

*МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ
СТУДЕНТСЬКЕ НАУКОВЕ ТОВАРИСТВО*

VIVAT JUSTITIA!

Міжнародний студентський
науково-юридичний альманах

Випуск XIV

Львів 2014

Рекомендовано до друку рішенням Ради Студентського наукового товариства юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка від 24 квітня 2014 року (протокол №4).

У пропонованому чотирнадцятому міжнародному студентському збірнику вміщено низку наукових статей студентів юридичних навчальних закладів України та іноземних держав. У публікаціях висвітлено актуальні проблеми сучасного правознавства та державно-юридичного регулювання.

Рецензенти:

Адміністративне право – доцент Г. Ткач, доцент Н. Янюк
Конституційне право – доцент І. Заяць
Кримінальне право та кримінологія – доцент О. Марін, доцент К. Марисюк
Кримінально-процесуальне право – доцент А. Павлишин, доцент В. Бойко
Криміналістика – професор І. Когутич
Теорія держави і права – доцент С. Добрянський, доцент Д. Гудима
Трудове право – доцент В. Стрепко
Цивільне право – доцент В. Цікало

Редакційна колегія:

В. Федик (головний редактор), О. Терещук, М. Кондра, Ю. Попович.

Редагування англomовних текстів: Ю. Попович

Консультант з редагування англomовних текстів: доцент Л. Мисик

Рада Студентського наукового товариства висловлює щирі вдячність декану юридичного факультету ЛНУ ім. І. Франка професору А.М. Бойку за підтримку у виданні «VIVAT JUSTITIA!».

СЛОВО ДО ЧИТАЧА

Студентська наукова робота у юридичних вищих навчальних закладах була і залишається одним із пріоритетних напрямів підготовки майбутніх кваліфікованих юристів. Навички не лише вміло вести дебати, а й уміти чітко, лаконічно, грамотно викладати свої думки на папері формують міцну опору фаховості юриста, що в подальшому сприятиме його професійному зростанню. Яскравим прикладом підтримки студентської наукової роботи є цей міжнародний студентський юридичний альманах «VIVAT JUSTITIA!», який є черговим, уже чотирнадцятим, випуском. Висока якість наукових робіт, плідна співпраця студентів-юристів вищих навчальних закладів різних держав, висока цікавість не лише у студентському середовищі, а й серед широкого загалу вчених-правознавців засвідчують, що випуск альманаху є доброю традицією для юридичної спільноти. Оптимізація форми і змісту альманаху сприяє збільшенню кількості фахових статей, які студенти різних юридичних вишів зможуть розмістити у цьому та наступних випусках. Сподіваюся, що деякі з цих дослідників-початківців згодом стануть магістрами, аспірантами, кандидатами юридичних наук чи докторами права.

Відомі вчені юридичних вищих навчальних закладів розпочинали свій шлях у правничу науку зі студентських наукових гуртків, виступали з доповідями на наукових студентських конференціях і публікували ще під час навчання свої перші наукові спроби. Саме з перших напрацювань у студентські роки розпочинали свою діяльність видатні вчені, імена яких відкрила для світу Львівська правнича школа: професори О.М. Огоновський, С.С.

Дністрянський, П.Я. Стебельський, П.О. Недбайло, В.С. Кульчицький, В.Г. Сокурено, А.М. Савицька, Н.І. Титова, В.В. Луць, П.М. Рабінович, Б.Й. Тищик, З.В. Ромовська, В.Т. Нор, П.Д. Пилипенко, В.М. Коссак, А.А. Луць, В.І. Чушенко, І.Б. Заверуха. Усі вони зарекомендували себе у широких наукових колах та здобули глибоку повагу як в Україні, так і за її межами.

Чотирнадцятий випуск міжнародного студентського науково-юридичного альманаху «VIVAT JUSTITIA!» переконливо засвідчує бажання студентів-юристів поринати у глибини правової науки, дошукуватись юридичної мудрості, відкривати незнані горизонти юриспруденції, щоби бути гідним високого звання Юриста. На моє глибоке переконання, публікації у подібного роду збірниках наукових статей сприятимуть апробації результатів наукових досліджень молодих студентів-юристів як науковців, а також обговоренню нових тенденцій розвитку юриспруденції у вітчизняній та закордонній юридичній освіті й науці.

Вітаю усіх авторів збірника з важливою подією у їхньому студентському житті – виходом у світ цього альманаху – і бажаю їм подальших успіхів на дослідницькій ниві та бути наполегливими у формуванні себе фахівцями-дослідниками у галузі правознавства.

Декан юридичного факультету

Львівського національного університету

імені Івана Франка,

доктор юридичних наук



А.М. Бойко

РОЗДІЛ I

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ, ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ТА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

С. Бреус

Україна

Національна академія внутрішніх справ

Науковий керівник – к.ю.н., доцент Н. Камінська

ПРАВО НА ГЕНДЕРНУ ІДЕНТИЧНІСТЬ В РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ: СКАСУВАТИ НЕ МОЖНА ЗАЛИШИТИ?

Кінець XX століття ознаменувався розпадом однієї з мегадержав світу – Радянського Союзу. Російська Федерація (далі – РФ) розпочала формування своєї національної правової системи. Поряд із цим у країні запанував тотальний ідеологічний, економічний та політичний плюралізм. Правові концепції західної демократії набули широкої популярності.

Демократизація всіх сфер суспільного життя привела до того, що суспільство почало визнавати наявність громадян з різними девіаціями – фізичними, психологічними, ідеологічними. Законодавець швидкими темпами намагався заповнити правовий вакуум та прагматично стати на захист свободи та рівності кожного громадянина незалежно від різних дискримінаційних ознак.

Насамперед підкреслимо, що у правознавстві гендерну ідентичність розглядають у двох аспектах: як зміну біологічної статі та як зміну соціальної статі. Розвиток медицини зробив технічно можливою зміну біологічної статі. Перша операція зі зміни статі в СРСР була зроблена 1970 р. у НДІ травматології та ортопедії в Ризі [1].

Власне, гендерна ідентичність – це глибоке усвідомлення тією чи іншою особою внутрішніх та індивідуальних особливостей гендерної приналежності, що може як збігатися, так і не збігатися зі статтю за народженням, включаючи індивідуальне відчуття свого тіла та інші прояви гендера (тобто «гендерне самовираження»), такі як одяг, мова й манера поведінки [2].

На конституційному рівні, законодавець РФ не включив право на гендерну ідентичність у перелік особистих прав людини. Проте закріпив антидискримінаційний характер свого національного законодавства

Варто відзначити, що в ст.19 Конституції РФ зазначено, що забороняються будь-які форми обмеження прав громадян за ознаками соціальної, расової, національної, мовної чи релігійної приналежності [3]. Тобто конституційні положення встановили вичерпний перелік ознак, за якими дискримінація громадян забороняється. Важливим є те, що статева (гендерна) ознака в цьому переліку відсутня.

Однак важливим аспектом висвітлення цієї проблеми є дослідження практичної реалізації громадянами їхнього права на гендерну ідентичність у разі неспівпадіння їх соціальної та біологічної статі, тобто власне правового механізму зміни статі.

Цікаво, що в останні місяці існування СРСР була спроба запровадити міжнародні стандарти з реалізації права на гендерну ідентичність. Так, 26 серпня 1991 р. Міністерством охорони здоров'я СРСР були затверджені Методичні рекомендації зі змінами статі, згідно з якими особі можна було змінити стать як шляхом внесення змін до офіційних документів (зміна соціальної статі), так і за допомогою хірургічного втручання (зміна біологічної статі). Проте у зв'язку з пізнішими політичними подіями СРСР зник з політичної карти світу, і РФ вирішила йти своїм державницьким шляхом. Тому й механізм реалізації права на гендерну ідентичність в цьому випадку не став винятком.

Згідно зі ст. 70 Федерального закону «Про акти громадянського стану», зміни до актового запису можуть вноситися на підставі документа встановленої форми про зміну статі, виданого медичною установою. Ця норма введена в російське законодавство з прийняттям у

1997 р. Федерального закону «Про акти громадянського стану» [4], а в 1998 р. на Міністерство охорони здоров'я Російської Федерації покладено обов'язок розробити та затвердити відповідну форму документа (п. 8 Постанови Уряду РФ від 6 червня 1998 р. № 709 «Про заходи щодо реалізації Федерального закону «Про акти громадянського стану»[5]). Проте і до сьогодні форма даного документа не затверджена.

Варто відзначити: Наказ Міністерства охорони здоров'я РФ від 6 серпня 1999 р. № 311 «Про затвердження клінічного положення «Моделі діагностики і лікування психічних і поведінкових розладів», в якому теж йшлося про процедуру зміни статі: як соціальної (без хірургічного втручання), так і біологічної, 13 грудня 2012 р. Наказом Міністерства охорони здоров'я РФ № 1042 було скасовано [6]. Це було спричинено прийняттям російським законодавцем актів, присвячених забороні пропаганди гомосексуалізму. Тому механізм реалізації права на гендерну ідентичність було віднесено до «пропаганди гомосексуалізму» і відповідно скасовано.

Разом з тим відсутність відповідного підзаконного нормативно-правового акта, на думку багатьох російських вчених, не є підставою для обмеження прав трансгендерів. Питання гендерної ідентичності входять до сфери приватного життя людини, тому повинні бути піддані охороні та захисту. Відповідно до ст.23 Конституції РФ кожен має право на повагу до приватного життя [3]. Конкретизація цієї норми можна спостерігати у ст. 150 Цивільного кодексу РФ, згідно з якою особиста недоторканність, а також недоторканність приватного життя – невідчужувані та непередавані нематеріальні блага [7].

Російська Федерація також є учасницею Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (далі - Європейська конвенція).

Російські суди в процесі правозастосування повинні керуватися нормами даного міжнародного договору, а також враховувати трактування його норм, що надається Європейським Судом з прав людини (далі - Європейський Суд) (п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 10 жовтня 2003 р. № 5 «Про застосування судами загальної юрисдикції загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів Російської Федерації»; п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 19 грудня 2003 р. № 23 «Про судові рішення»).

У справі «L. проти Литви» (скарга № 27527/03, постанова від 11 вересня 2007 р.) Європейський Суд визнав наявність порушення державою ст. 8 Європейської конвенції (право на повагу до приватного життя) в умовах, коли затримка прийняття нормативного акта, необхідного відповідно до литовського законодавства для реалізації механізму корекції статі, становила чотири роки [8].

Окрім практики Європейського Суду, стандарти, які стосуються необхідності створення чіткого механізму зміни документів трансгендерами, щодо яких проведені хірургічні операції, відображені і в ряді рекомендацій інших органів Ради Європи: Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи 1117 (1989) про становище транссексуалів від 29 вересня 1989 р.; рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи від 31 березня 2010 р. CM / Rec (2010) 5 про захід з боротьби з дискримінацією за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності; рекомендаціях Комісара з прав людини Ради Європи, сформульованих ним у спеціальній доповіді «Права людини та гендерна ідентичність» (CommDH / IssuePaper (2009) 2, 29 липня 2009 р.). Оскільки РФ входить до Ради Європи, дані рекомендації мають важливе значення для російської правозастосовної практики.

Таким чином, згідно з ч. 4 ст. 15 і ч. 1 ст. 17 Конституції РФ - положення Конвенції про захист прав людини та основних свобод є складовими частинами правової системи РФ. Із вимог міжнародно-правових актів чітко випливає необхідність встановлення ясної і доступної можливості зміни статі в офіційних документах для трансгендерів.

Така процедура не встановлена в чинному російському законодавстві, у зв'язку з чим для реалізації формально гарантованого права трансгендерам залишається тільки доводити наявність свого права на гендерну ідентичність у судовому порядку.

Загальними проблемами з питань правового регулювання права на гендерну ідентичність у РФ є відсутність прямого механізму його реалізації, невідповідність міжнародним гендерним стандартам та відсутність політичної волі у можновладців для подолання стереотипів, які були штучно сформовані радянською ідеологією.

Також важливою проблемою осіб, позбавлених повною мірою реалізувати своє право на гендерну ідентичність у РФ, є відсутність можливості звернутися за допомогою і підтримкою - соціальних, медичних та, врешті-решт, правових інститутів просто немає: майже відсутні і громадські організації, які реально захищали б інтереси трансгендерів.

Отже, Російська держава повинні нарешті визначити правові гендерні стандарти, як реальну умову розвитку громадянського суспільства, трансформуватися з посттоталітарного соціуму в демократичний, а це стане важливим кроком у її самореалізації та руху до європейських прогресивних демократичних принципів та ідеалів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Горина А.А. Ограничения прав лиц, изменивших половую принадлежность / А.А.Горина // Российская юстиция. – 2007. – №1. – С. 70-71.
2. Ситуация трансгендеров в Украине: отчет по исследованию [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://insight-ukraine.org.ua/media/TRP_report.pdf.
3. Конституция Российской Федерации : офиц. изд. – М. : 2009. – 64 с.
4. Об актах гражданского состояния : Федеральный Закон от 15 ноября 1997 г. №143-ФЗ с изменениями от 23 июля 2013 г. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.garant.ru/173972/>.
5. О мерах по реализации Федерального закона «Об актах гражданского состояния» : Постановление Правительства РФ от 6 июля 1998 г. № 709 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ivo.garant.ru/SESSION/PILOT/main.htm>.
6. О признании утратившим силу приказа Министерства здравоохранения Российской Федерации от 6 августа 1999 г. № 311 «Об утверждении клинического руководства «Модели диагностики и лечения психических и поведенческих расстройств» : приказ Министерства здравоохранения РФ от 13 декабря 2012 г. №1042 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ivo.garant.ru/document?id=70189172&byPara=1&sub=null>.
7. Гражданский кодекс РФ: Федеральный Закон с изменениями от 30 сентября 2013 г. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ivo.garant.ru/SESSION/PILOT/main.htm>.
8. Избранные решения Европейского Суда по правам человека. Вопросы сексуальной ориентации и гендерной идентичности / [сост., авт. «Введения» и ст. Ксения Кириченко]. – М. : 2010. – 104 с.

SUMMARY

This article investigates the issue of gender identity on the basis of scientific literature and current foreign legislation. The main deficiencies of the Russian Federation legislation are analyzed in the light of gender identity. Attention is paid to the legal and social aspects of sex correction.

Key words: gender identity, discrimination, sex correction, human rights, transgender.

