотворительной деятельности и благотворительных организаций; в сфере государственной монополии на выпуск и проведение лотерей; задолженности предприятий оборонно-промышленного комплекса – участников Государственного концерна «Укроборонпром» и обеспечения их стабильного развития; относительно исполнения хозяйственных обязательств; в рамках административной реформы; относительно расширения инструментов влияния на денежно-кредитный рынок.

Как видим, изменения и дополнения, внесенные в ХК Украины в данный период были связаны как с запланированным законотворчеством, в рамках принятия соответствующих, как правило, специальных законов, так и требуемые вызванной ситуацией, необходимостью ее незамедлительного урегулирования.

Однако, как представляется, усовершенствование положений ХК Украины и его дальнейшее развитие должно идти все-таки не по пути выведения из сферы его регулирования тех или иных отношений и передачу их на «откуп» специального законодательства. Положения Кодекса должны строиться таким образом, чтобы именно в нем оставался базовый законодательный фундамент, а соответствующее законодательство лишь развивало и уточняло его положения. Удачным на наш взгляд примером в этой части могут служить положения ХК Украины о некоммерческой хозяйственной деятельности, ценах и ценообразовании в сфере хозяйствования и ряд других. Негативным следует признать сегодняшнее содержательное наполнение Главы 18 ХК Украины «Корпоративные права и корпоративные отношения»: изменения были осуществлены путем исключения из содержания ХК Украины соответствующих статей – вместо шести первоначальных законодатель сохранил две, с изменениями и дополнениями.

Как известно, в разработанной Концепции модернизации хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины

определено, что первоочередной задачей дальнейшей кодификации хозяйственного законодательства является обновление и дополнение положений ХК Украины. При этом предложены различные способы обновления и наращивания его объёма. Один из них – инкорпорирование в него норм ряда отдельных законов, направленных на развитие регулирования тех или иных видов хозяйственных отношений. …при обновлении Хозяйственного кодекса следует позаботиться о снижении числа бланкетных норм. Для этого соответствующие статьи кодекса следует дополнить нормами прямого действия или сделать ссылки на конкретные законы (Экономика и право. 2006. № 2 (15)).

Таким образом, представляется что дальнейшее развитие ХК Украины должно учитывать и теоретические наработки в сфере улучшения хозяйственного законодательства, направленного, прежде всего, на его эффективность.

Рикова О. М.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри господарського права і процесу

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ МОРСЬКА ВИМОГА ЯК ПРЕДМЕТУ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Дуже проблематичним на сьогоднішній день є питання щодо визначення категорії морська вимога як предмету господарсько-правового регулювання.

Так, в ст. 42 КТМ України визначено поняття морська вимога – вимоги, що виникає з права власності та інших майнових прав на судно, будівництво судна, управління, експлуатацію або комерційне використання судна, заставу судна чи здійснення заходів, пов'язаних з рятуванням судна. Перелік морських вимог, що містяться в ст. 42 КТМ України є вичерпним: судно може бути арештоване з будь-якої вимоги, яка виникає у зв'язку з відповідними обставинами при здійсненні торгового мореплавства.

При цьому, на практиці поєднання поняття морської вимоги, що визначене в даній статті із вичерпним переліком цих вимог, викликало ряд труднощів, оскільки, з одного боку відкривало можливість для вільного тлумачення, а з іншого – не враховувало розвитку діяльності на морі і появу нових вимог, які є морськими, але не враховані в переліку. При перегляді Міжнародної конвенції про уніфікацію деяких правил відносно накладання арешту на морські судна для забезпечення цивільного позову 1952 року була зроблена спроба перетворити цей перелік в примірний, яка так нічим і не закінчилась. Таким чином, КТМ України інкорпорував поняття «морська вимога» разом з усім а як позитивними моментами, так і недоліками.

Серед морських вимог слід згадати вимоги, що забезпечені заставою судна, вимоги, пов'язані із здійсненням рятувальних заходів, вимоги, пов'язані із завданням шкоди при експлуатації судна, вимоги, пов'язані із витратами, що виникають із заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, вимоги, що випливають з будь-якого договору використання або фрахтування судна, вимоги, що випливають із перевезення вантажів і пасажирів, а також по відшкодуванню шкоди вантажу або багажу, збитки, завдані при лоцманському проведенні, вимоги, пов'язані із буксируванням, постачанням матеріалів, обладнання, вимоги, пов'язані із будівництвом, ремонтом, перебудовою або переобладнанням судна, дисбурсменські витрати.

Слід зауважити, що в п. 20 ст. 42 КТМ України внесено важливе уточнення про те, що, поряд із будь-яким спором про право власності на судно, до морської вимоги відноситься і спір про право володіння ним. В цю вимогу включається і спір між декількома власниками відносно права власності або володіння судном. До числа морських відноситься також вимога у зв'язку зі спором між двома або декількома власниками судна відносно використання судна та розподілу прибутку.

З світової морської практики вбачається, що міжнародне морське право висуває свої вимоги щодо правил торговельного мореплавства, яким вимушені підкорятися і судна під прапором України, навіть незважаючи на відмінності у правовому регулюванні, а тому запровадження та використання у правовому полі України категорії морської вимоги є необхідним кроком у торговельному мореплавстві.

Із поняття морської вимоги, яке містить ст. 42 КТМ України, випала така обов'язкова ознака, як письмове повідомлення кредитором боржника про виникнення до нього морської вимоги. КТМ України не містить обов'язку кредитора щодо письмової чи іншої фіксації форми морської вимоги, оскільки така неточність терміну може призвести до певних помилок в судовій та господарській практиці (Булгакова І.В., Клепікова О. В. Науково-практичний коментар Кодексу торговельного мореплавства України. – К.: Ліга, 2011. – 52 с.).

Відносини, які виникають при застосування морських вимог виникають як правило між учасниками, які є суб'єктами господарювання в порозумінні ст. 1 господарсько-процесуального кодексу, тобто: підприємства, установи, організації, юридичні особи (у тому числі іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності (далі – підприємства та організації), державні та інші органи, а в передбачених законом випадках і фізичні особи, що не є суб'єктами підприємницької діяльності (Господарський процесуальний кодекс України. – Вісник Верховної ради України. – 1992, № 6. – 132 с.).

Таким чином, категорія «морські вимоги» є саме предметом господарсько-правового регулювання, оскільки відносини щодо застосування зазначеної категорії виникають саме між суб'єктами господарювання та наповненні саме господарсько-правовим змістом.

Однозначно підтверджує вищевикладене і той факт, що в господарсько-процесуальний кодекс вносяться зміни щодо застосування досліджуваної категорії. Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ про арешт на морські судна» були внесені зміни у ст. 16 ГПК України, відносно того, що справи про арешт судна, що здійснюється для забезпечення морської вимоги, розглядаються судом за місцезнаходженням морського порту України, в якому перебуває судно, або порту реєстрації судна. Ці зміни пов'язані приєднанням України до Міжнародної конвенції з уніфікації деяких правил щодо накладення арешту на морські судна, що є підтвердженням того, що категорія морська вимога є категорією господарсько-майнових відносин (Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ про арешт на морські судна». – Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2012, № 29. – 342 с.).

Проаналізувавши застосування категорії морські вимоги у судовій практиці можна побачити, що вона переважно є предметом розгляду саме у господарських судах, у зв'язку з чим це є ще раз підтвердженням того факту, що категорія «морська вимога» є предметом саме господарсько-правового регулювання.

Петруня В. В.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувачка кафедри господарського права і процесу

ВИЗНАННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСА ТАКИМ, ЩО НЕ ПІДЛЯГАЄ ВИКОНАННЮ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Ефективність захисту прав суб'єктів господарювання від порушень залежить від обраного способу захисту прав суб'єктів господарювання. Незважаючи на інтенсивний та прогресивний розвиток законодавства, що регулює діяльність суб'єктів господарювання, необхідно визнати, що на сьогоднішній день існує багато відносин, у яких захист прав суб'єктів господарювання не досить повно або взагалі не врегульовано законом.

01.10.2008 р. для суб'єктів господарювання з'явилась ще одна проблема захисту їх прав. А саме: ст. 50 Закону України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 року N 3425-XII (зі змінами) була викладена в новій редакції. Так було виключено частину 7 ст. 50 Закону України «Про нотаріат», яка містила наступне положення: «Спір про право, оснований на вчиненій нотаріальній дії, розглядається судом у порядку позовного провадження.

Спір про визнання вчиненого нотаріусом виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню повністю або частково, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса розглядається судом за позовом боржника до стягувача» (Закон України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р. (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383). На сьогоднішній день суди, розглядаючи позови про визнання виконавчого напису нотаріуса, таким, що не підлягає виконанню відмовляють у позові, мотивуючи відсутністю такого способу захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання.

Саме тому з певного часу господарські суди притримуються позиції, висловленої, зокрема, у постанові Вищого господарського суду України від 22.04.2009 у справі № 6/282/08, а саме: з приписів Закону України «Про нотаріат» вбачається, що у разі вчинення нотаріусом виконавчого напису всупереч приписам законодавства, такі дії нотаріуса оскаржуються до суду і в такому випадку вчинений нотаріусом акт визнається недійсним; враховуючи, що позовні вимоги були обґрунтовані саме посиланням на невідповідність виконавчого напису вимогам закону, Вищий господарський суд України дійшов висновку, що обраний позивачем спосіб захисту не відповідає нормам вищенаведеного законодавства, та визнав правомірною відмову апеляційного господарського суду у задоволенні позовних вимог (Черпак І. Оскарження виконавчого напису нотаріуса: проблемні питання судової практики [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://kr-pro.com/articles/jurisprudence/16-grievance-executive-notary-issues-judicial-practice.html).