О. Гордієнко

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к.ю.н., доц. А. Кольбенко

РУХ БОРОТЬБИ ЗА ГРОМАДЯНСЬКІ ПРАВА У США ЯК ПРИКЛАД ЮРИДИЧНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИРОДНИХ ПРАВ ОСОБИ

Актуальність теми полягає у тому що історико-правові дослідження інституту рабства в США постає як важливе завдання, оскільки дає змогу «... вивчити та узагальнити досвід державотворення і правотворення...» [1, с. 3] у країнах світу, зокрема у США, та може слугувати методологічною основою для розуміння процесів боротьби за розбудову громадянського суспільства на теренах України. На нашу думку, проблема пошуку національної ідентичності надзвичайно актуальною є для України і досвід Америки може виступити основою для утвердження ідеї національної ідентичності. Прагнення домінування над іншими є одним із природних інстинктів людини, але завдання цивілізації полягає в гуманізації цих устремлінь та правовому захисті людей від посягань інших осіб на їхні права та свободи. Розроблена Республіканською політичною партією концепція знаменитої «Американської мрії» може слугувати одним із прикладів творення концепції національної ідеї як політично-юридичного явища.

Серед дослідників цієї проблематики необхідно назвати таких американських дослідників, як: Керміт Холл, Вільям Віпек, Пауль Фінкельман, Генрі Харт, Альберт Сакс, Стефан Б. Пресер, Джалілі С. Зейналдін, Генрі Мінд та В. Бернхем. Серед наукових праць відомих українських вчених-правознавців відзначимо: Т. Г. Андрусика, В. Г. Буткевича, Ю. М. Бисагу, В. Н. Денисова, В. К. Забігайло, О. В. Зайчука, М. І. Козюбру, А. В. Кольбенка, В. О. Котюка, А. А. Козловського, Є. В. Назаренка, Н. С. Прозорової, П. М. Рабіновича, Б. Й. Тищика, О. Ф. Скакуна, В. М. Шаповала, М. М. Страхова, О. О. Шевченка, Є. А. Тихонової, С. В. Шевчука, М. В. Тесленко, Є. В. Черняк та ін.

Метою статті є спроба показати, що рух боротьби за громадянські права у США є прикладом юридичної реалізації природних прав особи на прикладі проведення аналізу процесу боротьби за громадянські та юридичні права чорношкірого населення США.

Як наголошує П. М. Рабінович, права людини є загальносоціальним явищем. Він зазначає: «Загальносоціальне право – це певні можливості учасників суспільного життя, які необхідні для задоволення їхніх біологічно й соціально обґрунтованих – за конкретно-історичних умов – потреб існування і розвитку, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені відповідними обов'язками інших суб'єктів». [2, с. 17] Інститут рабства у США був одним із найпоказовіших соціальних явищ, яке заперечує усі основні досягнення та здобутки цивілізації, такі як демократія, толерантність та відповідальність один перед одним. Ідея можливості панування, володіння особою заперечує демократичні уявлення про права особи. Поступово рабство як масове явище відмерло в більшості розвинутих країн, а в інших воно було заборонене внаслідок розвитку економіки та суспільства. Утім, рабство й досі існує в деяких регіонах світу, а як явище, як нелегальна форма трудових відносин - у більшості країн світу. Варто відзначити, що, незважаючи на негативні характеристики інституту рабства як соціального феномену, його можна вважати одним із ключових моментів історії США протягом кількох століть.

З розвитком економіки та суспільних відносин, расизм почав швидко розповсюджуватися на території США, що призвело до швидкого розмежування соціальної ролі чорних та білих. Станом на 1770 р. афроамериканці вже становили 40% усього населення країни та відігравали роль провідної робочої сили у сільськогосподарській економіці, але сприймалися суто як предмет власності білого работорговця, що мав необмежену над ним владу. На нашу думку, підневільне становище рабів ускладнювалося тим, що діти рабів автоматично ставали суб'єктами права та могли бути продані одразу після народження, а також тим, що господар мав право вбити чи жорстоко покарати раба за будь-які провини. Усі ці права були законодавчо

закріплені у так званих «чорних кодексах» - кодифікованих збірках законодавства штатів, яке чітко регламентувало поведінку раба.

Прийнятий у 1705 р. «Кодекс Рабів Вірджинії» постановляв: «Усіх рабів з числа негрів, мулатів та індіанців у домініоні ... вважати рухомою власністю. Якщо раб чинить опір своєму господареві ... котрий вживає до такого раба виправних заходів, і якщо в ході виправлення раб виявляється вбитим... господар звільняється від усякого покарання... ніби нічого подібного і не трапилось». [див: 3, с. 19]. Жорстоке ставлення було нерідкісним для рабовласників, заохочене законодавством, що закріплювало за ними права таврування, побиття і скалічення та навіть забороняло в окремих випадках будь-яке навчання рабів грамоті та наукам. Рабство з перших днів незалежності США було своєрідним наріжним каменем суперечок між двома частинами ще молодої країни. У той час як Південь широко використовував рабську працю, Північ була радикально налаштована проти такого елементу у економіці. Здавалося б, що проголошення незалежності мало б чимось об'єднати два полюси країни, проте опозиційність у розумінні значимості та вагомості інституту рабства призвела до громадянської війни.

Насамперед варто наголосити на вагомості Декларації незалежності США 1776 р. Вона містить хвилюючі фрази про спільне братерство та взаємопідтримку білих та чорних: «Ми вважаємо за самоочевидні істини, що усі люди створені рівними і наділені Творцем певними невід'ємними правами, до яких належить право на життя, на свободу і на прагнення до щастя». [4, с. 14]. Подальше використання рабства мало б стати неможливим у контексті проголошених ідей, що поширювалися борцями за незалежність, проте саме тоді, коли, здавалось би, рабству буде покладено кінець, Америка прийняла так звану «Оборудку Фауста».

Б. Т. Тищик, оцінюючи значимість Декларації незалежності США 1776 р., підкреслює: «Вона не лише проголосила народження нової нації, а й сформувала філософію свободи людини, що мала стати рушійною силою в усьому світі» [5, с. 29]. Б. Т. Тищик, зазначає, що саме ця Декларація посприяла справі боротьби за незалежність американського народу та інших народів світу: «Вона стала своєрідним сигналом, закликом до боротьби за звільнення від гніту і свободу усім поневоленим народам, зокрема у Європі, де ще панували феодалізм, станові привілеї дворянства і духовенства, безправ'я народу, особиста залежність селян, гноблення. Декларація, як і вся боротьба американського народу, стала прикладом для наслідування» [5, с. 33]. Політичні та громадські організації, що сприймали рабство як ганебне явище рабовласництва, утворили в 1854 р. Республіканську партію. «Прокламація про незалежність» стверджувала фактичну та юридичну свободу усі чорношкірих. Проте варто відзначити, що багато рабів не були готові до кардинальної зміни своєї долі та залишалися на своїх колишніх плантаціях або ж вирушали на Північ у пошуках кращого життя.

Цей час характеризувався багатьма новими відкриттями та досягненнями, проте все-таки найважливішою подією для США того періоду було розроблення Республіканською партією концепції знаменитої «Американської мрії» [7]. Вона є концепцією такого політично-юридичного явища, як Національна ідея. Для Сполучених Штатів такою ідеєю стало переконання, що кожен може чесною та відданою працею досягти висот кар'єрного та духовного розвитку.

Висновки. Світове суспільство рухається вперед у напрямі до «правової та соціальної держави», про яку так багато мовлено з університетських кафедр. Приклад Руху боротьби за громадянські права показує практичну реалізацію правових законодавчих актів, за допомогою яких члени суспільства прагнуть реалізувати закріплене у Декларації про незалежність США «право на щастя».

Необхідно підкреслити, що у численних міжнародних деклараціях, пактах і конвенціях, які були прийняті Організацією Об'єднаних Націй, підтверджується той факт, що всі люди мають рівні природні та соціальні права [6]. У свою чергу, держави-учасниці Організації Об'єднаних Націй - беруть зобов'язання щодо забезпечення і захисту цих прав. Проте расова дискримінація досі перешкоджає повному здійсненню прав людини, оскільки відмінності, які ґрунтуються на ознаках раси, національного чи етнічного походження, продовжують

створювати й загострювати конфлікти. Декларація Незалежності, відповідає на деякі події, що відбуваються у сучасній Україні: актуально звучать слова, що, коли довгий ряд зловживань і насильств, незмінно підпорядкованих одній і тій же меті, свідчить про підступний задум змусити народ змиритися з необмеженим деспотизмом, повалення такого уряду і створення нових гарантій безпеки на майбутнє стає правом і обов'язком народу [4].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бойко І.Й. Держава і право Гетьманщини : навч. пос. для студ. вищих та середніх спец. юр. навч. закладів і фак./ І.Й. Бойко. – Львів : Світ, 2000. – 120 с.
2. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : [Посібник]. П.М. Рабінович. – Вид. 10-те. доповн. – Львів : Край, 2008. – 224 с.
3. The Virginia Declaration of Rights 1776. // American Legal History: Cases and Materials, by Kermit L. Hall, William M. Wiecek, and Paul Finkelman. \ - New York: Oxford University Press, 1991. — P. 69-70.
4. Декларація незалежності // Тіндалл Дж. Б., Шай Д.Е. Історія Америки Дж. Б. Тіндалл, Д.Е. Шай. 6-те вид. / пер. з англ. Л. Притула, Г. Сташків, О. Щур – Львів : Літопис, 2010. – С. 840-843.
5. Тищик Б.Й. Історія держави і права зарубіжних країн (Середні віки і ранній новий час) / Б. Й. Тищик. – Львів : Світ, 2006. – 576 с.
6. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21 січня 1969 р. (поправки до Конвенції внесені Постановою ВР № 3936–12 від 4 лютого 1994 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 23. – С. 169) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua .
7. Конституція Сполучених Штатів Америки // Тіндалл Дж. Б., Шай Д.Е. - Історія Америки Дж. Б. Тіндалл, Д.Е. Шай. 6-те вид. / пер. з англ. Л. Притула, Г. Сташків, О. Щур. Львів : Літопис, 2010. – С. 849-857.

SUMMARY

It is stressed that the movement of struggle for civil rights in the United States is an example of the natural human rights legal implementation. The article also deals with the analysis of the struggle for civil and legal rights of the black population in the USA.

Key words: civil society, human rights, slavery, discrimination, independence.

М. Дворовий

Україна

Національний університет «Києво-Могилянська академія»

Науковий керівник – зав. кафедри міжнародного права НаУКМА, док. права, доц. М.

Антонович

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ МОВНИХ ПРАВ

Питання мовних прав стало предметом дослідження в юридичній літературі починаючи з кінця 1960-х рр. Одним із перших поняття «мовні права» окреслив професор Ярослав Рудницький. У своїй праці «Language Rights and Linguicide» він висуває суміжні терміни – «language rights» та «linguistic rights». Принципової різниці між цими дефініціями немає, зокрема, вони вживаються як «linguistic (language) rights» [1, р. 30]. Як зазначає Борис Ажнюк, обидві форми використовуються у працях науковців різних країн, є рівнозначні і сформовані під впливом іспанського терміна «derechos linguisticos» та французького «droits linguistiques», а також німецького - «spracherecht» термінів [2, с. 75]. Донині науковці не дійшли згоди у питанні термінологічної єдності.

Щодо концепції Я. Рудницького, то науковець стверджує, що мовні права необхідно розглядати у двох вимірах: як індивідуальні та як колективні права. Індивідуальним мовним правом є невід’ємне право на мову, яке не надається державою або будь-якою іншою соціальною інституцією [1, р. 23]. Можемо стверджувати, що таке право розглядається як природне і не належить до сфери позитивного законодавства, тобто не потребує закріплення в правових актах загалом і не може надаватися ними. Колективні мовні права, навпаки, належать саме до регулювання сферою права. За Я. Рудницьким, таке регулювання може передбачати три шляхи закріплення:

- 1) мова може бути повністю визнана або заборонена у сфері публічного життя;
- 2) мова може бути загалом визнана у відносинах між громадянами країни, в органах влади, перед судами тощо;
- 3) мова може бути визнана або заборонена як мова навчання («instructional language») в усій країні чи її частині [1, р. 24].

Як бачимо, цими положеннями окреслюються сфери застосування мовних прав. Також науковець доходить висновку, що будь-яка група всередині держави або нації має первинне право берегти та розвивати свою мову і вимагати визнання такого права у конституційних та адміністративно-інституційних нормах [1, р. 29].

Тематика мовних прав почала інтенсивно досліджуватися в працях науковців уже наприкінці 1980-х – на початку 1990-х рр. поряд із затвердженням таких прав на міжнародно-правовому рівні та прийняттям основних документів з питань національних меншин. Значного впливу на становлення цього правового інституту здійснили Тове Скутнабб-Кангас та Роберт Філліпсон. Хоча вони відомі переважно дослідженнями мовних прав у сфері освіти, проте саме за їх редакцією у 1994 р. вийшла книга «Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination», в якій були відтворені найсуттєвіші здобутки у сфері мовних прав, а також запропоновані нові підходи, зокрема так званий LHR (linguistic human rights = linguistic rights + human rights). На думку авторів, мовні права людини є базовими і, незважаючи на те, що їхня фундаментальність не оспорується для мовців домінантної мови, вони потребують особливого захисту у контексті прав мовних меншин [3, р. 2].

Т. Скутнабб-Кангас та Р. Філліпсон теж розглядають мовні права як індивідуальні та колективні, причому такі мовні права людини не є абсолютними. Індивідуальні права означають право ідентифікувати себе як носія рідної мови та право на повагу інших до такої ідентифікації. Дослідники відносять сюди право вивчати рідну мову та використовувати її в офіційних структурах. Під колективними мовними правами розуміють комплекс прав меншин, пов’язаних з розвитком своєї мови, а саме: право створювати власні школи, гарантії представлення меншини у політичних відносинах держави та право на автономію хоча б у галузі культури, освіти, релігії, інформації та соціальних відносин. Фінансовою базою

забезпечення цих прав мають бути гранти або ж податки [3, р. 2]. Необхідність нормативного закріплення мовних прав людини автори пов'язують з тим, що наслідком їх порушення можуть бути порушення інших прав, таких як право на справедливе політичне представництво, справедливий судовий розгляд, доступ до освіти, свободу слова та збереження культурної спадщини [3, р. 2]. Більше того, мовні права людини розглядаються авторами як основний чинник деяких міжнародних конфліктів [3, р. 7].

Варто додати, що саме в контексті вказаних прав людини, закріплених у міжнародних документах з середини XX ст, переважно розглядаються порушення мовних прав судовими інституціями світу.

У 1997 р. вийшла стаття Крістіни Полстон «Language Policies and Language Rights», в якій авторка підсумувала наявні на той час теоретичні положення щодо мовних прав. К. Полстон загалом погоджується з розмежуванням колективних та індивідуальних мовних прав, пов'язує такий поділ ще з традиціями римського права. Авторка критикує термінологічну концепцію LHR Т. Скоттабб-Кангас, оскільки, на її думку, мовні права апіорі є правами саме людини [4, р. 76]. Дослідниця також виділила дві принципових проблеми у розумінні мовних прав:

1. Як необхідно закріплювати мовні права: за принципом територіальності чи за принципом персонального закріплення? [4, р. 79-81];

2. Мовні права є універсальними чи їх слід розглядати крізь призму внутрішніх елементів («emic rights»)? [4, р. 81-83].

Перше питання є проблемним унаслідок того, що в світі застосовуються обидва принципи: принцип територіальності, за яким мовні права закріплюються за певною адміністративною територією (Бельгія, Швейцарія), та принцип персонального закріплення, згідно з яким належність прав пов'язується з мовним статусом особи. Саме принцип територіальності превалує у світовій практиці та знайшов своє відображення, незважаючи на намагання поєднання принципів, у Європейській хартії регіональних мов або мов меншин.

До другого питання авторка звернулася через те, що мовні права, на її думку, варто розглядати не лише в юридичній площині, а й з позиції інших наук, зокрема, варто не тільки враховувати поверхові мовні структури, а й розглядати культурні шляхи розвитку мови. Можливо, це є відлунням концепції культурного релятивізму прав людини, характерної для сучасної юридичної науки.

Лаурі Мьялсоо пропонує не обмежувати мовні права як права меншин та визначає їх як норми і стандарти прав людини, що пов'язані з вживанням особою рідної мови та застосовуються універсально, незалежно від належності особи до мовної меншості чи мовної більшості у державі [5, р. 432]. Автор пропонує три погляди на інституціоналізацію мовних прав: як засіб збереження миру та безпеки [5, р. 435], як засобу проголошення рівного ставлення до індивідів [5, р. 440] та як засобу збереження мовного різноманіття [5, р. 444]. Таке визначення видається найбільш прийнятним і таким, що найкраще віддзеркалює сутність мовних прав.

Хав'єр Арсос у статті «The Nature of Language Rights» аналізує значну кількість теоретичних та практичних питань, пов'язаних з мовними правами. Суттєвій критиці піддаються концепція LHR [6, р. 3] та позиції Ф. де Варенна [6, р. 11], оскільки права людини мають, в ідеалі, обмежувати поведінку держави, тимчасом як мовні права переважно є питанням, яке відноситься до політичного вирішення. Відповідно поєднання обох понять призводить до викривлення їхнього змісту та неправильного співвідношення понять права та політики. Автор пропонує розділити мовні права за двома основними групами: права, що спрямовані на встановлення режиму мовної толерантності, та права, спрямовані на промоцію мови [6, р. 5]. Саме до першої групи прав Х. Арсос відносить загальні права людини, що тією чи іншою мірою торкаються мови (свобода вираження, повага до приватного життя, право на недискримінацію тощо). Цей чинник, а також факт належності більшості документів у сфері мовних прав людини до «soft law» [6, р. 7] не дозволяє віднести їх до фундаментальних прав.

Така точка зору має право на існування, проте є надто песимістичною, оскільки необхідно прагнути до виведення правових питань зі сфери політики або хоча б намагатися юридично закріпити непорушність мовних прав.

У статтях українських дослідників інститут мовних прав та його правова природа аналізуються здебільшого побічно. Так, Є. Ткаченко у своїй монографії обмежується розглядом мовних прав національних меншин. Він теж розподіляє їх на індивідуальні та колективні, причому, на його думку, через індивідуальні мовні права реалізується мовна свобода представників національних меншин, а також стверджує те, що такі права не є абсолютними [7, с. 110-111]. М. Антонович у своїй праці аналізує історію та проблематику українського мовного законодавства загалом, проте не оминає мовні права і відносить їх до колективних прав [8, с. 263-270]. С. Шевчук розглядає мовні права як елемент свободи слова та відповідно права на свободу вираження поглядів [9, с. 438-440]. С. Мельник послуговується визначенням мовних прав, поданим на інтернет-ресурсі Вікіпедія, - індивідуальні або колективні права людини, які передбачають можливість вибору мови або мов у приватній та публічній сферах, хоча при цьому для контрасту наводить визначення словенського дослідника С. Вілфана, що визначає мовні права як законодавчо врегульоване використання мов у суспільному житті, яке є складовою заходів щодо міжетнічного врегулювання у країні зі змішаною етнічною структурою [10, с. 96]. З останнім визначенням важко погодитися, оскільки, безумовно, мовні права існують і для мовної більшості, однак вони рідко коли заперечуються, бо є такими, які начебто самі собою гарантуються та охороняються державою та, як наслідок, не потребують додаткового законодавчого закріплення і захисту. Також С. Мельник робить акцент на соціолінгвістичній важливості колективних мовних прав. На думку авторки, колективні права виявляються у намаганні певної лінгвістичної групи відстоювати свої мовні уподобання та необхідність збереження і використання національної мови в усіх сферах суспільного життя [10, с. 97].

Отже, мовні права можна розглядати як сукупність індивідуальних та колективних прав, що пов'язані з вживанням особою або групою осіб рідної мови та застосовуються універсально, незалежно від належності особи до мовної меншості чи мовної більшості у державі. Таке визначення відбиває особливу природу цього правового інституту, поєднання в ньому кількох поколінь прав людини і дозволяє узагальнити здобутки юридичної науки задля використання у подальших дослідженнях у цьому напрямі, зокрема в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Rudnycky J. B. Language rights and linguisticide: special issue / J.B. Rudnycky. – Munich : Ukrainisches Technisch-Wirtschaftliches Institut, 1967. – P. 23-32.
2. Ажнюк Б. М. Соціолінгвістична термінологія: труднощі перекладу / Б.М. Ажнюк // Мовні і концептуальні картини світу. – Вип. 30. – 2010. – С. 71-76.
3. Skutnabb-Kangas T. Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination / T. Skutnabb-Kangas, R. Phillipson, M. Rannut - Walter de Gruyter, 1994. – 478 p.
4. Paulston Ch. B. Language policies and language rights / Ch. B. Paulston // Annual Review of Anthropology. – 1997. – Vol. 26. – P. 73-85.
5. Mälksoo L. Language Rights in International Law: Why the Phoenix is Still in the Ashes? / L. Mälksoo // Florida Journal of International Law. – Spring 2000. – Vol. 12, No. 3. – P. 431–465.
6. Arzoz X. The Nature of Language Rights / X. Arzoz // JEMIE. – 2007. – Vol. 6. – P.2. – [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.ecmi.de/publications/detail/issue-22007-59/>.
7. Ткаченко Є. В. Конституційно-правове регулювання мовних відносин: порівняльний аспект: монографія / Є. В. Ткаченко ; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 277 с.
8. Антонович М. М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини: теорія і практика / М. М. Антонович. - К. : ВД "Києво-Могилянська академія", 2007. - 384 с.

9. Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук — К. : Реферат, 2007. — 831 с.
10. Мельник С. Є. Мовні права в Україні: соціолінгвістична перспектива / С.Є. Мельник // Мовні і концептуальні картини світу. – 2010. – Вип. 29. – С. 95-99.

SUMMARY

This article deals with the evolution of worldwide theoretical knowledge on linguistic rights. The author analyzes the main theories and proposes the general definition based on the previous ones, presented by the scholars (the period starting from the 1960s).

Key words: language rights, linguistic rights, theory of human rights.

В. Кіцелюк

Україна

Івано-Франківський університет права імені Короля Данила Галицького
Науковий керівник - проректор з наукової роботи, к.ю.н., доц. О. Острогляд
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ ПОГЛЯД НА АДВОКАТСЬКЕ ДОСЬЄ В УМОВАХ
СЬОГОДЕННЯ

Постановка проблеми. Діяльність адвоката у вузькому розумінні зводиться до функції допомоги особам у вирішенні питань, пов'язаних з розглядом їх справ у суді і залежить від багатьох факторів. Зокрема, мова йтиме про можливість оперувати потрібною інформацією різного роду і чисельною кількістю. Збирання й зберігання такої інформації матиме допоміжне значення для адвоката лише у випадку можливості її подальшого використання. Зрозуміло, що зберігати в пам'яті й одночасно аналізувати потрібну інформацію, ще й в екстремальних короткочасних умовах важко для будь-кого (не тільки для адвоката, який не повинен плутатися в матеріалах чи забувати про них). Для цього й існує вироблений адвокатською практикою механізм «адвокатське досьє». Формування адвокатського досьє, незважаючи на незакріплення його на законодавчому рівні, покликане допомагати адвокату ефективно використовувати зібрану ним інформацію та своєчасно знаходити необхідні матеріали справи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Застосування практики формування адвокатської справи (досьє) в адвокатській діяльності не отримало відповідної уваги вчених, тобто теоретично не досліджене в повному обсязі. Частково це варто пов'язувати з тим, що ведення досьє – це індивідуально-творча діяльність кожного адвоката, яка залежить від його бачення розв'язання справи і в багатьох випадках відрізнятиметься від подібних, а також через фактор тісного взаємозв'язку з поняттям адвокатської таємниці. Саме тому практики не розкривають суті цього питання. Однак, варто зазначити вчених, які зробили внесок у дослідження цих питань. Серед них Я. П. Зейкан, який у підручнику «Настільна книга адвоката у кримінальній справі» дає визначення адвокатського досьє як сукупності відомостей, документів, предметів та інших носіїв інформації, зібраних адвокатом у процесі надання правової допомоги [1].

Постановка завдання. Основним завдання нашого дослідження є визначення поняття «адвокатське досьє», вироблених практикою правил формування, його функцій та ролі в адвокатській діяльності.

Виклад основного матеріалу дослідження. У роботі адвоката особливо важливого значення набуває інформація чи то у вигляді даних про осіб, витягів з нормативно-правових актів, чи матеріалів справи. Адвокату доводиться оперувати великою кількістю різного роду інформації, впорядкування і вміле формування якої визначатиме майстерність адвоката. Тобто основним змістом адвокатського досьє (адвокатської справи) є комплекс інформаційних матеріалів та копій документів, які знаходяться на паперових і цифрових носіях й використовуються виключно для виконання завдань договору про надання правової допомоги. Отож, досьє – це не хаотичний набір документів та копій матеріалів справи, а логічне, у відповідно до стратегії ведення справи, впорядкування отриманої адвокатом інформації.

Характерні ознаки адвокатської справи:

1. Відсутність законодавчого закріплення.
2. Довільний, проте не хаотичний порядок.
3. Наповнення різного роду інформацією.
4. Конфіденційність.

Адвокатське досьє формується з моменту допуску до участі у справі і ведеться до закінчення повноважень у справі.

Як уже зазначалося, формування адвокатської справи не є обов'язковим і не має посилання на вимоги законодавства. Проте на офіційному Інтернет-порталі Національної асоціації адвокатів України містяться рекомендації Ради адвокатів Харківської області з ведення адвокатського досьє, що ще раз наводить важливість його застосування. Ці

рекомендації дають змогу зрозуміти те, як на практиці потрібно оформлювати досьє, порядок формування, закріплюють положення про конфіденційність, умови зберігання тощо. Інакше кажучи, це наглядний приклад того, що адвокатське досьє використовується у практичній діяльності адвокатами, хоча й має рекомендаційний характер.

Щодо порядку формування документів адвокатської справи, то передбачається можливість формувати досьє у паперовому вигляді чи на електронному носії. Правильно було б використовувати обидва способи, а після закінчення справи залишити тільки електронний ресурс, який унеможливить вільний доступ. Використовуючи рекомендації Національної асоціації адвокатів України, формувати досьє пропонується в такій послідовності:

- ст. 1 – титульна сторінка, яка містить дані про адвоката, клієнта, дати початку ведення справи і обов'язково посилання на конфіденційність тезою «Конфіденційно!!! Документ містить адвокатську таємницю!!!» [2];

- ст. 2 – перелік матеріалів, що містить адвокатське досьє;

- ст.3 – дані про особу клієнта;

- ст. 4 – копія договору про надання адвокатських послуг.

Наступні сторінки повинні містити: копії позовних заяв та інших матеріалів справи, показання клієнта, свідків та інших сторін, витяги з нормативно-правових актів, на які можливі посилання. Окремими файлами потрібно формувати судові слухання, протоколи, постанови, а також інші процесуальні документи, докази адвоката та докази, які дають можливість заперечити дані іншої сторони. Крім того, окремо варто сформувати протокол судового розгляду та загального руху справи. Порядок формування основного наповнення досьє прямо залежатиме від стратегії бачення адвокатом розв'язання справи. Систематизувати матеріали справи можна за епізодами, за показаннями підзахисного, потерпілого, свідків, за експертними висновками, у хронологічній послідовності. У будь-якому разі захисник повинен вільно орієнтуватись у зроблених виписках та вміти швидко використати їх у ході судового розгляду справи. В кінці досьє пропонується ставити аркуш із датами судового розгляду та копією рішення суду.

Щодо конфіденційності, то відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» збереження адвокатської таємниці є професійним обов'язком адвоката. Згідно зі ст. 22 згаданого закону адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності [3]. Іншими словами, зважаючи на те, які об'єкти визначаються адвокатською таємницею, можна із впевненістю зазначити, що адвокатське досьє – своєрідний архів такої таємниці. Тобто, за аналогією, варто розуміти і співвідносити весь комплекс положень про адвокатську таємницю із адвокатським досьє.

Багаторічна практика формування досьє доводить його важливість для практичної діяльності адвоката. Крім вказаної функції досьє для технології роботи адвоката, адвокатська справа – це доказ виконаної роботи, яку при необхідності адвокат зможе пред'явити клієнту і власний архів адвоката. А також допомога адвокату при веденні аналогічних справ у майбутньому.

Безумовно, кожний адвокат при формуванні адвокатської справи обиратиме свій індивідуальний підхід. Проте основна функція досьє – це допомагати адвокату в його багатогранній діяльності. Тому задля забезпечення якості юридичної допомоги, що надається адвокатом, у документах повинен зберігатися порядок, щоб адвокату було просто і зручно працювати.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Зейкан Я. П. Настільна книга адвоката у кримінальній справі [Електронний ресурс] / Я. П. Зейкан. 2013. – 576 с. – Режим доступу : http://pidruchniki.ws/1327022155324/pravo/pro_advokatske_dosye.
2. Рекомендації Ради адвокатів Харківської області по веденню адвокатського дос'є / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://advokat.org.ua/news/novini-vse/rekomendac-radi-advokat-v-hark-vsko-oblast-po-vedennyu-advokatskogo-dos.html>.
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

SUMMARY

The article deals with the issues of advocate records. The definition of the concept is provided, its peculiarities, content of the notion and norms of arrangement are analyzed. The need of keeping records and its significance for increasing efficiency of advocate's work are substantiated.