Разом з тим, в ч. 3 ст. 15 Господарського процесуального кодексу України вказано: «Справи у спорах за участю боржника і стягувача про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса розглядаються господарським судом за місцезнаходженням відповідача або за місцем виконання виконавчого напису нотаріуса за вибором позивача» (Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56). Так, наприклад, Господарський суд м. Києва у своєму рішенні від 13.12.2010 р. у справі № 45/305 за позовом Приватної фірми «Борис» до Публічного акціонерного товариства «ОТП Банк» про визнання виконавчого напису нотаріуса, таким, що не підлягає виконанню, відмовив у задоволені позовних вимог повністю (Рішення Господарського суду м. Києва від 13.12.2010 р. по справі № 45/305 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Єдиного державного реєстру судових рішень України – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12953932).

Також, господарські суди відмовляють й у разі, якщо позивач просить визнати виконавчий напис нотаріуса недійсним. Наприклад, Господарський суд м. Києва у своєму рішенні від 12.08.2010 р. по справі № 45/37 за позовом Відкритого акціонерного товариства «Космос» до Українського

фонду підтримки підприємництва про визнання виконавчого напису нотаріуса недійсним відмовив в задоволенні позову повністю. Позовні вимоги мотивовані тим, що нотаріус, який вчинив спірний виконавчий напис, припустився порушень законодавства, зокрема: у виконавчому написі не вказано ім'я та по-батькові нотаріуса; виконавчий напис вчинено без наявності документів, що підтверджують безспірність заборгованості; виконавчий напис, як виконавчий документ, не містить всіх необхідних реквізитів (Рішення Господарського суду м. Києва від 12.08.2010 р. по справі № 45/37 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Єдиного державного реєстру судових рішень України – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10795581). В якості підстави для відмови в задоволенні позову господарський суд зазначив невідповідність обраного позивачем способу захисту встановленим законом або договором.

Однак, все ж існують випадки, коли господарські суди задовольняють позови про визнання виконавчого напису нотаріуса, таким що не підлягає виконанню. Наприклад, Господарський суд Луганської області у своєму рішенні від 02.02.2012 р. у справі 23/85пн/2011 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Рентал Центр» до ТОВ «Ласка Лізинг», третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору, на стороні відповідача – Приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу ОСОБА_2, про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню задовольнив позовні вимоги в повному обсязі.

Отже, вбачається, що попередня редакція ст. 50 Закону України «Про нотаріат» сприяла більш повному захисту прав суб'єктів господарювання та виключала можливість різного застосування Закону господарськими судами при вирішенні справ даної категорії. Таким чином, варто доповнити ст. 50 Закону України «Про нотаріат» частиною 3 наступного змісту: «Спір про визнання виконавчого напису нотаріуса може бути визнаний таким, що не підлягає виконанню частково або повністю».

Костіна В. Д.

Національний університет «Одеська юридична академія», здобувач кафедри господарського права і процесу

ПОНЯТТЯ І СКЛАДОВІ СИСТЕМИ ТЕХНІЧНОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ПРАВОВЕ ОПОСЕРЕДКУВАННЯ

Розвиток системи технічного регулювання в Україні є безумовно актуальною темою сьогодення. Адже коли законодавство України буде адаптоване до стандартів Європейського Союзу, можна буде сподіватися що країна вийде на інший рівень економічного розвитку, внаслідок чого стане вищої конкурентоздатність вітчизняних товарів на зовнішніх ринках.

Закон України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» *(Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 12)*

від 1 грудня 2005 року в п. 16 ст. 1 дає визначення поняттю «технічне регулювання» – це правове регулювання відносин у сфері встановлення, застосування та виконання обов'язкових вимог до продукції або пов'язаних з нею процесів, систем і послуг, персоналу та органів, а також перевірка їх дотримання шляхом оцінки відповідності та/або ринкового нагляду. Закон України «Про метрологію та метрологічну діяльність» від 11 лютого 1998 року *(Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 30-31)* в п. 1 ст. 4 вказує, що державна метрологічна система створює необхідні засади для забезпечення єдності вимірювань у державі, а її діяльність спрямована на реалізацію єдиної технічної політики у сфері метрології. Отже, з вище зазначеного можна зробити висновок, що основними складовими системи технічного регулювання в Україні є стандартизація, підтвердження відповідності та метрологія.

Стандартизація, згідно з п. 1. ст. 1 Закону України «Про стандартизацію» від 17 травня 2001 року *(Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 31),* це діяльність, яка полягає у встановленні положень для загального і багаторазового застосування щодо наявних чи можливих завдань з метою досягнення оптимального ступеня впорядкування у певній сфері, результатом якої є підвищення ступеня відповідності продукції, процесів та послуг їх функціональному призначенню, усуненню бар'єрів у торгівлі і сприянню науково-технічному співробітництву. Цей Закон дає класифікацію видів (рівнів) стандартизації, і розрізняє міжнародну, регіональну та національну.

Підтвердження відповідності, згідно п. 7 ст. 1 Закону України «Про підтвердження відповідності» *(Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 32)*, – це видача документа (декларація про відповідність або сертифікат відповідності) на основі рішення, яке приймається після проведення відповідних (необхідних) процедур оцінки відповідності, що довели виконання встановлених вимог.

Метрологічна діяльність – діяльність, яка пов'язана із забезпеченням єдності вимірювань. Єдність вимірювань, згідно Закону України «Про метрологію та метрологічну діяльність» від 11 лютого 1998 року *(Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 30-31)*, це стан вимірювань, за якого їх результати виражаються в узаконених одиницях вимірювань, а характеристики похибок або невизначеності вимірювань відомі та із заданою ймовірністю не виходять за встановлені границі.

Також слід зазначити, що реалізація угод між Україною та ЄС, тобто виконання взятих на себе зобов'язань, у тому числі у сфері технічного регулювання, потребує впровадження в Україні європейських директив. В першу чергу це стосується «Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом» інтегральною складовою якої є положення Угоди про зону вільної торгівлі (ЗВТ). 30 березня 2012 року у Брюсселі

цю Угоду парафували, точніше всю її політичну частину (Асоціацію та першу і останню сторінки Зони вільної торгівлі). Отже, Україна до кінця 2013 року планує виконати встановлені в Порядку денному асоціації критерії і підписати зазначену угоду.

Законом України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» встановлено, що європейські директиви впроваджуються в Україні в якості технічних регламентів. Слід зауважити, що п. 17 ст. 1 даного закону містить наступне визначення технічного регламенту – це закон України або нормативно-правовий акт, прийнятий Кабінетом Міністрів України, у якому визначено характеристики продукції або пов'язані з нею процеси чи способи виробництва, а також вимоги до послуг, включаючи відповідні положення, дотримання яких обов'язкове. Він може також містити вимоги до термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певної продукції, процесу чи способу виробництва. Під кожен затверджений регламент оприлюднюється перелік національних стандартів, що забезпечують відповідність з вимогами регламентів.

В даний час в Україні протягом 2003-2013 рр. прийняті більш ніж 30 технічних регламентів, які на своїй меті мають: зближення законодавчих, регламентуючих та адміністративних положень; виконання мінімальних вимог щодо захисту прав робітників в питаннях безпеки та гігієни праці; виконання мінімальних вимог щодо технічного стану обладнання та забезпечення його безпеки; виконання мінімальних вимог щодо безпеки та гігієни робочих місць.

Останній регламент, який був прийнятий, але ще не набрав чинності (набрання чинності відбудеться 12.08.2013 р), затверджений постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження технічного регламенту безпеки машин» від 30 січня 2013 року № 62. Цей технічний регламент встановлює вимоги до машин щодо захисту життя або здоров'я людини, захисту тварин або рослин, а також майна та охорони навколишнього природного середовища, процедуру оцінки відповідності машин та вимоги до їх обігу на ринку України та/або введення в експлуатацію.

Не зважаючи на все викладене, можна зробити висновок, що сучасний стан правового забезпечення технічного регулювання господарювання у сфері встановлення, застосування та виконання обов'язкових вимог до продукції або пов'язаних з нею процесів, а також перевірка їх дотримання поки ще не відповідає основним положенням законодавства ЄС, внаслідок чого іноземними торговими партнерами не визнаються результати діяльності національних органів з оцінки відповідності та метрології. Також існуюча в Україні система технічного регулювання перешкоджає впровадженню нових технологій, не захищає повною мірою український ринок від небезпечних товарів та не сприяє конкурентоспроможності української економіки.

Дубінін Ю. С.
Національний університет «Одеська юридична академія»,
аспірант кафедри господарського права та процесу

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БАНКРУТСТВА КРЕДИТНИХ СПІЛОК: ДО ПОСТАНОВКИ ПИТАННЯ

Оскільки фінансова система відіграє важливу роль у розвитку всієї держави, банкрутство будь-якої фінансової установи спричиняє збитки для широкого кола суб'єктів і може призвести до депресивних процесів в економіці загалом. Звичайно, чим більше активи фінансової установи, тим більше може бути розмір завданої шкоди.

Доволі специфічним суб'єктом господарювання в Україні є кредитні спілки, які відносяться до не підприємницьких організацій. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про кредитні спілки» від 20.12.2001 року № 2908-III (Режим доступу до даних - http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2908-14) кредитна спілка - це неприбуткова організація, заснована фізичними особами, професійними спілками, їх об'єднаннями на кооперативних засадах з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки.