Key words: advocate, advocate's records, advocate's case, case materials, information, client, privilege.

РОЗДІЛ II

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО, АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

О. Вилегжаніна

Україна

Національний університет «Києво-Могилянська академія»

Науковий керівник – д.ю.н., проф., зав. кафедри загальнотеоретичних і державно-правових наук НаУКМА М. Козюбра

ІНСТИТУТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В УКРАЇНІ

Серед складних та актуальних завдань удосконалення правового регулювання відносин у сфері відправлення конституційного судочинства в Україні постає питання про запровадження інституту конституційної скарги. Його сутність полягає у наявності права фізичних та юридичних осіб звернутися до органу конституційної юрисдикції за захистом порушених прав і свобод, закріплених Конституцією [1].

Хоча цієї проблеми торкалися у своїх дослідженнях ряд вітчизняних науковців, чимало її аспектів залишається належним чином не проаналізованими.

«Фахове обговорення проблеми визнання Україною інституту конституційної скарги потребує передовсім ретельного вивчення світового досвіду запровадження цього конституційно-правового інституту, відомого багатьом країнам, не лише Європи, а й інших частин світу.

В останні десятиріччя інститут конституційної скарги було запроваджено в країнах Східної Європи та Балтії (зокрема Польщі, Словенії, Словаччині, Угорщині, Чехії, Латвії, Литві), а також у країнах СНД (Російській Федерації, Казахстані) завдяки багаторічній позитивній практиці його функціонування насамперед у Федеративній Республіці Німеччина» [3].

Варто зазначити, що в нашій державі існує інститут конституційного звернення. Він передбачений Законом України "Про Конституційний Суд України" [2], згідно з яким громадяни, іноземці, особи без громадянства та юридичні особи можуть звертатися до Конституційного Суду України (далі – КСУ) з питань офіційного тлумачення Конституції та законів України. «Проте не все так легко, як здається на перший погляд: для того, аби звернутися до КСУ, потрібно принаймні знати, з яких саме питань людина може звертатися і які вимоги до таких звернень встановлені законом. З огляду на зазначене, і це, на мою думку, є очевидним, говорити про реальну можливість людини в Україні захистити свої конституційні права та свободи в КСУ через конституційне звернення виглядає доволі ілюзорною» [6], адже даний інститут лише опосередковано забезпечує доступ до конституційного правосуддя звичайним громадянам.

Складність та недостатня дієвість звернень громадян до КСУ спонукають до пошуку вирішення питання захисту їх порушених прав і свобод, адже, «з одного боку, КСУ за своєю правовою природою захищає права і свободи людини, шляхом оцінки конституційності законів та інших актів органів влади, міжнародних договорів, офіційного тлумачення Конституції та законів України, а також за рахунок перевірки законопроектів про внесення змін до КУ на предмет неприпустимості в них положень, які б скасовували чи обмежували права і свободи людини та громадянина. І тут наче все прозоро і зрозуміло. Проте, з іншого боку, ухвалюючи Конституцію й передбачивши подальше функціонування КСУ, законодавець вчинив досить обережно, визначаючи спосіб захисту конституційних прав і свобод людини конституційною юстицією, закріпивши фактично опосередкований механізм зазначеного, коли це відбувається шляхом звернення громадянина лише для офіційного тлумачення певного законодавчого акта або коли в його інтересах з конституційним поданням до Конституційного Суду України для тлумачення певного законодавчого акта звертається Президент України, народні депутати (не

менше 45), Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховний Суд України, Кабінет Міністрів України, інші органи державної влади та місцевого самоврядування. За таких умов говорити про реальну доступність звичайного громадянина України до захисту своїх конституційних прав і свобод не доводиться» [6].

Проте якщо звернутися до практики діяльності Конституційного Суду України, то можна відзначити, що громадяни України звертались до Суду у межах закріплених Конституцією України та Законом України “Про Конституційний Суд України” прав. Аналіз змісту мотивувальних частин рішень і ухвал Конституційного Суду України як результатів розгляду конституційних звернень дозволяє зробити декілька висновків. По-перше, необхідність в офіційному тлумаченні виникає, в основному, у зв’язку з неоднаковим застосуванням судами однієї й тієї ж норми, що призводить до обмеження конституційних прав. По-друге, фактичною причиною конституційних звернень є обмеження чи порушення конституційних прав і свобод людини та громадянина.

Отже, зважаючи на світовий досвід, можна дослідити правову природу інституту конституційної скарги і вирішити, в якому вигляді його доцільніше запровадити в Україні. Звернемося до класифікації конституційних скарг, відомих світовій практиці конституційного правосуддя:

Так предметом конституційної скарги може бути оскарження:

а) закону або його окремих положень (Бразилія, Німеччина, Іспанія, Словенія, Російська Федерація тощо);

б) інших нормативних актів (Грузія, Німеччина);

в) індивідуальних адміністративних актів (Австрія, Швейцарія);

г) судових рішень.

До прикладу, Конституційний Суд Російської Федерації за скаргами про порушення конституційних прав і свобод громадян, а також за запитам суддів перевіряє конституційність закону, який застосовується чи має бути застосований у конкретній справі.

Суб'єктами конституційної скарги можуть бути:

а) виключно громадяни;

б) усі фізичні особи;

в) фізичні та юридичні особи.

Підставами для подання конституційної скарги можуть виступати:

а) загальні (абстрактні);

б) казуальні.

Таким чином, проаналізувавши цю класифікацію, найкращим для України було б законодавче утвердження інституту конституційної скарги, предметом якого було б оскарження законів (або окремих положень) і інших нормативних актів (як здійснюється при конституційному поданні, що знайшло своє відображення у ч.1 ст.150 ЗУ «Про Конституційний Суд України»).

Оскільки в правовій державі діє принцип юридичної рівності, суб'єктом виступали б усі фізичні та юридичні особи, а підставою для подання конституційної скарги мало би бути порушення прав та свобод людини, гарантовані Конституцією України, що виключатиме надмірне навантаження КСУ конституційними скаргами фізичних та юридичних осіб (усі інші питання — у порядку адміністративного судочинства).

Отже, виходячи із практики більшості європейських держав, де інститут конституційної скарги є реальним та дієвим способом захисту прав людини та з вищевикладеного, можна зробити висновок, що запровадження інституту конституційної скарги в Україні є необхідним і може розглядатися в якості гарантії захисту прав громадян від свавілля влади і реалізації індивідом можливості участі в процесі управління державою і суспільством, оскільки він забезпечуватиме не опосередкований, а безпосередній доступ фізичних та юридичних осіб до конституційного правосуддя.

З огляду на це очевидно, що ведення інституту конституційної скарги навіть в той час коли існує інститут конституційного звернення, є доцільним.

Проте запровадження інституту конституційної скарги потребує внесення змін до законодавства, зокрема, і до Конституції України, зокрема, ч.2 ст.147 Конституції України доцільно доповнити словами: “а також захищає порушені права і свободи фізичних і юридичних осіб, закріплені в Конституції України”.

Варто зазначити, що механізм реалізації запропонованої зміни передбачатиме доповнення Закону України ”Про Конституційний Суд України”, Регламенту Конституційного Суду України, а також внесення змін до Кодексу адміністративного судочинства України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. - К. : Юрінком, 1996. - 80 с.
2. Закон України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. - 1996. - № 49. - Ст. 272.
3. Гультай М.М. Особливості функціонування інституту конституційної скарги у Федеративній Республіці Німеччина [Електронний ресурс]/ М.М. Гультай. — Режим доступу : <http://www.viche.info/journal/2695/>.
4. Гультай М.М. Конституційна скарга як інститут конституційного права [Електронний ресурс]/ М.М. Гультай. — Режим доступу : http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/1.2012/Gultai.pdf.
5. Портнов А.В. Становлення і розвиток конституційного судочинства в Україні: теоретичні та практичні проблеми [Електронний ресурс]/ А.В. Портнов. — Режим доступу : <http://lawbook.org.ua/index.php/biblioteka/avtoreferaty/ukraina/svobodnyj-dostup/12-00-02-konstitutsijne-pravo-munitsipalne-pravo/876-portnov-andrij-volodimirovich-stanovlennya-i-rozvitok-konstitutsijnogo-sudochinstva-v-ukrajini-teoretichni-ta-praktichni-problemi>.
6. Іллюк М. Конституційне звернення: законодавча ілюзія чи реальне право громадян?[Електронний ресурс]/ Іллюк М. —Режим доступу: http://smi.liga.net/articles/2012-02-22/4328355-konstituts_ynе_zvernennya_zakonodavcha_lyuz_ya_chi_realne_pravo_gromadyan.htm.
7. Бакірова І.О. Конституційне звернення та конституційна скарга: переваги та недоліки[Електронний ресурс]/ І.О. Бакірова. — Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/11351>.

SUMMARY

The article raises the issue of feasibility of introducing an institute of constitutional complaint in Ukraine basing it on the analysis of international experience in the regulation of this institute. The mechanism of the institute of constitutional complaint implementation in the legal system of Ukraine is researched.

Key words: institute of constitutional complaint, institute of constitutional petition, Constitution of Ukraine, Constitutional Court of Ukraine, national legal system, international experience.

Н. Леунова

Україна

Сумський державний університет

Науковий керівник – ст. викладач кафедри АГПФЕБ, к.ю.н. М. Колеснікова

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Серед способів правового захисту прав, свобод, інтересів людини і громадянина особливе місце посідає правовий захист з боку незалежного органу - адміністративного суду. Його діяльність покликана гарантувати дотримання прав людини у її відносинах із владними структурами, дозволяє дати належну оцінку діяльності суб'єктів, що мають владні повноваження, у випадку порушення ними чинного законодавства і, тим самим, забезпечити реалізацію принципу відповідальності державної влади за свою діяльність перед людиною. За таких умов потребує поглибленого дослідження інститут представництва прокурора в адміністративному судовому процесі, оскільки Конституція України та Закон України "Про прокуратуру" покладають на прокурора обов'язок представляти інтереси громадян, а насамперед - інтереси найуразливіших верств населення.

Метою дослідження є визначення особливостей здійснення прокурором функції захисту прав, свобод та інтересів громадянина у адміністративному судовому процесі та обґрунтування напрямів розвитку адміністративного процесуального законодавства у цій сфері, а також формулювання відповідних рекомендацій щодо вдосконалення чинного законодавства.

Визначена мета обумовила такі завдання наукового дослідження:

- визначити місце інституту участі прокурора в адміністративному судовому процесі у міждисциплінарному інституті представництва;
- систематизувати правові основи участі прокурора в адміністративному судовому процесі;
- охарактеризувати особливості адміністративної процесуальної правосуб'єктності прокурора в адміністративному судовому процесі при захисті прав, свобод та законних інтересів громадянина;
- здійснити порівняльний аналіз форм захисту прокурором прав, свобод та законних інтересів громадянина в адміністративному судовому процесі та у цивільному й господарському процесах, визначити особливості захисту на кожній стадії адміністративного судового процесу;
- визначити напрями вдосконалення адміністративного процесуального законодавства у частині, що стосується регулювання відносин щодо здійснення прокурором функції представництва та сформулювати відповідні пропозиції щодо змін.

Об'єктом дослідження виступають суспільні відносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням прокурором захисту прав, свобод та інтересів громадянина в адміністративному судовому процесі.

Предметом дослідження є здійснення функції захисту прокурором прав, свобод та інтересів громадянина при проведенні адміністративного судочинства.

Правовий статус прокурора в адміністративному судочинстві визначений Конституцією України, Законом України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 р. та Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України). Щодо важливості представницької функції прокуратури, то Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 8 квітня 1990 р. № 3-рп/99 наголосив, що під представництвом прокуратурою України інтересів громадянина або держави в суді, виходячи зі змісту п.2 ст.121 Конституції України, необхідно розуміти правовідносини, в яких прокурор, реалізуючи окреслені Конституцією та законами України повноваження, забезпечує в суді процесуальні дії, спрямовані на захист інтересів громадянина і держави. Представництво прокуратурою України інтересів у суді відрізняється від інших видів представництва за рядом специфічних ознак: за складом представників та колом суб'єктів, інтереси яких вона представляє, обсягом повноважень, формами їх реалізації.

Відповідно до ст. 36-1 Закону України «Про прокуратуру» представництво прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді полягає у здійсненні прокурорами від імені держави процесуальних та інших дій, спрямованих на захист у суді інтересів громадянина або держави у випадках, передбачених законом. З викладеного випливає, що представництво прокурором в адміністративному судочинстві є представництвом у сфері публічно-правових відносин [4].

Відповідно до КАС України об'єктами представництва при вступі прокурора у справу, порушену за заявою іншої особи, є права, свободи та інтереси громадян або держави. Для підтвердження своїх повноважень в адміністративному судочинстві прокурору не потрібно надавати адміністративному суду жодних документів (довіреностей), бо він виконує обов'язки, надані йому законом, у справах, в яких прокурор не виконує функції представництва, а прокуратура виступає як сторона в адміністративному процесі. Повноваження її представника, крім керівника прокуратури, повинні підтверджуватися документами, визначеними ст. 58 КАС України [2].

Дуже часто вважають, що прокурор, ставши учасником адміністративного процесу, користується правами та виконує обов'язки сторони або особи, в інтересах якої він діє, а отже, має право вчиняти в суді процесуальні дії, передбачені для сторони, третьої особи. Однак О. Костенко та М. Азарова вважають, що «у Кодексі адміністративного судочинства України відсутня норма, яка б чітко вказувала на те, що прокурор наділений усіма правами й обов'язками особи, в інтересах якої він діє» [8]. Відповідно постає запитання: якими повноваженнями наділений прокурор в адміністративному процесі? На думку зазначених авторів, правильнішою є теза про те, що прокурор в адміністративному процесі для реалізації покладених на нього завдань щодо захисту прав та законних інтересів громадян і держави повинен мати права та обов'язки сторони, в інтересах якої він діє, адже, як відомо, повноваження сторони в процесі значно ширші, ніж повноваження її представника. Обсяг прав прокурора залежить від того, з якою зі сторін пов'язані інтереси держави чи громадянина.

Проаналізувавши ч.1-4 ст. 61 КАС України, можна зробити висновок, що обсяг прав та обов'язків прокурора в адміністративному судочинстві не завжди співпадає з обсягом прав і обов'язків сторони, на захист прав якої він виступає. Винятком є ті права, які належать позивачеві як суб'єкту публічно-правового спору. Так, органи прокуратури не можуть закінчувати справу примиренням, відмова прокурора від адміністративного позову або зміна позовних вимог не позбавляє особу, на захист прав, свобод та інтересів якої подано позов, права вимагати від суду розгляду справи, вирішення адміністративного позову в попередньому обсязі. У свою чергу, відмова органу, уповноваженого здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах, від адміністративного позову, поданого прокурором в інтересах держави, не позбавляє прокурора права підтримувати позов і вимагати вирішення спору по суті [7, с. 94].

Відповідно до Закону України «Про прокуратуру» підставою для представництва прокурором у суді інтересів держави є наявність порушень або загрози порушень інтересів держави. Представництво інтересів громадянина або держави здійснюється прокурором також на підставі заподіяння громадянину або державі шкоди внаслідок вчинення кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого законом про кримінальну відповідальність [4].

Форма представництва прокурора в адміністративному процесі – це закріплена в процесуальному законі можливість впливу його діяльності на розвиток адміністративного судочинства – на порушення справи у суді чи вступ уже в розпочатий іншими особами процес у справі.

Представництво прокурором інтересів громадянина в адміністративному суді першої інстанції є складною за змістом та формами процесуальною діяльністю, яка включає вчинення трьох комплексів процесуальних дій: підготовка та подання адміністративного позову, представництво на стадії попереднього судового розгляду, участь у розгляді справи.

Прокурорська робота з подання адміністративного позову до суду в інтересах громадянина умовно може бути поділена на два етапи: 1) спочатку готується позовна заява, виконуються усі вимоги процесуального законодавства щодо її змісту та форми, збираються необхідні для підтвердження позовних вимог докази; 2) настає стадія безпосереднього подання позовної заяви до суду, згідно з існуючими правилами територіальної та предметної підсудності. При цьому прокурор стежить за тим, як подані матеріали розглядаються адміністративним судом, чи не залишаються ним без руху, а також чи в установлений законом термін порушується провадження у справі, призначається день і час проведення попереднього засідання в ній. Особливістю позовних заяв, які подаються прокурором до адміністративного суду в інтересах захисту прав громадянина, є те, що в них, на відміну від звернень інших повноважних ініціаторів судового процесу (мається на увазі позивачів в матеріальному розумінні), має міститися також обґрунтування обставин – чому відповідний громадянин сам не може звернутися до адміністративного суду. При цьому до позовної заяви приєднуються відповідні письмові докази [6].

На стадії попереднього судового засідання прокурор має підготувати в разі потреби клопотання про витребування додаткових доказів у справі, якщо він може самостійно їх одержати, про виклик свідків, проведення судової експертизи тощо. Якщо прокурор встановить, що існує очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам чи інтересам особи, яку представляє, він має заявити клопотання про забезпечення позову. При організації підготовки до судового засідання діяльність прокурора має включати: 1) ознайомлення з матеріалами адміністративної справи; 2) пошук та вивчення всіх законодавчих норм з предмету спору, 3) аналіз відповідної судової практики; 4) вивчення методичної літератури щодо процедур судового розгляду; 5) підготовка приблизного переліку запитань у ході судового засідання; 6) перевірка існування перешкод для розгляду адміністративної справи й, у випадку необхідності, підготовка заяви про відвід судді (суддів), секретаря судового засідання [6, с.70-81].

Прокурор з урахуванням його процесуальної правосуб'єктності бере участь у судовому засіданні суду першої інстанції на всіх його етапах: 1) відкриття засідання та оголошення справи; 2) перевірка явки осіб, які беруть участь у справі; 3) роз'яснення перекладачеві його прав та обов'язків, приведення до присяги; 4) оголошення складу суду і роз'яснення права відводу; 5) роз'яснення судом учасникам розгляду справи їх прав та обов'язків; 6) розгляд клопотань та заяв осіб, які беруть участь у справі; 7) розгляд адміністративної справи по суті; 8) судові дебати; 9) закінчення розгляду справи та прийняття рішення по ній.

У наказі Генерального прокурора України №6гн від 29.11.2006 р. «Про організацію представництва прокурором у суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень» передбачено реалізацію представницьких функцій прокурора шляхом:

- підготовки та звернення до суду з адміністративними позовами (заявами),
- участі у розгляді судами справ;
- ініціювання перегляду незаконних судових рішень;
- захисту прав громадянина при виконанні судових рішень;
- вжиття передбачених законом заходів щодо усунення порушень закону при здійсненні судочинства, відповідальності винних у цьому осіб, а п.8.1 - реалізацію наданих законом повноважень щодо участі за своєю ініціативою у розгляді будь-якої справи та вступу у справу, якщо цього вимагає захист прав інтересів громадян [5].

М.В. Руденко, аналізуючи наведену класифікацію форм представництва прокурора у цивільному процесі, зазначає, що їх усі у кожній стадії процесу можна звести до двох форм: а) порушення справи і б) вступ у порушену справу. Отже, він зазначає залежність форми представництва прокурора від стадії процесу, однак уніфікує процесуальні дії, незважаючи на наявність певних їх особливостей. Такий підхід із високим ступенем узагальнення можна рекомендувати для характеристики особливостей структурної побудови адміністративного

судового процесу. Він не є безспірним, однак докладний аналіз позитивних та негативних сторін певною мірою виходить за межі предмету дослідження [10].

Доцільно виділяти підстави і приводи участі прокурора в адміністративному судовому процесі при перегляді судових рішень. Прокурор може брати участь у процесі у зв'язку із письмовими чи усними зверненнями громадян, повідомленнями державних органів, громадських організацій, публікацій у засобах масової інформації тощо. Будь-яке повідомлення, яке його зацікавить, може бути приводом щодо участі в адміністративному судовому процесі. При цьому, якщо він не брав участі у справі, з метою вирішення питання про наявність підстав для подання апеляційної чи касаційної скарги, скарги за винятковими обставинами, заяви про перегляд рішення за нововиявленими обставинами має право ознайомитися з матеріалами справи в адміністративному суді (ч. 4 ст.61 КАС України).

Про апеляційне оскарження рішення суду першої інстанції прокурором спочатку подається заява. Обґрунтування мотивів оскарження і вимоги до суду апеляційної інстанції викладаються в апеляційній скарзі. Копія апеляційної скарги одночасно надсилається до суду апеляційної інстанції, яким є апеляційний адміністративний суд, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться місцевий адміністративний суд, що ухвалив рішення. Прокурор, який подав апеляційну скаргу, може відмовитися від неї або змінити її до закінчення апеляційного розгляду [11].

Якщо порівняти участь прокурора у цивільному судочинстві й адміністративному судочинстві, то можна виділити такі особливості: повноваження прокурора у цивільному процесі дозволяє зробити висновок про наявність певних особливостей апеляційного провадження, здійснюваного в адміністративному судовому процесі. Так, ЦПК України передбачає право прокурора відмовитися повністю або частково від апеляційної скарги. КАС України – тільки повністю. Змінити апеляційну скаргу ЦПК України дозволяє прокурору лише протягом строку апеляційного оскарження. КАС України продовжує цей строк до закінчення апеляційного розгляду. Крім того, ЦПК передбачає право прокурора відкликати апеляційну скаргу (ст. 300 ЦПК України). КАС України таке право не передбачає [12, с.531].

Аналіз світового досвіду участі прокурора у захисті суб'єктивних прав, свобод та інтересів у публічно-владній сфері в органах адміністративної юстиції дозволив визначити, що наразі сформувалося чотири моделі захисту. По-перше, в ряді країн має місце ситуація, коли прокуратура або взагалі відсутня, або здійснює функції лише кримінальної направленості. Представництво в судах інтересів громадян, в тому числі нездатних самостійно звертатися за судовим захистом, проводить адвокатура (Великобританія, Італія). Другу модель утворюють країни, в яких демократія знаходиться на високому ступені розвитку, де прокуратура виступає учасником адміністративного судового процесу з тим, щоб захищати в ньому передусім державні та інші публічні інтереси, інтереси законності. Суб'єктивні права громадян захищає адвокатура. Держава гарантує малозабезпеченим безоплатну правову допомогу (США, ФРН, Франція, Польща та ін.). Третя модель запроваджена в країнах, які знаходяться на перехідному етапі до побудови громадянського суспільства, формування розвиненої економічної системи. Прокурор виступає учасником адміністративного судочинства, забезпечуючи як інтереси держави, так і приватних осіб, нездатних самостійно захищати свої права, свободи від порушень суб'єктами владних повноважень (пенсіонерів, соціально незабезпечених, недієздатних, хворих, малолітніх тощо) (Російська Федерація, Угорщина, Молдова, Україна, Бразилія та ін.). Четверта модель функцій прокуратури в адміністративному процесі виявляється у країнах, в яких й дотепер відсутній політичний плюралізм, функціонує авторитарна держава. Прокуратура здійснює суцільний нагляд за законністю, зокрема за діяльністю органів правосуддя, уповноважується подавати позови й вступати в будь-який судовий процес, виходячи із суб'єктивної думки щодо необхідності захисту в ньому інтересів держави чи будь-якої особи (Таджикистан, Тукменія, Білорусь, Китайська Народна Республіка, Куба, В'єтнам) [8].

Із викладеного можна зробити висновок, що відповідно до ч. 1 ст. 2 КАС України завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин. При цьому поняття «публічно-правові відносини» у ст. 3 КАС України, присвячений визначенню понять, не сформульовано. Це справді досить складно зробити, враховуючи тісне переплетення у реальному житті публічно-правових і приватно-правових відносин. Щоправда, інтереси держави як форми політичної організації усього суспільства завжди мають публічно-правовий характер. Що ж стосується громадян (у широкому розумінні), то, захищаючи їх інтереси, прокурор неминує втручається у сферу приватно-правових відносин і захищає порушені у цій сфері права. Думається, що юридичний конфлікт набуває ознак публічно-правового спору (цей термін фігурує у п. 1 ч. 1 ст. 3 КАС України) передусім тому, що одним із його учасників обов'язково виступає орган публічної влади (державний орган або орган місцевого самоврядування).

Варто зазначити, що прокурор здійснює в адміністративному суді представництво інтересів громадянина чи держави в порядку, встановленому КАС України та іншими законами, і може здійснювати представництво на будь-якій стадії адміністративного процесу (ч.2 ст. 60 КАС України). Тут потрібно вказати на суттєву суперечність між цією нормою і положенням ч. 1 ст. 2 КАС України, оскільки остання серед завдань адміністративного судочинства не передбачає захисту інтересів держави [10].

За положеннями КАС України, прокурор має право подати адміністративний позов до суду першої інстанції (ст. 104). Незалежно від участі у справі він наділений правом оскарження рішень адміністративного суду як в апеляційному, так і в касаційному порядку (ст. 185, 211). Однак вступ прокурора в адміністративний процес на будь-якій стадії зовсім не означає його право, наприклад вступити у справу, яка розглядається адміністративним судом першої інстанції, на стадії судових дебатів. Під стадіями адміністративного процесу у сенсі ч.2 ст. 60 КАС України необхідно розуміти: розгляд адміністративної справи окружним адміністративним судом (перша стадія); розгляд справи апеляційним адміністративним судом (друга стадія) тощо. Звідси випливає, що прокурор вправі вступити в адміністративну справу шляхом подання адміністративного позову, оскарження судового рішення, подання скарги (заяви) про перегляд справи за винятковими чи нововиявленими обставинами.

Хоча прокурор в адміністративному процесі має рівні процесуальні права з іншими учасниками і є суб'єктом звернення до адміністративного суду, він не може вважатися звичайною стороною у процесі. Відповідно до ч. 1 ст. 49 КАС України особи, які беруть участь у справі, мають не лише рівні процесуальні права, а й обов'язки. Проте у реальному житті обов'язки прокурора є значно ширшими і їх не можна ототожнювати з процесуальними обов'язками. Залишається в силі положення ст. 34 Закону України «Про прокуратуру», відповідно до якої прокурор, що бере участь у розгляді справ у судах, сприяє виконанню вимог закону про всебічний, повний і об'єктивний розгляд справ та постановленню судових рішень, що ґрунтуються на законі. Таке завдання, а отже - й обов'язки не можуть покладатися на інших учасників процесу. Це випливає із загального завдання прокуратури, діяльність якої має бути спрямована на всебічне утвердження верховенства права і закону, зміцнення правопорядку (ст. 4 Закону України «Про прокуратуру»). Серед принципів адміністративного судочинства у п. 1 і 2 ч. 1 ст. 7 КАС України названі верховенство права і законність, зміст яких розкривається у ст. 8 і 9 КАС України. Отже, можна стверджувати, що не лише суд, а й прокурор, який ініціює адміністративний процес і бере у ньому участь, можуть розглядатися суб'єктами забезпечення як верховенства права, так і законності.

Юридичний інтерес прокурора до адміністративного процесу завжди має державний характер. Проте інтерес органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, фізичних та юридичних осіб, які зазначені поряд із прокурором у ст.60 КАС України, зовсім інший - цей інтерес має переважно відомчий характер. Юридичний інтерес до адміністративного процесу

найчастіше визначається місцем зазначених органів у системі органів держави; вони беруть участь в адміністративній справі з огляду на покладену на них службову компетенцію. Засобом порушення адміністративно-правового захисту інтересів людини чи суспільства в адміністративному судочинстві виступає адміністративний позов. Визначене ч. 2 ст. 60 КАС України представництво прокурором інтересів громадянина в адміністративному суді не варто обмежувати лише випадками подання прокурором адміністративного позову й участі в судовому засіданні з розгляду адміністративної справи з метою захисту прав і свобод у публічно-владній сфері громадян, які самотійно не можуть звернутися до адміністративного суду (малозабезпечених, інвалідів, неповнолітніх тощо). Цю норму закону необхідно розуміти так, що вона надає прокурору загальну (безвідносну) можливість звернутися до адміністративного суду для захисту прав і свобод будь-якого громадянина, якщо він установить факт порушення органами публічного управління прав, свобод чи законних інтересів громадянина.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України від 26 червня 1996 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
2. Кодекс з адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
3. Цивільно процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.
4. Про прокуратуру: Закон України від 05.11.1991 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1789-12>.
5. Про організацію представництва прокурором в суді інтересів громадянина або держави та їх захисту при виконанні судових рішень: Наказ Генерального прокурора України від 29.11.2006р. № 6гн.
6. Мичка М. Проблемні питання організації участі прокурора в адміністративному судочинстві/ М. Мичка, О. Профатило // Вісник прокуратури. - 2013. - № 9 (147). – С. 70-81.
7. Тищенко Н.М. Адміністративно-процесуальний статус громадянина України: проблеми теорії й шляхи вдосконалення / Н.М. Тищенко – Х., 1998. – 266 с.
8. Костенко О.О., Азарова М.В. Аналіз представницької діяльності прокурора в адміністративному судочинстві / О.О. Костенко, М.В. Азарова // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2010. - № 2. - С. 75-78.
9. Науково–практичний коментар Закону України «Про прокуратуру» / за заг. ред. В.П. Пшонки, О.М. Литвака. – К., 2013. – Кн.1. – 336 с.
10. Руденко М.М. Організаційно-правові аспекти представництва прокуратурою інтересів громадянина або держави в адміністративному суді : автореф. дис. ... канд. юрид. наук Руденко М.М.. – К., 2009.-21с.
11. Гусаров К.В. Підстави відмови у відкритті апеляційного та касаційного проваджень: проблеми та перспективи розвитку/ К.В. Гусаров // Університетські наукові записки. – 2012. -№ 4. – С. 96-100
12. Комаров В.В. Курс цивільного процесу : підручник / В.В. Комаров. – Х., 2011. – 1352 с.