Кризові явища 2008 і 2010 років добре показали слабкість фінансової системи України. Однією з таких проблем виявилось слабкість кредитних спілок протистояти кризовим явищам. Численне припинення діяльності кредитних спілок в Україні протягом кризових років було негативним явищем і нагально висвітлювало недосконаліть механізму правового регулювання (Режим доступу до даних – http://www.comfort.kiev.ua/forum/?col=20&fid=5&m_id=1342&p=0).

Так, відповідно до ст. 9 Закону України «Про кредитні спілки» від 20.12.2001 року передбачає варіанти припинення кредитної спілки. Згідно ч. 1 ст. 9 Закону України «Про кредитні спілки» кредитна спілка припиняє діяльність шляхом її реорганізації (злиття, приєднання, поділу) або ліквідації. В ч. 6 ст. 9 Закону «Про кредитні спілки» згадується, що якщо вартість майна кредитної спілки є недостатньою для задоволення вимог кредиторів, вона ліквідується в порядку, передбаченому законом про банкрутство. Отже, імперативна норма закону, дозволяє стосовно кредитних спілок порушити провадження по справі про банкрутство, незважаючи на те, що Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992 № 2343-XII (Режим доступу до даних - http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2343-12) регулює відносини у сфері неплатоспроможності лише відносно суб'єктів підприємницької діяльності. Крім того окремі норми Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992 № 2343-XII вказують навпаки на неможливість застосування норм даного

закону до припинення діяльності кредитної спілки (ст. 1, 2, 7 та інші, які визначають що боржник - суб'єкт підприємницької діяльності, яким кредитна спілка не являється).

Якщо звернутись до аналізу оновленого Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» то Розділ VII визначає особливості банкрутства окремих категорій суб'єктів підприємницької діяльності. Звичайно особливості чи механізм банкрутства саме кредитних спілок у ньому не передбачені, враховуючи статус кредитної спілки, між тим провадження щодо банкрутства кредитних спілок йде у загальному порядку.

Виходячи зі змісту ч. 6 ст. 9 Закону України «Про кредитні спілки» боржники обмежені тільки можливістю застосування ліквідаційної процедури. Це звичайно значно знижує можливість захисту боржниками своїх прав ти економічних інтересів, так як згідно ч. 6 ст. 9 Закону України «Про кредитні спілки» застосування судових процедур банкрутства (розпорядження майном, санація) не можливе до того моменту, поки вартість майна не буде вистачати для задоволення вимог кредиторів. Тобто замість того, щоб уникати і за можливістю «оздоровлювати» фінансове становище кредитних спілок – законодавець дозволяє застосування судової процедури банкрутства вже у ситуації, коли ліквідація залишається єдиним варіантом розвитку подій.

Підсумовуючи вищезазначене стає зрозумілим, що підхід законодавця до регулювання припинення діяльності кредитної спілки не є послідовним, а норми законів України «Про кредитні спілки» і «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» є не узгодженими. Варто більш чітко визначити порядок застосування і співвідношення цих двох законів України.

Необхідно в Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» включити норми, які б визначали особливості і порядок застосування судових процедур банкрутства неприбуткових організацій, шляхом нового розділу «Особливості банкрутства окремих категорій суб'єктів непідприємницької діяльності». у зв'язку з чим узгодити назву даного закону та підхід законодавця до банкрутства неприбуткових підприємств.

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА **3**

РОЗДІЛ 17
ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ, ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Ківалов С. В.
ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ З АДМІНІСТРАТИВНИМ ПОЗОВОМ: МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВА І ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВА СУТНІСТЬ... **5**

Самсін І.Л.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ПОДАТКОВИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ **8**

Монаєнко А. О.
АНАЛІЗ ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЗАХОДІВ ВПЛИВУ ЗА ВЧИНЕНІ ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ..... **10**

Біла-Тіунова Л. Р.
СЛУЖБА ПЕРСОНАЛУ ЯК ОРГАН УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЮ СЛУЖБОЮ **13**

Ворона Д. М.
СУБ'ЄКТИ ТА ОБ'ЄКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МІГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ В УКРАЇНІ..... **15**

Коломоєць Т. О.
ЕФЕКТИВНІСТЬ АДМІНІСТРАТИВНОГО СТЯГНЕННЯ – ОБОВ'ЯЗКОВА СКЛАДОВА ДІЄВОГО ВИКОРИСТАННЯ ЙОГО РЕСУРСУ **17**

Латковська Т. А.
ПРОБЛЕМИ КАЗНАЧЕЙСЬКОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ МІСЦЕВИХ БЮДЖЕТІВ .. **20**

Ніщимна С. О.
ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ У ПУБЛІЧНІЙ ФІНАНОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ **22**

Діордіца І.В.
ДО ПИТАННЯ ДОКАЗУВАННЯ ПРИ РОЗГЛЯДІ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ ЩОДО ОСКАРЖЕННЯ ПОДАТКОВИХ ПОВІДОМЛЕНЬ-РІШЕНЬ **24**

Журавель М. В.
ОЗНАКИ ПРАВОВИХ АКТІВ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ...... **26**

Маринчак Н.Є.
ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОБ'ЄКТА ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ У ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ **30**

Миронова С. М.
ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ УКРАИНЫ И РОССИИ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ) **32**

Додіна Є.Є.
ОСОБЛИВОСТІ ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ПО СПРАВАМ ПРО ЗАТРИМАННЯ ТА ПРИМУСОВЕ ВИДВОРЕННЯ ІНОЗЕМНОГО МІСІОНЕРА ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ **34**

Тодощак О. В.
ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ, ПОВЯЗАНИХ ІЗ РЕАЛІЗАЦІЄЮ ПРАВА ГРОМАДЯН НА МИРНІ ЗІБРАННЯ **36**

Шатковський Я. М.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАНДАРТИЗАЦІЇ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я В УКРАЇНІ .. **39**

Кравець В. Р.
ЛІЦЕНЗУВАННЯ БУДІВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ **41**

Панова Н. С.
ПРИНЦИП ЗАКОННОСТІ В ПРОЦЕСІ РЕАЛІЗАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ **43**

Писаренко Г. М.
ЗВЕРНЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ ДО ВИКОНАННЯ..... **46**

Чорномаз О. Б.
ДЖЕРЕЛА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ **48**

Козачук Д. А.
ПОРЯДОК ПРОХОДЖЕННЯ ТА ФОРМИ ЗАОХОЧУВАЛЬНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР ВНУТРІШНЬОГО СПРЯМУВАННЯ..... **51**

Апаров А. М.
З'ЯСУВАННЯ ПРЕДМЕТУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА **53**

Осауленко С. В.
ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАХОДІВ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ..... **55**

Заболотских Е. М.
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПРЕДСТАВИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ **57**

Зубов К. М.
СЛУЖБОВІ ВІДНОСИНИ У КОНТЕКСТІ ЗАКОНУ «ПРО ДЕРЖАВНУ СЛУЖБУ» (2011)..... **60**

Бондаренко К. В.
ДО ВИЗНАЧЕННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ В АДМІНІСТРАТИВНІЙ СФЕРІ **62**

Бачеріков О. В., Стець О. М.
АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ ОБОВ'ЯЗОК СТВОРИТИ СУБ'ЄКТ ГОСПОДАРЮВАННЯ **64**

Коваленко Л. П.
ПРИНЦИПИ ІНФОРМАЦІЙНОГО ПРАВА **66**

Ткаля О. В.
ПРИНЦИП ГУМАНІЗМУ В АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНИХ ВІДНОСИНАХ..... **68**

Боднарук Ю. В.
ПЕВНІ НЕДОЛІКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ ПОДАТКОВОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА **70**

Нестеренко А. С.
РОЛЬ БЮДЖЕТУ ЯК ФІНАНСОВОЇ БАЗИ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ У ФІНАНСОВІЙ СИСТЕМІ **73**

Сідор М.І.
СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД УЧАСНИКІВ БЮДЖЕТНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ **75**

Яцкін Р. О.
БЮДЖЕТНИЙ КОНТРОЛЬ ЯК РІЗНОВИД ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ **78**

Зіневич О. Л.
ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ КАЗНАЧЕЙСЬКОГО УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНИМИ ФІНАНСАМИ **80**

Хохуляк В. В.
ВПЛИВ ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ ПОГЛЯДІВ ДЕРЖАВНИХ ДІЯЧІВ ПЕРШОЇ ПОЛОВИНИ XIX СТ. НА РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ПУБЛІЧНИХ ФІНАНСІВ .. **82**

Білінський Д. О.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ФІНАНСОВА СИСТЕМА» **84**

Михайлов О. М.
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФІКСУВАННЯ СУДОВОГО ПРОЦЕСУ ТЕХНІЧНИМИ ЗАСОБАМИ ПОМІЧНИКОМ СУДДІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ **86**

Бєлікова О. В.
ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ **89**

Онищук Н. Ю.
САНКЦІЇ ЗА ПОРУШЕННЯ ФІНАНСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА **91**

Котенко А. М.
ДО ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДІВ. **93**

Харенко О. О.
СТРУКТУРОУТВОРЮЮЧІ ФАКТОРИ, ЯКІ ВПЛИНУЛИ НА ФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ СИСТЕМИ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ **95**

Нестеренко К. О.
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАВОВІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД БІЖЕНЦІВ В УКРАЇНІ **97**

Калімбет А. Л.
ЕКОНОМІЧНІ МЕТОДИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТЕЛЕБАЧЕННЯМ В УКРАЇНІ **99**

Корнута Л. М.
ОСОБЛИВОСТІ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНІСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ В УКРАЇНІ ЯК ІНСТИТУТУ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА **101**

Панфілов О.Є.
ПОРУШЕННЯ ОБМЕЖЕНЬ ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ СЛУЖБОВОГО СТАНОВИЩА ЯК АДМІНІСТРАТИВНЕ КОРУПЦІЙНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ **103**

Шевчук О. М.
АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ ОБІГУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ ТА ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН **105**

Лещенко О. В.
ЩОДО ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ФОРМИ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ **108**

Березовська С. В.
ПУБЛІЧНІ ФІНАНСИ: ПОНЯТТЯ ТА СУТЬ **110**

Фрич Р.І.
ПОНЯТТЯ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ БЮДЖЕТНОЇ УСТАНОВИ **112**

Беспалова А. О.
ПЕНЯ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ **114**

Лавренова О.І.
ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ПРАВОВОГО АКТА УПРАВЛІННЯ **116**

Нечитайленко О.І.
АДМІНІСТРАТИВНИЙ КОНТРОЛЬ І НАГЛЯД: ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ТА РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ **118**

Хамходера О. П.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ОПТИМІЗАЦІЇ СИСТЕМИ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ **121**

Андрійчук А. В.
БАНКІВСЬКИЙ КОНТРОЛЬ: ПРАВОВИЙ ТА НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ **123**

Гнатовська А.І.
ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ОЗНАК БЮДЖЕТНИХ ПРАВОВІДНОСИН **126**

Єрохов В. М.
ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО ПРИМУСУ У ФІНАНСОВОМУ ПРАВІ **128**

Сидорук Р. А.
СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «СУБ'ЄКТ ПОДАТКОВОГО ПРАВА» ТА «СУБ'ЄКТ ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН» **130**

Васильєва А. Г.
НАЛЕЖНІСТЬ, СОЦІАЛЬНА НЕОБХІДНІСТЬ ТА МОЖЛИВІСТЬ ПОВЕДІНКИ ЯК ОЗНАКИ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ **132**

Трамбовецька Є.І.
ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ: СТРУКТУРНО-ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ АСПЕКТ **135**

Єлєазаров О. П.
БЕЗГОТІВКОВІ РОЗРАХУНКИ ЯК ФОРМА ГРОШОВОГО ОБІГУ В УКРАЇНІ **137**

Зінухова В. М.
КОШТОРИСНО-БЮДЖЕТНЕ ФІНАНСУВАННЯ ЗАГАЛЬНООСВІТНІХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ **138**

Литвиненко Ж. М.
ФІНАНСУВАННЯ ВИДАТКІВ ЯК СКЛАДОВА ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ **140**

Наголюк О.Є.
ПРАВА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ НА ВИТРАЧАННЯ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ **142**

Фуглевич К. А.
ФОРМУВАННЯ НАУКОВИХ ПІДХОДІВ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ДЕФІНІЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНА ПОСЛУГА **144**

Андреєв Р. Г.
ОЗНАКИ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ ЯК РЕАЛІЗАЦІЇ КОНТРОЛЮЮЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВЛАДНОГО СУБ'ЄКТА **146**

Вінцова Д. С.
ДО ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ ПРИ ПРИПИНЕННІ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ..... **149**

Вишемирський М. В.
ДО ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ПОДАТКОВОЇ ПІЛЬГИ **151**

Браславський Р. Г.
ПРОЦЕДУРИ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ ЩОДО ВІДМОВИ У ПРИЙНЯТТІ ПОДАТКОВИХ ДЕКЛАРАЦІЙ..... **153**

Коваль Д. А.
ДОСЛІДЖЕННЯ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ ЯК СКЛАДОВОЇ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ..... **156**

Щербакова О. Ю.
ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРОЦЕДУРИ СУДОВОГО ДОКАЗУВАННЯ ПРИ ВИРІШЕННІ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ **158**

Шаптала Є.Ю.
ФУНКЦІЇ ПОДАТКОВОГО СТИМУЛЮВАННЯ **161**

Глусенко А. С.
БЮДЖЕТНА СИСТЕМА УКРАЇНИ ЯК СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ОФІЦІЙНИХ ТРАНСФЕРТІВ..... **163**

Головин Д. В.
ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ РЕЗИДЕНСТВА ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ – НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКОВ **164**

Даніелян С. А.
СПРОЩЕНІ РЕЖИМИ ОПОДАТКУВАННЯ: РЕТРОСПЕКТИВА ТА ПЕРСПЕКТИВА .**167**

Дорошенко Д. П.
ФІНАНСОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ЯК СИСТЕМА **169**

Желтобрюх І.Л.
ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ТА РОЗСУДУ ПРИ ПОДАТКОВО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ..... **171**

Закарян Б. Н.
ПЕНЯ ЗА ПОДАТКОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ: САНКЦІЯ ЧИ ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ **173**

Павленко К. К.
НАБУТТЯ ЧИННОСТІ ПОДАТКОВО-ПРАВОВИМИ НОРМАМИ ЗІ ВСТАНОВЛЕННЯ ПОДАТКІВ І ЗБОРІВ В УКРАЇНІ: АСПЕКТ СТАБІЛЬНОСТІ ТА МІНЛИВОСТІ ... **175**

Мірошниченко М. В.
ДЕЯКІ АСПЕКТИ ФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ НА МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА **178**

Топор І.В.
ПІДСТАВИ УЧАСТІ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ ЯК ПОЗИВАЧІВ **181**

Капустник В. В.
ФАКТИЧНЕ ТА ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ТЕРМІНІВ ЧАСУ ДЛЯ ПОДАТКОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 183

Романова Г. С.
ОСОБЛИВОСТІ ОБЛІКОВИХ ПРОЦЕДУР ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ВІД'ЄМНОГО ЗНАЧЕННЯ ОБ'ЄКТУ ОПОДАТКУВАННЯ 186

Києнко О. Б.
ПРО РОЛЬ ІНСТИТУТУ ПРЕДСТАВНИЦТВА В РЕАЛІЗАЦІЇ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ 188

Лук'янцев С. О.
СПІВВІДНОШЕННЯ ОПОДАТКУВАННЯ ДОХОДІВ ТА ПРИБУТКІВ ЗА ПОДАТКОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ 190

Ханова Р. Ф.
ПЛАТНИКИ ПОДАТКІВ ТА ЇХ ВІДОКРЕМЛЕНІ ПІДРОЗДІЛИ ЯК УЧАСНИКИ ПОДАТКОВИХ ВІДНОСИН 191

Мельник М. П.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИКОНАННЯ ОБОВЯЗКУ З ПОДАТКОВОГО ОБЛІКУ 193

Кисильова К. В.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКІВ СПЛАТИ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ 195

Мінаєва К. В.
ЩОДО ПІДСТАВ ДЛЯ ЗВЕРНЕННЯ СУБЄКТА ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ДО СУДУ: ПОДАТКОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 197

Михайлов В. В.
ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ МІСЦЕВИХ ПОДАТКІВ ТА ЗБОРІВ 199

Сухацький А. П.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ СФЕР ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ПРИРОДНИХ МОНОПОЛІЙ 201

Сівер А. С.
МІГРАЦІЯ ЯК СУСПІЛЬНО-ПРАВОВЕ ЯВИЩЕ 203

Смичок Є.М.
ЮРИДИЧНІ ПРЕЗУМПЦІЇ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ ТА ЇХ ВИКОРИСТАННЯ В СПОРАХ З КОНТРОЛЮЮЧИМИ ОРГАНАМИ 205

Роздайбіда А. А.
ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ РЕЄСТРАЦІЙНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ СПЕЦІАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН. 207

РОЗДІЛ 18
КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ СУДОВОЇ І ПРАВООХОРОННОЇ СИСТЕМ УКРАЇНИ

Полянський Ю.Є.
ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПРОКУРОРА-ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАЧА ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 210

Долежан В. В.
ЗАВДАННЯ І ПОРЯДОК УЧАСТІ ПРОКУРОРА В ПЕРЕГЛЯДІ СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ **212**

Косюта М. В.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ПРОКУРАТУРУ» . **215**

Селезньов В. А.
ПРО НАГЛЯД ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ І ЗАСТОСУВАННЯМ ЗАКОНІВ. **217**

Бакаянова Н. М.
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯКОСТІ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ З НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ **219**

Свида О. Г.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ СУДДІВ НА УЧАСТЬ У ВИРІШЕННІ ПИТАНЬ СУДДІВСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА. **221**

Ковальчук І.С.
ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН З НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ. **223**

Ніндипова В.І.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НАГЛЯДУ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ І ЗАСТОСУВАННЯМ ЗАКОНІВ У СФЕРІ ОПЛАТИ ПРАЦІ: ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ **225**

Тарасишина О. М.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ТА ВТІЛЕННЯ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА **227**

Иртегов В. К.
ВЫЕЗДНАЯ СЕССИЯ СУДА – ВАЖНОЕ СРЕДСТВО РАСШИРЕНИЯ ГЛАСНОСТИ СУДОПРОИЗВОДСТВА И ПОВЫШЕНИЕ ВОСПИТАТЕЛЬНОЙ РОЛИ СУДЕБНОГО ПРОЦЕССА. **230**

Юрко С. С.
СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У ДІЯЛЬНОСТІ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ **232**

Нестерчук Л. П.
СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ «КОНСТИТУЦИОННАЯ ЮСТИЦИЯ» И «КОНСТИТУЦИОННАЯ ЮРИСДИКЦИЯ». **234**