SUMMARY

The article investigates the forms of prosecutor's participation in the administrative proceedings and the functions that are assigned to the prosecutor, based on the legislation that regulates this procedure. The comparative analysis of the main forms of protection the rights, freedoms and legitimate interests of citizens in administrative proceedings and in civil and commercial

litigations is made, the peculiarities of the citizen's rights protection at every stage of the administrative litigation are enumerated.

Key words: attorney, protection of rights and freedoms, administrative proceedings, representation, appeal, participation, judicial decisions, administrative claim.

А.-М. Пірус

Україна

Івано-Франківський університет права імені Короля Данила Галицького

Науковий керівник - проректор з наукової роботи, к.ю.н, доц. О. Острогляд

**ЦЕНзуРА ЯК НЕВІД'ЄМНИЙ ПОЛІТИКО-ПРАВОВИЙ ЕТАП ДІЯЛЬНОСТІ ЗАСОБІВ
МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ РАДЯНСЬКОГО ЧАСУ І
СУЧАСНОСТІ**

Постановка проблеми. Із прийняттям Загальної декларації прав людини в 1948 р. громадяни отримали вільне право на інформацію. Однак чи повноцінно воно було реалізоване в УРСР? І чи дотримується цієї норми теперішня влада на теренах нашої держави?

Виклад основного матеріалу дослідження. В радянській Україні цензура в ЗМІ була невід'ємною частиною як публічного, так і політичного життя. Вона представлена вимогою органів державної влади або інших структур, спрямованою, зокрема, до журналіста, власника, редактора або іншого працівника засобу масової інформації, узгоджувати певну інформацію перед її оприлюдненням, заборону її поширювати чи перешкоджанням її тиражування і розповсюдження в будь-який інший спосіб з метою забезпечення політичних, економічних чи інших інтересів цієї структури [1].

У 1947 р. було створено Управління агітації та пропаганди при Центральному Комітеті Комуністичної партії (більшовиків) України, до якого входили відділи пропаганди, друку, агітації, культури, літератури і мистецтв, підготовки і перепідготовки кадрів партії і науки. Основними завданнями даного органу було:

- проведення політико-виховної роботи;
- залучення населення до агітаційно-масових заходів.

Усе це здійснювалося завдяки телебаченню, радіомовленню та пресі. Головними функціями засобів масової інформації і пропаганди визначалися функції пропагандиста, агітатора й організатора мас.

У рамках комуністичної ідеології прийнято вважати, що формування громадської думки здійснюється через ідеологічний і психологічний вплив на свідомість і почуття людей.

Першим етапом у формуванні суспільної свідомості було обнародування ідеї; другим - схвалення або осуд ідеї масами; третім - зміни у громадській думці, її результативність, дієвість, з'ясування органами масової інформації, наскільки ідея увійшла у свідомість мас, знайшла прихильників, дістала підтримку [2].

6 листопада 1951 р. вперше вийшов в ефір Київський телецентр. Це був перший крок з освоєння українського інформаційного простору. Згодом коло трансляцій почало розширюватись [3].

Однак тогочасне телемовлення не можна назвати українським, адже це було Московське телебачення в Україні, яке велося переважно українською мовою.

Телебачення – це механізм керування суспільством, і радянська влада вміло його використовувала. Цензура здійснювала контроль за даними, які надходили звичайному громадянину, а в більшості випадків вилучала, деформувала, завуальовувала об'єктивну інформацію, підвищувала цінність політичної ідеології, щоби відвернути увагу від того, які події насправді відбувалися у державі.

Радянська преса, зокрема журнальна, сприяла цензурі – не допускала вільної думки, викорінювала прояви національної свідомості, поширювала партійну міфотворчість. Методами тотального контролю й цензури сформувалося офіційне інформаційне поле.

Журнали УРСР мали стільки свободи слова, скільки її допускав тоталітарний режим. Проаналізувавши будь-яке видання того періоду, можна зауважити ідентичне структурне моделювання [4, 171].

Виконуючи партійні доручення, ЗМІ нерідко вдавалися до замовної критики. Викривальна стаття в пресі, виступ по радіо, на телебаченні мали драматичні наслідки: люди втрачали роботу, зазнавали переслідувань.

Аналізуючи статус цензури в сучасній Україні, варто зазначити, що вона заборонена на законодавчому рівні. Є цілий ряд нормативно-правових актів, які регулюють це питання:

1) ст.15 Конституції України, де вказано, що “цензура заборонена” [5];

2) ст.24 Закону України «Про інформацію»: “забороняються втручання у професійну діяльність журналістів, контроль за змістом поширюваної інформації, зокрема з метою поширення чи непоширення певної інформації, замовчування суспільно необхідної інформації, накладення заборони на висвітлення окремих тем, показ окремих осіб або поширення інформації про них, заборони критикувати суб'єкти владних повноважень” [6];

3) ст. 2 Закону України «Про інформаційні агентства»: “Забороняється цензура інформації, поширюваної інформаційними агентствами” [7];

Для отримання повноцінної інформації важлива свобода слова, завдяки якій, громадянин формує власні переконання та позицію.

Будь-який дефіцит даних або їх обмеження зумовлюють конфлікт не лише декількох осіб, а й цілої громади, інколи націй.

Прикладом цього є події листопада-грудня 2013 р., коли на мирних акціях протесту, від побиття підрозділом міліції особливого призначення «Беркут», постраждали не тільки студенти, а понад 50 журналістів, серед них – й іноземні. Через погрози розправи і застосування насильства деяка частина репортерів уже не лише фізично, а й психологічно не могла надати повноцінну інформацію про події, що відбувалися [8].

Щось подібне старше покоління мало можливість спостерігати впродовж 1960-1980-х рр. під час національно-визвольних рухів у колишній Югославії. Однак тоді на території країни був введений воєнний стан, а не проводились мирні мітинги [9].

Трансляції у східних регіонах України та сусідньої держави Росії містили малий відсоток достовірності, а більша частина інформації була прокоментована і відредагована так, як це вигідно владним структурам.

Окрім того, цей період ознаменувався тиском державних органів на ЗМІ. Неодноразово було зафіксовано дії, які заважали повноцінній діяльності таких телеканалів, як 24 канал, 5 канал, Zik, Еспресо ТВ та ін..

Це свідчить про те, що було допущено низку порушень, зокрема ст. 5 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», де вказано, що «телерадіоорганізація є незалежною у визначенні змісту програм та передач. Не вмотивоване законодавством України втручання органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, громадських чи релігійних об'єднань, їх посадових осіб чи працівників, а також власників у сферу професійної діяльності телерадіоорганізацій не допускається», і тих, за які передбачається кримінальна відповідальність, – ст. 171 КК України про умисне перешкоджання законній професійній діяльності журналістів та ін. [10].

Сьогодні спостерігається тенденція до того, що людина менше цікавиться публікаціями преси і телебаченням. Дедалі частіше перевага надається інформаційним повідомленням з глобальної комп'ютерної мережі Інтернет.

Однією з причин цього явища є телеєфіри, основний зміст яких - розважальний контент. У друкованих виданнях вміщуються статті, замітки, повідомлення, які відповідають формату. Це пришвидшує процес втрати самосвідомості, і, як наслідок, людина легко піддається маніпуляціям та психологічному «зомбуванню».

Що стосується сучасного радіомовлення, то порівняно з радянським періодом воно надає більшу свободу вибору програм, але кількість – не завжди якість. Переважна більшість – це комерційні проекти, які пропонують дешеву інформаційну продукцію для молодіжної аудиторії. Єдиним позитивним моментом їх діяльності є нейтральність щодо політики держави.

Інтернет – це великий крок людства в галузі технологій за короткий період часу. Інформаційний простір мережі доцільно розглядати в двох аспектах: позитивному та негативному.

Правильне використання мережі дозволяє людині всебічно відстежувати не тільки те, що відбувається у власній державі, а й події у різних країнах світу, дізнаватися про все з офіційних першоджерел. Завдяки доступній інформації здійснюється самовдосконалення, підвищуються інтелектуальний та професійний рівні, існує можливість обмінюватися досвідом чи співпрацювати з тими, хто знаходиться на іншій стороні земної кулі. Все це зумовлює прогрес мислення та усвідомлення власної самотності.

Негативний аспект виражений в тому, що не всі дані відстежуються, часто інформація не відповідає дійсності. Недобросовісні розробники, власники веб-сторінок допускають витік даних порнографічного, насильницького та кримінального характеру, стимулюючи розвиток кіберзлочинності. Це неприпустимо для цивілізованої держави, адже переважна аудиторія користувачів – підлітки, в яких психіка перебуває у стані вікового розвитку.

Для боротьби з кіберзлочинністю створюється значна кількість систем і програм захисту, встановлюються вікові обмеження та програмний «батьківський контроль», у гіршому випадку антивірусні програми видають попередження про веб-сторінки з підозрілими даними.

Українською проблемою є недостатня кількість державних експертів у галузі комп'ютерно-технічної експертизи та складнощі з уведенням у правове поле досліджень фахівців комерційних організацій [11].

Підводячи підсумки, вважаємо доцільним запровадження часткової цензури в ЗМІ щодо питань, які стосуються виключно морально-етичного та духовного аспектів. Обмеження ж політичної інформації є недопустимими, тому що згідно зі ст. 1 Конституції України наша держава демократична і соціальна. ХХІ ст. - це не ХХ ст., де суспільство було інструментом у руках політиків. Нині права і свободи людини визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Важливим також є уміння вибирати правильну інформацію серед потоку символів і на основі цього формувати власну громадянську позицію, адже ми живемо в державі, яка визнана усім світом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Цензура / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/Цензура>.
2. Трачук Т.А. Розроблення в радянський час українськими вченими навчального курсу теорії і практики журналістської творчості / [Електронний ресурс] / Т.А. Трачук – Режим доступу: <http://journlib.univ.kiev.ua/index.php?act=article&article=1664>.
3. Про канал: історія каналу / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://1tv.com.ua/uk/about/history>;
4. Колісник Ю. Засилля політичної цензури в інформаційному просторі УРСР / Вісник Львівського університету. Серія журналістика. 2011. - Вип. 36. / [Електронний ресурс] / Ю. Колісник – Режим доступу: http://journ.lnu.edu.ua/publications/visnyk35/Visnyk35_P2_06_Kolisnyk.pdf.
5. Конституція України / Ред. від 6.10.2013 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
6. Закон України “Про інформацію” / Ред. від 10.08.2012 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.
7. Закон України “Про інформаційні агентства” / Ред. від 02.02.2014 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/74/95-вр>.
8. Понад 50 журналістів постраждали під час роботи на Євромайданах / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.telekritika.ua/profesija/2013-12-01/88068>.
9. Шляхи різні, незалежність одна / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tyzhden.ua/History/24362>.
10. Кримінальний кодекс України / Ред. від 02.02.2014 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

11. Потеряхіна І.С. Діяльність України у сфері боротьби з кіберзлочинністю / [Електронний ресурс] / І.С. Потеряхіна. – Режим доступу: <http://istfak.org.ua/tendentsii-rozvytku-suchasnoi-systemy-mizhnarodnykh-vidnosyn-ta-svitovoho-politychnoho-protsesu/183-protsesy-rehionalizatsii/579-diyalnist-ukrayiny-u-sferi-borotby-z-kiberzlochynnistyu>.

SUMMARY

The article investigates the issue of media's activity in the period of soviet Ukraine, the comparative analysis of the work of modern tv-, radiocommunications, the press etc. is conducted; some positive and negative aspects as to the possibility of using the Internet are highlighted.

Key words: censorship, agitation, propaganda, ideology, communist party, journalist, consciousness, originality, cybercrime.

Х. Потапенко

Польща

Ягеллонський Університет

Науковий керівник – док. хаб., проф. В. Залускі

ФІНАНСОВІ ПІРАМІДИ: ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ *ANTE FACTUM* І *POST FACTUM*

Питання про небезпеку фінансових пірамід та недосконалість законодавства у цій сфері гостро постали після випадків розпаду пірамідальних схем або їх викриття, коли негативні наслідки уже поширилися на введених в оману споживачів – членів піраміди. Окрім втрати фінансових засобів, вкладених у діяльність даного утворення, такими наслідками також може бути і захворювання та смерть, і здебільшого як наслідок суїциду. Відсутність ефективних засобів покарання організаторів фінансових пірамід та відшкодування завданих збитків постраждалим створює безвихідну ситуацію для потерпілих. В Україні, у сфері фінансових пірамід, немає ефективних засобів як превентивних, так і засобів, які б можна було застосувати *post factum*. Важливу роль відіграють превентивні механізми, спрямовані на запобігання та попередження незаконних дій.

Пірамідальні схеми - це феномен не лише України, а і держав у всьому світі. Найбільшою пірамідою стала фінансова піраміда Б. Мейдоффа у США, засудженого за її створення у 2008 р. Щодо України, то про велику кількість пірамідальних схем та потерпілих від участі в них можна судити за кількістю справ у судах. За пірамідальними схемами діють два види нерегульованих фінансових послуг: фінансові піраміди та схеми Понці. Основною відмінністю названих видів є те, що у схемах Понці учаснику потрібно лише зробити грошовий внесок для отримання майбутнього прибутку, а в пірамідальних схемах необхідно, окрім внеску, залучити до участі у піраміді нових осіб. У цих видах нерегульованих фінансових послуг основним аспектом, яким маніпулюють організатори для залучення учасників, є обіцянка високих прибутків за рахунок мінімальних зусиль. Варто також розрізняти безпосередньо фінансові піраміди, тобто утворення, які називаються фінансовою пірамідою, і утворення, які діють за пірамідальними схемами, але не називаються фінансовою пірамідою, а, наприклад, є акціонерним товариством.