Курганський О. В.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ АДВОКАТСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ **236**

Храпенко О. О.
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РЕФОРМУВАННЯ АДВОКАТУРИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ **239**

Кривенко О. В.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ. **241**

Калашник О. А.
МІСЦЕ І РОЛЬ МІСЦЕВИХ ЗАГАЛЬНИХ СУДІВ У СУДОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ **243**

Билиця І.О.
ДОТРИМАННЯ ПРОКУРОРАМИ ЕТИЧНИХ ПРАВИЛ ПОВЕДІНКИ ЯК ПЕРЕДУМОВА ПІДВИЩЕННЯ РІВНЯ ДОВІРИ ГРОМАДЯН ДО ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ **245**

Грічун Г. С.
ПРАВОВИЙ СТАТУС СЛІДЧОГО СУДДІ В УКРАЇНІ **247**

Приемская Н. Н.
ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ УЧАСТИЯ АДВОКАТА ПРИ РАССМОТРЕНИИ ДЕЛ ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА..... **250**

Кулинич К. С.
ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ НАБУТТЯ СТАТУСУ ПРИСЯЖНОГО ПОВІРЕНОГО ЗА СУДОВИМ СТАТУТОМ 1864 РОКУ ТА СТАТУСУ АДВОКАТА ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ **252**

Нечипоренко Н. Я.
СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ДІЛОВОДСТВА В СУДОВИХ ТА ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНАХ УКРАЇНИ **254**

Слободяник Н. С.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІВ ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ..... **257**

РОЗДІЛ 19
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Підрозділ 19.1
Наукове обґрунтування підстав диференціації кримінальних правопорушень на кримінальні проступки та злочини

Туляков В. А.
ПРАВОСУДИЕ ПЕРЕХОДНОГО ПЕРИОДА И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА..... **259**

Мирошниченко Н. А.
ВИНА В СЛОЖНЫХ СОСТАВАХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ **261**

Албул С. В., Хімченко С. А.
ВИКОНАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАВДАННЯ З ПОПЕРЕДЖЕННЯ ЧИ РОЗКРИТТЯ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ ЧИ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ: НОВИЙ КРОК У ПРАВОВОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ **263**

Полянський Є.Ю.
ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПАСИВНУ ПОВЕДІНКУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ США..... **266**

Балобанова Д. О.
МІСЦЕ ЗВИЧАЮ У ЗАСТОСУВАННІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ..... **268**

Поліщук О. М.
ПРИВАТНОПРАВОВА ТЕНДЕНЦІЯ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА..... **270**

Коломиец Ю. Ю.
ОБЩЕСТВЕННО ЛИ ОПАСНО ПРЕСТУПНОЕ ДЕЯНИЕ? **273**

Михайленко Д. Г.
ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ЕЛЕМЕНТІВ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ДЕЛІКТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА. **275**

Мирошниченко Н. М.
НЕПОВНОЛІТНІЙ ЯК СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ **277**

Вечерова Є.М.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ НАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ПУБЛІЧНОГО ПРАВА **280**

Горох О. П.
ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ОСІБ, ЗАСУДЖЕНИХ ЗА ДІЯННЯ, КАРАНІСТЬ ЯКОГО УСУНУТА ШЛЯХОМ ВИКЛЮЧЕННЯ З КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ СТАТТІ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ **282**

Давиденко М. Л., Сірик О. М.
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТЛУМАЧЕННЯ СТАТТІ 152 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ **284**

Пойзнер О. Б.
ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНІВ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ З ВИКОРИСТАННЯМ БАНКІВСЬКИХ ПОСЛУГ ТА ТЕХНОЛОГІЙ. **286**

Аніщук В. В.
ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІШАНОЇ ФОРМИ ВИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ. **289**

Малыца Ю. М.
ОБЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ КАК ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ **291**

Крецул В. И.
ОБЪЕКТИВНАЯ СТОРОНА ВОВЛЕЧЕНИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ В ПРЕСТУПНУЮ И ИНУЮ АНТИОБЩЕСТВЕННУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ **294**

Михайліченко Т. О.
ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ДОРУЧЕНОГО» І «ВВІРЕНОГО» МАЙНА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ **296**

Пушкар Г. М.
ПРИМУСОВЕ ЛІКУВАННЯ ЯК ІНШИЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ЗАХІД **298**

Лемішко Ю. Ю.
ВПЛИВ ПОГАШЕНИХ ТА ЗНЯТИХ СУДИМОСТЕЙ НА ПОСИЛЕННЯ МІРИ ПОКАРАННЯ **300**

Ігнатенко М. П.
ВРАХУВАННЯ ОЦІНОЧНИХ ОЗНАК ПРИ КОНСТРУЮВАННІ САНКЦІЙ ЗЛОЧИНІВ ІЗ ПОДВІЙНОЮ ФОРМОЮ ВИНИ **302**

Торбєєв М. О.
КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ РАДІАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ **304**

Yaremenko S. O.
INTERNATIONAL COOPERATION REGARDING FIGHT AGAINST CYBERCRIME .. **307**

Берш А. Я.
МИШЕЛЬ ФУКО И ЕГО УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ КОНЦЕПТЫ **309**

Бухтиярова Е. С.
ГЛЕНВИЛЛЬ УИЛЬЯМС И ЕГО РОЛЬ В ФОРМИРОВАНИИ ДОКТРИНЫ ОБЫЧНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА .....**.311**

Галушко Б. С.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ ЧЕЗАРЕ ЛОМБРОЗО **313**

Бойченко В.
УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ВЗГЛЯДЫ ГЕГЕЛЯ В СВЕТЕ АНТРОПОЛОГИЧЕСКОГО ПОДХОДА **316**

Загодіренко П. О.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА СПАДЩИНА Є. Б. ПАШУКАНІСА **318**

Підрозділ 19.2
Доктринальні положення формування системного середовища кримінального права

Козаченко О. В.
ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАХОДІВ (КУЛЬТУРО-АНТРОПОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ) **320**

Федоров В. Н.
БОРЬБА С ПРОСТИТУЦИЕЙ: ПОИСКИ ПУТЕЙ РЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМ **322**

Підгородинський В. М.
ДО ПИТАННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ . **324**

Березовська Н. Л.
ПРАВО НА ЖИТТЯ **326**

Пилипенко Є.О.
ЗНИКНЕННЯ БЕЗВІСТИ ПОТЕРПІЛОГО ЯК ОСОБЛИВО КВАЛІФІКУЮЧА ОЗНАКА ЗАЛИШЕННЯ В НЕБЕЗПЕЦІ **329**

Горбачева И. М.
ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ПРИЗНАКОВ САМОУПРАВСТВА В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ..... **331**

Дмитрук М. М.
К ВОПРОСУ О СИСТЕМЕ УГОЛОВНЫХ ПРОСТУПКОВ..... **333**

Искендеров Ф. Ш.
ОБЩИЕ НАЧАЛА НАЗНАЧЕНИЯ НАКАЗАНИЯ В ГОСУДАРСТВАХ ПРИЧЕРНОМОРСКОГО РЕГИОНА..... **335**

Кузембаєв О. С.
СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «КРИМІНАЛЬНИЙ ЗАКОН» ТА «КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО» **337**

Макаренко А. С.
ОПТИМІЗАЦІЯ НОРМИ ПРО ПРИЗНАЧЕННЯ БІЛЬШ М'ЯКОГО ПОКАРАННЯ, НІЖ ПЕРЕДБАЧЕНО ЗАКОНОМ..... **339**

Оцяця А. С.
ЩОДО ПИТАННЯ ДУХОВНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ **342**

Данильченко И. Р.
МИНИМАЛЬНЫЕ СТАНДАРТЫ ЦИВИЛИЗОВАННОСТИ – ЗАЩИТА СЕМЬИ ОТ НЕГАТИВНЫХ ПРОЦЕССОВ **344**

Кравець Л. К.
ВВЕДЕННЯ ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОСТУПКУ ДО ЧИННОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЯ ЧИ КРИМІНАЛІЗАЦІЯ? **347**

Гусак О. А.
СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО САМОГУБСТВО У КИЇВСЬКІЙ РУСІ .. **349**

Тавлуй О. В.
ХАРАКТЕРИСТИКА «ТЯЖКИХ НАСЛІДКІВ» ЯК КВАЛІФІКУЮЧОЇ ОЗНАКИ НЕЗАКОННИХ ДІЙ ЩОДО УСИНОВЛЕННЯ **351**

Колодін Д. О.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ ІММАНУЇЛА КАНТА **353**

Кедик В. П.
ТОМАС ГОББС ТА ЙОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА СПАДЩИНА **355**

Волошина Е. В.
ИЕРЕМИЯ БЕНТАМ И КОНЦЕПЦИЯ ПЕНАЛИЗАЦИИ **358**

Дмитришина Т.І.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ НЕПОВНОЛІТНІМ **360**

Лазаренко В. В.
КРИМІНАЛЬНА ЮСТИЦІЯ В РОБОТАХ ГУСТАВА РАДБРУХА **362**

Пімонов Г. П.
ОБЄКТИВНІ ОЗНАКИ «КРАДІЖКИ ПРИВАТНОСТІ» У ПРАВІ США **364**

Пілявська Л. М.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ВИНИ У ПРИЧЕТНОСТІ ДО ЗЛОЧИНУ **366**

Дробот О. В.
СТАНОВЛЕННЯ МИРОВОЇ ЮСТИЦІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ НІМЕЧЧИНИ **368**

Колеснікова Т. В.
НЕГАТИВНІ ЗМІНИ В ОБ'ЄКТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ: ДО ПИТАННЯ НАУКОВОГО ВИЗНАЧЕННЯ **371**

РОЗДІЛ 20
СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНОЛОГІЇ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

Дрёмин В. Н.
ПРИЗОНИЗАЦИЯ КАК СОЦИАЛЬНАЯ И КРИМИНОЛОГИЧЕСКАЯ ПРОБЛЕМА .. **373**

Голина В. В.
СОЦИАЛЬНЫЕ И КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ГЕННОЙ ИНЖЕНЕРИИ . **375**

Березовський А. А.
ПРОБЛЕМА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ НА ЗЛОЧИННІСТЬ В ДОКТРИНІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ **377**

Міняйло Н.Є.
ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОТИДІЇ НЕЗАКОННОМУ ОБІГУ ВОГНЕПАЛЬНОЇ ЗБРОЇ В УКРАЇНІ..... **379**

Мандриченко Ж. В.
ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ..... **381**

Бугера О.І.
ЗАСОБИ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ: МОЖЛИВІСТЬ ДЕСТРУКТИВНОГО ВПЛИВУ НА ПРОТИПРАВНУ ПОВЕДІНКУ НЕПОВНОЛІТНІХ **383**

Мельничук Т. В.
ПОКАЗНИК ЦІНИ ЗЛОЧИННОСТІ В ЗАРУБІЖНІЙ КРИМІНОЛОГІЇ **385**

Стрелковская Ю. А.
ВИКТИМНОСТЬ И ВИКТИМИЗАЦИЯ МАРГИНАЛЬНЫХ ГРУПП НАСЕЛЕНИЯ.. **388**

Цехан Д. М.
СОЦІАЛЬНЕ ОБСТЕЖЕННЯ ЯК ЗАСІБ ОПТИМІЗАЦІЇ ПРИЗНАЧЕННЯ ТА ВИКОНАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПОКАРАНЬ **390**

Раковська Ю. В.
«КУЛЬТУРА ЗҐВАЛТУВАННЯ» ЯК ДЕТЕРМІНАНТ ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ **393**

Ілько С. А.
РОЛЬ СОЦІОКУЛЬТУРНОЇ ДИНАМІКИ В ДЕТЕРМІНАЦІЇ ДЕВІАНТНИХ ПРАКТИК МОЛОДІ..... **395**

Кльован Н. В.
КЛАСИФІКАЦІЇ ФУНКЦІЙ РЕЖИМУ В МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ **397**

Цитряк В. Я.
ОСОБЛИВОСТІ СОЦІАЛЬНО-ДЕМОГРАФІЧНИХ ОЗНАК УЧАСНИКІВ КОРУПЦІЙНОГО ПІДКУПУ У ПУБЛІЧНІЙ СФЕРІ..... **400**

Марчук А. І.
ВТОРИННА КЛАСИФІКАЦІЯ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ЗА КРИТЕРІЄМ ПСИХІЧНОГО ЗДОРОВ'Я **402**

Федчун Н. О.
СУБ'ЄКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ СУДНОПЛАВСТВА **404**

Ізовіта А. М.
ПОЛІТИКО-ІДЕОЛОГІЧНІ ФАКТОРИ ДЕТЕРМІНАЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ В СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНОГО РИНКУ..... **406**

Петренко О. А.
К ВОПРОСУ О ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПОНЯТИЙ «БЕСПРИЗОРНОСТЬ» И «БЕЗНАДЗОРНОСТЬ» НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ..... **409**

Калініна А. В.
ЗЛОЧИННІСТЬ ІНОЗЕМЦІВ ТА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА ЯК ВАГОМА СКЛАДОВА ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ.....**411**

Мірошниченко І.С.
ШАХРАЙСТВО ЯК РІЗНОВИД ЗЛОЧИННИХ ПРОЯВІВ ЩОДО ОСІБ ПОХИЛОГО ВІКУ **414**

Ромашова М. М.
ПРИЧИНИ Й УМОВИ УМИСНОГО ЗНИЩЕННЯ МАЙНА ШЛЯХОМ ПІДПАЛУ АБО ВИБУХУ **416**

Чернишов Г. М.
ПЕРЕДУМОВИ ТІНІЗАЦІЇ БУДІВЕЛЬНОЇ СФЕРИ УКРАЇНИ **418**

Слободзян А. П.
ПРОБЛЕМИ ДЕТЕРМІНАЦІЇ СЛУЖБОВОГО ПІДРОБЛЕННЯ **421**

РОЗДІЛ 21
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

Підрозділ 21.1
Проблеми реалізації норм нового кримінального процесуального законодавства

Аленін Ю. П.
ПІДСТАВИ ЗУПИНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ **424**

Гловюк І.В.
ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ФОРМІ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ **426**

Бобечко Н. Р.
ПРОВАДЖЕННЯ В СУДІ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ТА КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ: ЧИ ВІДПОВІДАЄ НАЗВА ГЛАВ 31 ТА 32 КПК УКРАЇНИ ЇХНЬОМУ ЗМІСТУ? **429**

Лисюк Ю. В.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ, ЯК ЗАГАЛЬНОЇ ЗАСАДИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ **431**

Багрій М. В.
ФОРМИ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО З ОПЕРАТИВНИМИ ПІДРОЗДІЛАМИ **434**

Рибалка О. В.
ІНСТИТУТ ВІДНОВНОГО СУДОЧИНСТВА ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ **437**

Гідулянова Є.М.
ВИДИ ПРОВАДЖЕНЬ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА НОВИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ **439**

Дехтяр О. Г.
ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАСАДИ БЕЗПОСЕРЕДНОСТІ У СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ **442**

Підгородинська А. В.
НОВЕЛИ У РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ ТА МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ УСТАНОВ. **444**

Кітвіченко В. О.
ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІ ЗАХОДИ У СТРУКТУРІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В КПК УКРАЇНИ **447**

Торбас О. О.
ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ **449**

Пшенічко С. О.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РІШЕНЬ СЛІДЧОГО СУДДІ, ЩО ПРИЙМАЮТЬСЯ ПРИ РОЗГЛЯДІ СКАРГ НА РІШЕННЯ, ДІЇ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ СЛІДЧОГО ЧИ ПРОКУРОРА **451**

Підрозділ 21.2
Актуальні проблеми кримінально-процесуального права

Власова Г. П.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ УГОДИ МІЖ ПРОКУРОРОМ ТА ПІДОЗРЮВАНИМ ЧИ ОБВИНУВАЧЕНИМ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ **453**

Юрчишин В. Д.
СУТНІСТЬ ІНСТИТУТУ ІНФОРМУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ **456**

Лук'янчиков Є.Д., Лук'янчиков Б.Є.
УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОСВІДУВАННЯ **458**

Волошина В. К.
ПРИНЦИП ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ У ДОКАЗУВАННІ **461**

Бабічев Д. О.
ПРИЙНЯТТЯ РІШЕНЬ В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ: ОКРЕМІ НЕУЗГОДЖЕНОСТІ ЧИННОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ **463**

Смирнов М.І.
ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ. **465**

Пожар В. Г.
ЩОДО ТЕРМІНОЛОГІЧНОГО ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ «СУБ'ЄКТИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ» ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ З СУМІЖНИМИ ПОНЯТТЯМИ **467**

Габлей Н. Г.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРИСЯЖНИХ У КРИМІНАЛЬНЕ ПРОВАДЖЕННЯ **469**

Кіцен Н. В.
ОБСЯГ ПЕРЕВІРКИ СУДОВИХ РІШЕНЬ, ЩО НЕ НАБРАЛИ ЗАКОННОЇ СИЛИ, У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ ЗА КПК РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ **472**

Шилін Д. В.
ДІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРЕЮДИЦІЙ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ. **474**

Прилуцький П. В.
ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ **477**

Павлютін Ю. М.
ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В СИСТЕМІ ЗАХОДІВ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ **479**

Бобошко О. М.
ТИПОЛОГІЯ КОРУПЦІЙНИХ ВІДНОСИН. **481**

Мединська Л. В.
СИСТЕМА ЗАСАД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ483

Дидич О. Ю.
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗМАГАЛЬНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ **486**

Денисова Ю. С.
ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ ПРОВАДЖЕННЯ ЗА НОВОВИЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ488

Мурзановська А. В.
ПРИВІД ЯК ЗАХІД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ **490**

Солдатський В. В.
ЗАСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗУМНОСТІ СТРОКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ **493**

Хоренжій А. О.
УГОДА МІЖ ПРОКУРОМ ТА ПІДОЗРЮВАНИМ ЧИ ОБВИНУВАЧЕНИМ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ: ПОНЯТТЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ **495**

Марущак О. А.
ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДОПИТУ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ **497**

Попович О. В.
ПРИВАТНА ОСОБА ЯК СУБ'ЄКТ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ АНГЛІЇ **499**

Агакерімов О. Н.
ДОМАШНІЙ АРЕШТ ЯК НОВЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ. **501**

Підрозділ 21.3
Доказова діяльність суду (судді) у кримінальному процесі

Лукашкина Т. В.
НЕДОПУСТИМОСТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ. **504**

Стоянов М. М.
ДОСТОВІРНІСТЬ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: АНАЛІЗ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ **506**

Гуртієва Л. М.
ПРАВОТВОРЧИЙ АСПЕКТ ВЗАЄМОДІЇ НОРМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ТА МОРАЛЬНІСНИХ ПРИНЦИПІВ В ПРОЦЕСІ ДОКАЗУВАННЯ **508**