Виникнення та діяльність пірамідальних схем пов'язане з наявністю п'яти проблем, або факторів. Можна виділити такі фактори, як проблем інформації, превенції, довіри, обережності та винагороди. Всі фактори тісно пов'язані між собою і стають причиною того, що громадяни потрапляють до шахрайських схем фінансових пірамід. Проблема інформації полягає в тому, що органами влади не поширюються відомості про фінансові піраміди, систему їх діяльності та негативні наслідки участі в них. Інформація може бути поширена у різний спосіб, це соціальні реклами та інформаційні публікації у друкованих засобах масової інформації тощо. Описана проблема тісно пов'язана з проблемою превенції, проте превентивні заходи передбачають не лише дії, спрямовані на попередження громадян, а і швидке реагування органів фінансового контролю на формування типу фінансових пірамід.

Наступні три проблеми тісно пов'язані з самою особою жертви фінансового обману. Проблема довіри полягає у тому, що особа, володіючи не достовірною, а лише частковою інформацією і такою, що вводить в оману, погоджується без застережень на пропозиції організаторів фінансових пірамід. Також це може бути і ситуація, коли до фінансової піраміди заохочують родичі чи знайомі, і людина погоджується на їхні пропозиції, оскільки діяльність піраміди вимагає постійного залучення інших членів. Фактор обережності нівелюється, коли особу залучають до фінансової піраміди, зокрема, особи, яким людина довіряє. Велику роль у нівелюванні обережності та підвищенні довіри відіграє можливість отримати великий прибуток. Майбутня вигода загострює в людини, яка не володіє належною інформацією про природу фінансових пірамід та наслідки їх діяльності, довіру і знижує почуття обережності. З психологічної точки зору велика винагорода за мізерні дії мала б викликати у людини підозру щодо надійності такого формування (фінансової піраміди), але такі підозри можуть бути легко знівельовані відсутністю у людини інформації про фінансові піраміди.

Можна виділити і дві проблеми *post factum* - це проблема покарання та відшкодування шкоди. Українське законодавство не передбачає окремої кримінальної відповідальності за створення фінансових пірамід, що зумовлює складну ситуацію відшкодування шкоди потерпілим. Також відшкодування шкоди пов'язане з документальним підтвердженням внесених особою коштів, що теж часто є проблематичним. Договори з учасниками фінансових пірамід часто не укладаються, і навіть коли договір укладається, то складений він у такий спосіб, щоб у майбутньому потерпілим від незаконних дій було важко довести факт обману та завдання збитків у суді. Фінансові піраміди можуть прикриватися легальними утвореннями (наприклад, зареєстрованим господарським товариством), але основним для підтвердження незаконної діяльності у таких випадках має бути все ж не форма, а зміст, тобто схема діяльності такого товариства - схема типу піраміди. Значна прогалина у сфері фінансових пірамід у законодавстві дає змогу організаторам шахрайських схем діяти впевненіше.

Варто звернути увагу, проаналізувавши рішення судів у справах, пов'язаних з участю у фінансових пірамідах, на те що до 2012 р. більшість рішень судів першої інстанції, апеляційної та касаційної інстанцій були не на користь потерпілих від діяльності фінансових пірамід. Суди не визнавали дії організацій діяльністю за пірамідальними схемами і такими, що вводять споживачів (учасників) в оману, відповідно споживачі не мали змоги отримати відшкодування від організаторів фінансової піраміди. Також невизнання діяльності шахрайством ставало наслідком безкарності протизаконних дій. Переломним у справах про фінансові піраміди можна вважати постанову Верховного Суду України від 23 травня 2012 р., де суд визнав, що діяльність юридичної особи здійснювалася за схемою фінансової піраміди. ВСУ постановив, що «у разі якщо споживач сплачував кошти не за сам товар, а за можливість одержання права на купівлю товару, суб'єкт підприємницької діяльності без залучення власних коштів формував групи клієнтів, за рахунок коштів яких здійснювалася передача права на купівлю товару одному з учасників групи, що є компенсацією за рахунок коштів інших учасників групи, залучених до умов діяльності відповідної системи, укладений між сторонами договір не є угодою про посередницьку діяльність, діяльність підприємця є такою, що вводить в оману» [5].

Законом України «Про захист прав споживачів» визначається перелік видів нечесної підприємницької практики. Відповідно до ч. 3 ст. 19 даного закону забороняється як таке, що вводить в оману, «утворення, експлуатація або сприяння розвитку пірамідальних схем, коли споживач сплачує за можливість одержання компенсації, яка надається за рахунок залучення інших споживачів до такої схеми, а не за рахунок продажу або споживання продукції» [3]. Нечесна підприємницька практика у формі пірамідальних схем зумовлює надзвичайно негативні наслідки порівняно з іншими її формами. Причиною цього є декілька аспектів, зокрема, це залучення великої кількості людей. Самі організатори залучають лише невелику частину осіб, а вже самі члени піраміди залучають більшість з метою отримання прибутку, передумовою для чого є саме залучення інших осіб. Відбувається певна ланцюгова реакція, яка розширює розміри фінансової піраміди в рази. Наступним негативним аспектом є труднощі захисту власних прав потерпілими громадянами та покарання винних.

У чинному законодавстві за діяльність типу «фінансова піраміда» немає окремої кримінальної відповідальності. Такі дії здебільшого кваліфікуються за ст. 189 Кримінального Кодексу України як шахрайство [4]. Проте важливим кроком стало би внесення змін до Кримінального Кодексу України, що полягають на введенні відповідальності безпосередньо за створення фінансової піраміди та прийняття закону про заборону фінансових пірамід. Проект закону «Про заборону фінансових пірамід» (який у ВРУ вже на шляху прийняття) дає визначення фінансової піраміди. Відповідно до ст. 2 цього законопроекту «фінансовою пірамідою є будь-які операції з фінансовими активами (кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), які здійснюються фізичними або юридичними особами з метою набуття або можливості набуття вигоди для себе чи інших осіб за рахунок перерозподілу активів інших осіб, зокрема без провадження фактичної господарської діяльності» [6].

Подібна законодавча ситуація з фінансовими пірамідами існують у Польщі. Законодавством Польщі пірамідальні схеми визнаються нечесною ринковою практикою. Відповідно до п. 14 ст. 7 Закону Польщі про запобігання нечесним ринковим практикам «нечесною ринковою практикою визнається створення, діяльність та пропагування промоційних систем типу піраміда, в межах яких споживач виконує дії у заміну на можливість отримати матеріальну вигоду, яка передусім залежить від залучення інших споживачів до системи, а не від продажу чи виготовлення товарів»[2]. Щодо кримінальної відповідальності, то у Польщі, як і в Україні, немає окремої статті, яка б передбачала відповідальність за створення та діяльність фінансових пірамід. За такі дії особа притягується до відповідальності за ст. 286 Кримінального Кодексу Польщі – шахрайство[1]. На сьогодні законодавствами України та Польщі фінансові піраміди визнаються нечесною підприємницькою практикою, яка вводить споживачів в оману, а кримінальна відповідальність настає за статтею про шахрайство.

Окрім того, що в Україні не існує ефективних механізмів захисту, немає і органу, який би здійснював нагляд у сфері діяльності фінансових пірамід. Національний комітет з фінансових послуг, Антимонопольний комітет, Національний комітет цінних паперів та фондового ринку – жоден з цих органів не поширює свою діяльність на сферу фінансових пірамід та схем Понці. У Польщі є Комісія фінансового нагляду, до компетенції якої належить нагляд, зокрема у сфері фінансових ринків, з метою забезпечення належного функціонування, безпеки та довіри до фінансового ринку. Комісія фінансового нагляду виконує інформаційну функцію: у сфері фінансових пірамід це, наприклад, видання різних інформаційних матеріалів про природу та небезпеку фінансових пірамід. Це хороший превентивний механізм, проте не завжди дієвий, оскільки потенційний учасник має ознайомитися з даними матеріалами, щоб захистити себе від введення в оману організаторами фінансових пірамід.

Боротьба з фінансовими пірамідами вимагає ефективних юридичних механізмів як для попередження їх створення та діяльності (*ante factum*), так і для покарання за такі дії та відшкодування шкоди потерпілим (*post factum*). Доки такі механізми не створені, а в правовій сфері залишається значна прогалина у сфері превенції та покарання за нечесну підприємницьку практику у формі пірамідальних схем, у зоні ризику знаходяться як споживачі, так і сфера фінансових послуг.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ustawa z 06.06.1997 r. // Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 z ze zmianami).
2. Ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. nr 171, poz. 1206).
3. Закон України «Про захист прав споживачів» від 10 січня 2001 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. - 1991. - № 30. - С. 379.
4. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2001. - № 25/26. - С. 131.
5. Постанова Верховного Суду України від 23 травня 2012 р. №6-35цс12/ [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.scourt.gov.ua.
6. Проект закону України «Про заборону фінансових пірамід в Україні» від 03.04.2013 р. №2700/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46406.
7. Єдиний державний реєстр судових рішень/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

SUMMARY

The article is devoted to the analysis of the problem of financial pyramids. The author highlights the Ukrainian and Polish legal regulation of the unfair business practices sphere. The article analyzes the measures of prevention and responsibility for creating pyramidal schemes.

Key words: financial pyramids, Ponzi schemes, responsibility, consumer, **unfair business practices, misleading activity.**

О. Терещук

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – доц., к.ю.н. А. Школик

ДЕЛЕГОВАНІ ПОВНОВАЖЕНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

Однією із форм децентралізації теорія адміністративного права визнає делегування повноважень. Під ним розуміємо такий перерозподіл компетенції, при якому остання з відповідним ресурсним забезпеченням та контрольними обмеженнями передається від однієї управлінської структури до іншої, з метою надання адміністративних послуг та вчинення інших владних дій на найближчому до управлених суб'єктів рівні. Делегування повноважень закріплюється у Європейській хартії місцевого самоврядування та у вітчизняних законодавчих актах[2]. Проте нормативна регламентація не завжди гарантує належну реалізацію. Більше того означений інститут потребує удосконалення та приведення до європейських стандартів адміністрування.

Проте будь-яке реформування повинно здійснюватися на основі ґрунтовних наукових напрацювань та достатньої правової бази. Діяльність публічної адміністрації завжди була сферою зацікавлень провідних вчених. Різноманітні аспекти взаємодії місцевих структур публічної адміністрації висвітлювалися в роботах учених І. І. Боброва, Р. К. Давидова, В. М. Кампо, А.Р.Крусян, П. М. Любченко, Г. С. Одінцової, І.П. Сторожук, О. І. Сушинського, та ін. Питання адміністративно-правового регулювання делегування повноважень висвітлено у дослідженнях О.М. Алтуніної, Г.В. Бублик, П. М. Любченко, А.М. Нікончука. Роботи перелічених та низки інших вчених-правників із означеної проблематики стали науково-теоретичною основою даного дослідження.

Водночас, попри чималу кількість наукових праць, багато із них є концептуально застарілими, оскільки розглядають управлінську діяльність з позиції зверхності до суспільства, а не як механізм служіння публічним інтересам. Маючи на меті інтеграцію у Європейське Співтовариство, не можемо послугуватися застарілими, неефективними теоріями адміністрування, відкидаючи позитивний досвід іноземних держав. Тому дослідження делегування повноважень як механізму децентралізації у структурі публічної адміністрації зумовлює актуальність даної роботи.

До недоліків / причин неефективності реалізації делегованих повноважень відносимо: відсутність належної правової бази регулювання розмежування сфер відання місцевих структур публічної адміністрації та прогалини у регламентації засад та механізму делегування компетенції; недостатнє ресурсне забезпечення останньої, зокрема недосконалість механізму державних трансфертів на рівень територіальної громади, недостатня податкова база та матеріальна основа; поверхневість регулювання контрольних процедур за здійсненням наданих повноважень; відсутність розвиненого судового механізму вирішення компетенційних спорів; неврахування позитивного зарубіжного досвіду функціонування делегованої компетенції.

Перелічені недоліки визначають основні вектори реформування системи місцевого самоврядування та делегованих повноважень муніципальних структур зокрема. Потреба цих змін постає гостро і неминуче, оскільки розвиток держави невід'ємно і першочергово залежить від ефективного функціонування управлінського апарату. Внаслідок реформ необхідно отримати прозору, професійну, відповідальну, відкриту до потреб суспільства загалом та кожного громадянина зокрема публічну адміністрацію.

Проте варто наголосити, що ґрунтом змін в управлінському апараті та безпосередньо у механізмі делегування повноважень, повинні стати наступні засади:

- верховенство права як пріоритет прав, свобод людини і громадянина, гуманізм та справедливість в діяльності місцевих структур публічної адміністрації;

- законність — діяльність на основі чіткого розподілу завдань, повноважень та відповідальності;
- децентралізація;
- субсидіарність;
- відкритість;
- підконтрольність[5,351].

Першим кроком на шляху реформування досліджуваного правового інституту повинно стати формування відповідної законодавчої бази. Відсутність конкретизації розподілу повноважень між територіальними структурами публічної адміністрації не дає змогу забезпечити реалізацію їх завдань, адже багато з тих функцій, які покладені на органи місцевого самоврядування, не можуть бути ефективно виконані внаслідок того, що їх правове регулювання не досить чітке і однозначне, а виконання не забезпечене відповідними інструментами. Колізійність правової бази діяльності місцевого самоврядування в Україні, фактично унеможливорює створення ефективної моделі адміністрування територій і в першу чергу через нездатність вказаних органів вирішувати як проблеми суто місцевого значення, так і питання, делеговані з центру на місця.

Перш за все, на законодавчому рівні слід встановити невичерпний перелік повноважень, які можуть бути делеговані, і вичерпний виключний перелік повноважень, які взагалі не можуть бути делеговані, а також закріпити можливість повернення наданої компетенції у разі невиконання або неналежного виконання суб'єктом, якому делегуються повноваження, останніх. Слід зауважити, що такі стратегічні питання, як забезпечення територіальної цілісності і незалежності держави, ведення єдиної правової бази, ведення зовнішньої державної політики тощо, об'єктивно можуть бути вирішені лише на загальнодержавному рівні при централізованому і оперативному використанні загальнодержавних ресурсів, на рівні ж територіальної громади державою мають бути створені умови для реалізації повсякденних прав і свобод, вирішення питань гуманітарних, освітніх та соціокультурних питань.