Шевчук В. П.
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СУДОМ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У ПІДГОТОВЧОМУ СУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ **511**

Чернега І.Л.
ПОКАЗАННЯ З ЧУЖИХ СЛІВ: НОВЕЛА ЧИ РЕГРЕС? **512**

Литвин О. В.
ВИЗНАННЯ СУДОМ НЕДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ 515

РОЗДІЛ 22
РОЛЬ КРИМІНАЛІСТИКИ, СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ, СУДОВОЇ ПСИХОЛОГІЇ ТА МЕДИЦИНИ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ СУДОЧИНСТВА

Тищенко В. В., Москаленко А. В.
О ПЕРИОДИЗАЦИИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО РАССЛЕДОВАНИЮ ПРЕСТУПЛЕНИЙ 518

Аркуша Л.І.
ДЕЯКІ ЗАГАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРИЗНАЧЕННЯ ТА ПРОВЕДЕННЯ ОБСТЕЖЕННЯ ПУБЛІЧНО НЕДОСТУПНИХ МІСЦЬ, ЖИТЛА ЧИ ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ 520

Комисарчук Р. В.
ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ ДОЛЖНОСТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ. 522

Ващук О. П.
ДЖЕРЕЛА ОТРИМАННЯ ДАНИХ ПРО ОСОБУ ЗЛОЧИНЦЯ НА ПОЧАТКОВІЙ СТАДІЇ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНУ 525

Зубаков П. Н.
ПРОБЛЕМЫ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ ТОРГОВЛИ ЛЮДЬМИ 527

Киян Т. Н.
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СЛЕДОВ БИОЛОГИЧЕСКОГО ПРОИСХОЖДЕНИЯ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ КРИМИНАЛЬНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ 529

Павліченко Є.В.
ОСНОВНІ НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ В УКРАЇНІ. 532

Чумак С. П.
ПОНЯТИЕ ФАЛЬСИФИКАЦИИ ВЫБОРОВ. 534

Дардас В. М.
КЛАСИФІКАЦІЯ ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНИХ ПОДІЙ. 536

Щербакова Г.В.
СПОСОБИ ВТЯГНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНЬОГО У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ 538

Тихоненко В. М.
ЩОДО РОЗРОБКИ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ПРИМУШУВАННЯ ДО ВИКОНАННЯ ЧИ НЕВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ. 540

Падей А. С.
ПСИХОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ СЛІДЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ. 542

Дынту В. А.
ВНЕШНИЕ ПРИЗНАКИ ИНСЦЕНИРОВКИ В ОБСТАНОВКЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ. . . 545

Льовочкіна М. В.
ТИПОВІ СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ, ВЕРСІЇ ТА НАПРЯМКИ РОЗСЛІДУВАННЯ НЕЗАКОННОГО ЗАВОЛОДІННЯ ТРАНСПОРНИМИ ЗАСОБАМИ. 547

РОЗДІЛ 23
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

Харитонов Є.О.
ЗДОБУТКИ ТА ПРОРАХУНКИ ДРУГОЇ КОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УРСР **549**

Ківалова Т. С.
ДО ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ КОНДИКЦІЙНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ..... **552**

Кізлова О. С.
ВЕКСЕЛЬ ЯК ПРЕДМЕТ ЗАСТАВИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ **554**

Адамова О. С.
ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ СТРАХОВИХ ПРАВОВІДНОСИН **557**

Голубєва Н. Ю.
ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ СКЛАДНОГО ЗА ЗМІСТОМ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ **559**

Карабань Я. А.
ВИКОНАННЯ ГРОШОВОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ **561**

Берназ-Лукавецька О. М.
ОКРЕМІ ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ВЛАСНИКА ЖИТЛА, ЯКЕ НАЛЕЖИТЬ ДО ЖИТЛОВОГО ФОНДУ СОЦІАЛЬНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ..... **564**

Гончаренко В. О.
СУДОВА ПРАКТИКА ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ПО СПРАВАМ ЗА СКАРГАМИ НА НОТАРІАЛЬНІ ДІЇ АБО ВІДМОВУ В ЇХ ВЧИНЕННІ **566**

Достдар Р. М.
СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК РЕЧОВОГО ПРАВА В ЄВРОПІ **567**

Черногор Н. В.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СПАДКОЄМЦІВ ЗА БОРГИ СПАДКОДАВЦЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТОМ УКРАЇНИ **569**

Давидова І.В.
«ПРАВОЧИН» В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ **572**

Паліюк В. П.
ТАЄМНИЦЯ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ ПРИ ЗВЕРНЕННІ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ **574**

Єсіпова Л. О.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ПРОЦЕНТІВ ЗА КОРИСТУВАННЯ ЧУЖИМИ ГРОШИМА **576**

Колянковська Т. О.
ПРОПОЗИЦІЯ ПРО УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ **578**

Кривенко Ю. В.
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ **580**

Некіт К. Г.
ЩОДО ВІДМІННОСТЕЙ ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОМУ ПРАВІ **583**

Орзіх Ю. Г.
ЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «НОТАРІАЛЬНА ДІЯ» В КОНТЕКСТІ НОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ДЕРЖАВНУ РЕЄСТРАЦІЮ РЕЧОВИХ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО ТА ЇХ ОБТЯЖЕНЬ **585**

Сафончик О.І.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ УКЛАДАННЯ ШЛЮБУ ГРОМАДЯНИНА УКРАЇНИ З ІНОЗЕМНИМ ГРОМАДЯНИНОМ **587**

Сєвєрова Є.С.
ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ДЖЕРЕЛОМ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ **590**

Смилянец И. П.
НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ НЕЗАРЕГИСТРИРОВАННОГО БРАКА **593**

Токарева В. О.
ОБСТАВИНИ, ЩО МАЮТЬ ІСТОТНЕ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ОЦІНКИ СТРАХОВОГО РИЗИКУ **595**

Чанишева А. Р.
АКЦЕСОРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ. **598**

Семенова К. Г.
ПРАВА НА РЕКОНСТРУЙОВАНИЙ ОБ'ЄКТ НЕРУХОМОГО МАЙНА: ПИТАННЯ РЕЄСТРАЦІЇ **601**

Вороніна Н. В.
ОБІЦЯНКА ВИНАГОРОДИ ЗА ЗНАХІДКУ ЯК ВИД ЗАОХОЧУВАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН. **603**

Костова Н.І.
ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ ПОДІЛУ ПУБЛІЧНОГО І ПРИВАТНОГО ПРАВА **606**

Адаховська Н. С.
ПРАВОПРИПИНЯЮЧІ ЮРИДИЧНІ ФАКТИ У ПРАВОВІДНОСИНАХ ОПІКИ ТА ПІКЛУВАННЯ **608**

Денисюк В. В.
ЗНАЧЕННЯ ВОЛІ І ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ В ПРОЦЕСІ УКЛАДЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ. **610**

Вонсович Х.І.
ПРАВО НА МАТЕРИНСТВО – СІМЕЙНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ **612**

Подчаха Д. В.
ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ **615**

Ущапівська Л. В.
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РЕОРГАНІЗАЦІЇ ГРОМАДСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ **617**

Єременко К. О.
ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ НЕДОТРИМАННЯ ВИМОГ ЩОДО ФОРМИ ПРАВОЧИНУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ ТА ФРАНЦІЇ **619**

Горобченко Ю. Ю.
СПАДКУВАННЯ ФАКТИЧНОГО ПОДРУЖЖЯ **621**

Нівня І.М.
ЩОДО ДЕЯКИХ АСПЕКТІВ ЮРИДИЧНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОНЯТТЯ «ЕКСПРОПРІАЦІЯ» **623**

Зайцев А. Ю.
СУЧАСНІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО **625**

Казарян К. А.
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ІНСТИТУТУ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ НІМЕЧЧИНИ ТА УКРАЇНИ **628**

Карпенко О.І.
ХАРАКТЕРИСТИКА ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З НАДАННЯ ІНТЕРНЕТ-ПОСЛУГ **630**

Степанович Д. Г.
СУТНІСТЬ ЗМІШАНОГО ДОГОВОРУ **633**

Суха Ю. С.
НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН СПОНСОРСТВА У ПРОФЕСІЙНОМУ СПОРТІ..... **635**

Герасимовський С. В.
ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ПОГРОЗИ», ЯК ПІДСТАВИ НЕДІЙСНОСТІ ПРАВОЧИНУ **637**

Головня І.Я.
ІСТОРИЧНА ЕВОЛЮЦІЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ **639**

Сірко Р. Б.
ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ ЗАЛІЗНИЧНИМ ТРАНСПОРТОМ..... **641**

Сліпченко О.І.
ДО ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ СЕРВІТУТІВ, ЕМФІТЕВЗИСУ ТА СУПЕРФІЦІЮ **644**

Логвін В. С.
ЩОДО КРИТЕРІЇВ ВИЗНАННЯ НЕЖИТЛОВОГО ПРИМІЩЕННЯ САМОСТІЙНИМ ОБ'ЄКТОМ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА..... **645**

Березовська О. А.
АЛЕАТОРНІСТЬ ДОГОВОРУ РЕНТИ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ..... **647**

Макарчук Л. В.
ПІДСТАВИ РОЗМЕЖУВАННЯ ОДНОСТОРОННЬОЇ ВІДМОВИ ВІД ЗОБОВ'ЯЗАННЯ І ОДНОСТОРОННЬОЇ ВІДМОВИ ВІД ДОГОВОРУ **649**

РОЗДІЛ 24
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА

Харитонова О.І.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ У ВСЕСВІТНІЙ МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ **652**

Сляднєва Г. О.
ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПЛАГІАТУ **654**

Бігняк О. В.
ПОНЯТТЯ САМОЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ..... **656**

Орлов В. В., Рябченко І. В.
ВПРОВАДЖЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ЦИФРОВІЙ СФЕРІ В УМОВАХ УКРАЇНИ 659

Эннан Р. Е.
ФОРМИРОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ИНФОРМАЦИОННОГО ПРАВА..... 661

Кулініч О. О.
ОКРЕМІ ВИПАДКИ ВІДТВОРЕННЯ ЗОБРАЖЕННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ БЕЗ ЇЇ ЗГОДИ У ДЕРЖАВНИХ ТА СУПІЛЬНИХ ІНТРЕСАХ..... 664

Кирилюк А. В.
ЮРИДИЧНІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ПРАВ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ... 666

Бааджи Н. П.
ДОМЕННЕ ІМ'Я ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ..... 669

Северінова О. Б.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ 672

Кетрарь А. А.
ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ ЗАВДАНОЇ ПОРУШЕННЯМ АВТОРСЬКИХ ПРАВ..... 674

Позова Д. Д.
ПОРУШЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ НА НЕЗАФІКСОВАНІ ВИКОНАННЯ..... 676

Бурова Л.І.
ПРАВОВИЙ СТАТУС МЕДІАТОРА ПРИ РОЗГЛЯДІ СПРАВ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ..... 678

Грігор'янц Г.І.
ПОГЛЯДИ НА ПІРАТСВО В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ 680

Володіна В. В.
ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У СКЛАДІ ВІДУМЕРЛОЇ СПАДЩИНИ 682

РОЗДІЛ 25
ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Мінченко Р. М.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ МАТЕРІАЛЬНОГО ТА ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА 685

Чванкін С. А.
ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ОСІБ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СПРАВІ ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ..... 687

Дрішлюк А.І.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ..... 689

Устінова-Бойченко Г. М.
СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ВИЗНАННЯ ОСОБИ НЕДІЄЗДАТНОЮ 691

Волкова Н. В.
ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА ДОКАЗІВ У СПРАВАХ ЩОДО ВИЗНАННЯ БАТЬКІВСТВА У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ 693

Неклеса Ю. В.
ПРАВОВА ПРИРОДА ЕЛЕКТРОННИХ ЗАСОБІВ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ **695**

Левківський Б. К.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ СТОРІН НА СТАДІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ **698**

Стоянова Т. А.
ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СУДОМ СПРАВ ПРО УСПАДКУВАННЯ, ЩО РОЗГЛЯДАЮТЬСЯ В ПОРЯДКУ ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ **700**

Голубцова Е. А.
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЛИЦ, УЧАСТВУЮЩИХ В ДЕЛЕ ЗА НЕДОБРОСОВЕСТНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ **702**

Соломахина Е. Н.
ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ СТАНОВЛЕНИЯ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ **704**

Колосова О. О.
РОЛЬ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК УЧАСНИКА ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА **707**

Яніцька І.А.
ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ **709**

Черемнов Д. В.
ЗАКОННІ ПРЕЗУМПЦІЇ У ЗМАГАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ **712**

Полтавчук Ю. О.
ОСНОВИ ФОРМУВАННЯ СУДУ ПРИСЯЖНИХ США У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ .. **714**

Розман Ю. В.
ПРОЦЕДУРНІ ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ МЕДІАЦІЇ ПРИ ВИРІШЕННІ ПРИВАТНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ **716**

Зіменко О. В.
ЗАСТОСУВАННЯ ПРЕЮДИЦІЇ ЯК ПІДСТАВИ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ДОКАЗУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ **719**

Бут І.О.
ТРЕТЕЙСЬКИЙ СУД ЯК АЛЬТЕРНАТИВНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ **721**

РОЗДІЛ 26
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Подцерковний О. П.
ЩОДО КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ЗАСАД ПОГЛИБЛЕННЯ КОДИФІКАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ **724**

Валитов С. С.
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПОРЯДКА ПРИМЕНЕНИЯ ШТРАФОВ АНТИМОНОПОЛЬНЫМИ ОРГАНАМИ **727**

Мельник С. Б.
ПРОГРАМНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНКУРЕНЦІЇ В УКРАЇНІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО ОПОСЕРЕДКУВАННЯ **729**

Олюха В. Г.
ЩОДО НЕДОЦІЛЬНОСТІ ВІДМОВИ ВІД ТЕРМІНУ КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО. **731**

Квасніцька О. О.
ПОНЯТТЯ ТА КРИТЕРІЇ ОБ'ЄКТІВ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА ВІДПОВІДНО ДО НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА **733**

Добровольська В. В.
ЩОДО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ..... **736**

Павлов С. С.
ОДНЕ З ПРОБЛЕМНИХ ПИТАНЬ ПІДСУДНОСТІ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ **738**

Згама А. О.
ПРО ФАКТОРИНГ ЯК ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИЙ ДОГОВІР..... **739**

Правдиченко А. А.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ СТРАХУВАННЯ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА **741**

Бойченко Е. Г.
ГОСПОДАРСЬКЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ УКРАЇНСЬКИХ ВІЙСЬКОВИХ ФОРМУВАНЬ В XI-XIX СТОЛІТТЯХ..... **743**

Пенчева Г. М.
ДЕЯКІ ЕКОНОМІКО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ КОМЕРЦІЙНИХ ОБ'ЄКТІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ **745**

Петров В. С.
ВСТАНОВЛЕННЯ ТА ЗМІНА СПОСОБУ І ПОРЯДКУ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДУ:
ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ **748**

Гофман О. Р.
ДО ПИТАННЯ ДЕТАЛІЗАЦІЇ ОБ'ЄКТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ГАРАНТІЇ В УКРАЇНІ..... **750**

Загідулін Р. І.
ЮРИДИЧНА СИЛА РІШЕННЯ ЕВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: ГОСПОДАРСЬКО– ПРАВОВИЙ АСПЕКТ..... **752**

Коліна А. О.
ЩОДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ **755**

Войнарівський М. М.
ЩОДО ВДОСКОНАЛЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИХ ГАРАНТІЙ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ САНКЦІЙ ОРГАНАМИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ..... **757**

Лескова-Годлевська Ю. К.
ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ОБ'ЄКТА НЕЗАВЕРШЕНОГО БУДІВНИЦТВА..... **760**

Єжель О. Л.
ПОНЯТІЙНИЙ АПАРАТ «ДЕРЖАВНОГО ЗАМОВЛЕННЯ» В СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ **762**

Дабіжа Я.І.
ЩОДО ЗМІСТУ ТА ЗАСОБІВ РЕАЛІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКО-СТИМУЛЮЮЧОЇ ФУНКЦІЇ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН **764**

Єфименко М. М.
АНАЛІЗ ГАТС ЯК ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ **766**

Слободчикова Н. В.
СТАТИСТИКА РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО БАНКРУТСТВО **768**

Шухатян Х. О.
ДО ПИТАННЯ УЧАСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ ... **770**

Ястремська І.О.
ЩОДО ПИТАНЬ СПІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВІТЧИЗНЯНИХ ТА ІНОЗЕМНИХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ У ФОРМІ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВОРУ.... **773**

Шигарова Н. О.
ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ РИНКУ ПРОДОВОЛЬЧИХ ТОВАРІВ..... **775**

Грабован Л.І.
ПРОБЛЕМИ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВІДНОВЛЕННЯ ПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ БОРЖНИКА АБО ВИЗНАННЯ ЙОГО БАНКРУТОМ»... **777**

Сорокина Т. Б.
НОВЕЛЛЫ ХОЗЯЙСТВЕННОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ **780**

Рикова О. М.
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ МОРСЬКА ВИМОГА ЯК ПРЕДМЕТУ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ...... **782**

Петруня В. В.
ВИЗНАННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСА ТАКИМ, ЩО НЕ ПІДЛЯГАЄ ВИКОНАННЮ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ... **784**

Костіна В. Д.
ПОНЯТТЯ І СКЛАДОВІ СИСТЕМИ ТЕХНІЧНОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ПРАВОВЕ ОПОСЕРЕДКУВАННЯ **786**

Дубінін Ю. С.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БАНКРУТСТВА КРЕДИТНИХ СПІЛОК: ДО ПОСТАНОВКИ ПИТАННЯ **789**

Наукове видання

ПРАВОВЕ ЖИТТЯ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

МАТЕРІАЛИ
Міжнародної науково-практичної конференції

ТОМ 2
16–17 травня 2013 року

Верстка, обкладинка *Вітвицька В.Г.*

Здано в роботу 10.05.2013 р. Підписано до друку 13.05.2013 р.
Формат 60х84/16. Обл.-вид. арк. 52,76. Ум.-друк. арк. 47,21. Папір офсетний.
Друк офсетний. Зам. № 1305-04. Тираж 300 прим. Ціна договірна.

Видавник: ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи серія ДК № 1044 від 17.09.02).
вул. Зоопаркова, 25, м. Одеса, 65009, Україна
Тел. +38(048) 7777-591.
e-mail: maritimebooks@yandex.ru
www.law-books.od.ua

Віддруковано з готового оригінал-макету: СПД Карпенков О.І.
(Свідоцтво ОД № 21 від 20.01.2003 р.)
e-mail: odessaihp@breezein.net

Printed in Ukraine