Необхідно внести зміни до частини 3 статті 140 Конституції України, відносно того, що місцеве самоврядування може здійснюватися територіальною громадою в порядку, встановленому законом, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування не лише сільськими, селищними, міськими радами та їх виконавчими органами, а й районними та обласними радами та їх виконавчими органами, що відповідно дасть змогу останнім їх створювати і виключить вимушеність делегування повноважень обласним державним адміністраціям[1].

В доповнення до наведеної пропозиції вважаємо за необхідне внести зміни до абзацу 1 частини 1 статті 44 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», визначивши що делегування повноважень обласним державним адміністраціям є правом, а не обов'язком районних, обласних рад, замінивши у слова «делегують відповідним місцевим» на слова «можуть делегувати обласним»[4].

Доречно законодавчо закріпити: відповідальність представників місцевого самоврядування за виконання делегованих повноважень в межах забезпечення відповідними ресурсами з боку держави; відповідальність представників державної влади за неналежне забезпечення ресурсами повноважень, що делегуються органам місцевого самоврядування.

Перелічені проблеми слід вирішувати комплексно, шляхом кодифікації законодавства про місцеве самоврядування в єдину, цілісну правову базу. Зробити це можливо за рахунок прийняття в новій редакції Законів України «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про місцеві державні адміністрації» та внесення відповідних змін до Конституцію України або ж прийняття Верховною Радою України Адміністративного кодексу (використовуючи нещодавню практику Франції), в якому повинні бути кодифіковані всі норми, що регулюють порядок створення, діяльності, фінансового забезпечення місцевих органів публічної адміністрації, сфери їхньої компетенції, розподілу повноважень між ними та вищестоящими органами влади та положення, що безпосередньо стосуються делегування повноважень: суб'єктний склад цих

правовідносин, порядок передачі фінансових та/або матеріальних ресурсів на їх виконання, відповідальність за невиконання делегованих повноважень, система контролю та відповідальності.

Необхідно наголосити, що передумовою будь-якого реформування компетенційної сфери управлінського апарату повинна стати раціональна, обґрунтована зміна адміністративно-територіального устрою держави. Оскільки ефективний розподіл повноважень між адміністраційними структурами прямо залежить від організації рівнів їх функціонування.

Однією з ключових сфер реформування повинно стати ґрунтовне регламентування ресурсного забезпечення делегованої компетенції, шляхом забезпечення фінансової самостійності та достатності місцевих бюджетів, збільшення бази оподаткування місцевими зборами, позбавлення району функцій перерозподільної ланки коштів державного, вдосконалення міжбюджетних відносин, виходячи з динаміки фінансово-бюджетних та соціально-економічних показників розвитку адміністративно-територіальних одиниць на основі якісних стандартів надання публічних послуг.

Необхідно чітко регламентувати порядок та умови передачі органами виконавчої влади органам місцевого самоврядування матеріальних і фінансових засобів, необхідних для виконання делегованих повноважень. У разі неможливості здійснення передачі необхідних засобів органам місцевого самоврядування для здійснення ними делегованих повноважень, а також у разі коли делегування повноважень призвело до погіршення якості надання певних послуг в межах делегованих повноважень, вбачається доцільним також встановити можливість ініціювання вилучення делегованих повноважень.

Покращення стану фінансового забезпечення місцевого самоврядування потребує впровадження додаткових заходів з контролю, в тому числі і за процесом делегування повноважень, які повинні полягати в отримання інформаційних даних, за допомогою яких можливо визначити позитивні і негативні сторони від виконання рішень органів публічної влади, що безпосередньо передують делегуванню, сприяти їх більшій системності і ефективності. Контроль повинен забезпечити виявлення поточних відхилень від запланованих показників, що передбачені цілями делегування.

Необхідно розробити інститут відповідальності муніципальних органів та їх посадових осіб за невиконання, неналежне виконання делегованих повноважень, оскільки чинне законодавство таку не передбачає. Доцільно визначити право органу виконавчої влади, який здійснює контроль за виконанням делегованих повноважень, ініціювати процедуру вилучення у органів місцевого самоврядування окремих делегованих ним повноважень, якщо вони систематично не виконуються чи неналежно виконуються органами та посадовими особами місцевого самоврядування.

Здійснення вказаних пропозицій повинно передбачати децентралізацію владних повноважень шляхом передачі значної частини публічно-владних функцій безпосередньо на місця, в територіальні громади та органи місцевого самоврядування. З перерозподілом повноважень одночасно має здійснюватися перерозподіл ресурсів між центром і органами місцевого самоврядування на користь останніх, адже саме ресурси повинні стати матеріальною основою їх діяльності, даючи змогу реалізовувати належні і делеговані їм повноваження.

Найефективніше розв'язання окреслених, та низки інших проблем розвитку місцевого самоврядування, може бути здійснене у комплексі — шляхом реформування системи місцевої публічної адміністрації, змістом якого має стати подальша децентралізація. При цьому важливе значення має використання позитивного досвіду зарубіжних, зокрема, європейських держав, що вже пройшли шлях децентралізації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України від 28 червня 1996 року, зі змінами / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>.

2. Європейська хартія місцевого самоврядування від 15.10.1985 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_036.
3. Бюджетний кодекс України № 2456-VI від 08.07.2010 № 2456-VI [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2456-17>.
4. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року, зі змінами / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=280%2F97-%E2%F0>.
5. Куйбіда В.С., Заяць І.Я. Генеза територіальної організації України: конституційно-правові аспекти [Текст]. – Харків: Книжковий клуб «Клуб сімейного Дозвілля», 2010. – 480 с.

SUMMARY

Particular attention is focused on the study of the legal nature of the delegated powers, its nature. Based on comparative legal analysis the author developed recommendations and proposals aimed for improving the legislation in Ukraine in the sector of delegation of power between local structures of public administration.

Keywords: local structures of public administration, delegated powers of local governments, funding delegated powers of competence disputes.

РОЗДІЛ III

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ ТРУДОВОГО ПРАВА, ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Н. Ключковська

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к.ю.н., проф. О. Яворська

НЕДІЙСНІ ПРАВОЧИНИ ТА ЇХ ВИДИ

Невід'ємним елементом ринкових відносин є найпоширеніший юридичний факт – правочин, з яким пов'язують дію особи, що спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [2]. Термін «правочин» є новим для цивільного законодавства (він почав вживатися з прийняттям Цивільного кодексу України 2003 р. (далі - ЦК України). До цього для позначення відповідного терміна використовували термін «угода», який ще досі трапляється у законодавчих актах, прийнятих до введення в дію ЦК України 2003 р.

Частка справ у судах з позовними вимогами визнати правочин недійсним чи застосувати правові наслідки недійсного правочину є надзвичайно великою. Така популярність вказаної категорії справ зумовлена двома чинниками: по-перше, у ст. 16 ЦК України передбачено, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, а одним із способів захисту цивільних прав та інтересів є визнання правочину недійсним; по-друге, досить обширний перелік підстав для пред'явлення позову про визнання правочинів недійсними. Зокрема, такими підставами є: незаконність змісту правочину; недотримання форми правочину; дефектність суб'єктного складу такого правочину; правочин, вчинений з дефектами волі (невідповідність волі та волевиявлення); до окремої групи можна віднести фіктивні та удавані правочини.

Презумпція правомірності правочину закріплена у ст. 204 ЦК України, і вона може бути спростована насамперед нормою закону, яка містить відповідну заборону. У випадках, прямо не передбачених законодавством, презумпція правомірності правочину може бути спростована судом.

Недійсний правочин не відповідає жодній з вимог правомірності: по-перше, він не відповідає тим вимогам, що закріплені в ст. 203 ЦК України; по-друге, його вчинення не тягне за собою тих юридичних наслідків, до яких прагнули його контрагенти. І. В. Спасібо-Фатєєва з цього приводу зазначає, що загальнозживаний термін «недійсні правочини» є умовним, бо він, імовірно, покликаний підкреслити, що це дія, яка мала вигляд правомірності, але виявилось, що це не так [4].

У літературі також існує думка, що недійсний правочин взагалі не є юридичним фактом. Проте, на наш погляд, така позиція не заслуговує уваги, оскільки недійсний правочин сприймається як правомірна дія. Більше того, на практиці виникають ситуації, коли його учасники (або принаймні один із них) уважав цю дію правомірною, а отже, такою, що спрямована на настання юридично значимих наслідків. Як додатковий аргумент варто зазначити, що оспорюваний правочин стає недійсним лише в тому випадку, коли хоча б одна зі сторін звернеться до суду та буде прийняте рішення про визнання його недійсним. У протилежному випадку, незважаючи на його вади, він буде дійсним та таким, що тягне передбачені ним наслідки для сторін.

Усі недійсні правочини поділяються на нікчемні та оспорювані. Критеріями їх розмежування можуть виступати підстави встановлення недійсності, тобто ті статті ЦК України, що передбачають за яких умов правочин може бути нікчемним або ж оспорюваним, а також способи встановлення такої недійсності — судовий порядок або ж пряма вказівка закону. Згідно зі ст. 215 ЦК України нікчемним правочином є правочин, недійсність якого встановлена законом. Визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Оспорюваним є

правочин, недійсність якого прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом. Такий правочин може бути визнаний судом недійсним.

Розподіл правочинів на нікчемні та оспорювані, а також встановлення неоднакового порядку оголошення їх недійсними обумовлені специфікою кожного з цих різновидів недійсних правочинів. Особливість нікчемних правочинів полягає в тому, що вони не можуть стати дійсними за жодних обставин, і лише у виключних випадках, передбачених законом, суд вправі визнати такий правочин дійсним. Так, за ст. 220 ЦК України суд може визнати дійсним правочин у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення.

До того ж недійсність нікчемних правочинів в більшості випадків очевидна і особливого доказування, як правило, не вимагає. Натомість, недійсність оспорюваних правочинів ніколи не буває очевидною: треба довести помилку, загрозу, насильство, обман і т. д., щоби домогтися визнання правочину недійсним. Якщо це не буде доведено або, наприклад, незважаючи на обман, сторона, яку обманули, все ж побажає скористатися здійсненим правочином і не вдасться до його оспорювання, недоліки, які існували в момент вчинення правочину, втрачають юридичне значення і не будуть впливати на його дійсність. Саме тому недійсність таких правочинів настає не сама по собі, а за позовом уповноваженої особи про визнання такого правочину недійсним у судовому порядку.

Нікчемний правочин недійсний з моменту його вчинення, незалежно від того, чи визнав його таким суд. Тобто такий правочин сам по собі є правопорушенням, що не потребує доведення цього в судовому порядку. Рішення ж суду є підставою застосування наслідків недійсності нікчемних правочинів, про що й необхідно заявляти, звертаючись до суду. Така позиція законодавця зумовлена тим, що суспільні відносини, які можуть виникнути з таких правочинів, потребують особливого захисту, зокрема коли йдеться про малолітніх чи недієздатних осіб.

Нікчемними ЦК України та інші закони визнають такі правочини: 1) вчинені з порушенням їх форми, а саме нотаріального посвідчення (ст. 219, 220 ЦК України), а в окремих випадках — простої письмової форми; 2) вчинені без дозволу органу опіки та піклування (ст. 224 ЦК України); 3) ті, що порушують публічний порядок (ст. 228 ЦК України); 4) вчинені малолітніми особами (ст. 221 ЦК України); 5) вчинені недієздатними особами (ч. 1 ст. 226 ЦК України).

На відміну від нікчемного, оспорюваний правочин визнається недійсним лише судом, якщо одна зі сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, установлених законом. Враховуючи загальне правило про презумпцію правомірності правочину, стверджуємо, що діє загальне правило: оспорюваний правочин є дійсним, доки ніхто не доведе зворотнє. Отже, поки ніхто не звернеться до суду і не буде прийняте рішення про визнання правочину недійсним, він буде дійсним і наслідки, породжені ним, є юридично значущими. Хоча значною мірою тут можна простежити суперечність законодавства, оскільки такі правочини є одночасно дійсними і одним з видів недійсних правочинів [3]. ЦК України окремо регулює певні підстави для визнання правочину недійсним, хоча їх вичерпного переліку не надає.

Отже, під недійсним правочином треба розуміти його дефектність, що обумовлена порушенням ним вимог закону. Це можуть бути правочини з певними вадами волі, суб'єктного складу, форми, змісту тощо, тобто ті, які не відповідають вимогам, визначеним у ст. 203 ЦК України (крім частини четвертої) та через це є правопорушеннями, що тягне за собою недійсність таких правочинів. Це означає, що дії особи (осіб) не потягли за собою бажаних нею (ними) правових наслідків щодо виникнення, зміни чи припинення правовідносин. Тобто ці дії мали лише вигляд правомірності, але згодом виявилось, що це не так. Таким чином, недійсний правочин є правопорушенням. Усі недійсні правочини поділяється відповідно до чинного законодавства на нікчемні та оспорювані, які відрізняються між собою за підставами визнання таких правочинів недійсними та способами встановлення такої недійсності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Цивільний кодекс України : офіц. текст: станом на 1 січня 2014 р. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2014. – 240 с.
2. Узагальнення Верховного Суду України від 24.11.2008 р. «Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними».
3. Луць А.В. Тіньові угоди: поняття, ознаки, види / А.В. Луць // Університетські наукові записки. - 2005. – №4. – С. 89.
4. Спасибо-Фатєєва І.В. Науково-практичний коментар до Цивільного Кодексу України / І. В. Спасибо-Фатєєва. - Х. : Страйд, 2010. Т. 4. – С. 359.

SUMMARY

It is stressed in the article that under the term "invalid transaction" one should understand its unsoundness caused by violations of law. The author considers the transactions with certain failures of will, subject composition, form, content, etc. In other words, these are the transactions that do not meet the requirements defined in Article 203 of the CC of Ukraine; these transactions are offences that entail their invalidity. It means that the actions of the person (s) did not cause the desired legal effects concerning the occurrence, change or termination of the relationship. In author's view, all invalid transactions are divided under the current legislation into void and those, which can be disputed.

Key words: transaction, invalid transaction, void transaction, disputed transaction, court, notarial certificate.

Д. Неофіта

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – проф. О. Яворська

ДОГОВІР ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

Нині, станом на 2014 р., в Цивільному кодексі України 2003 р. [1] відсутній розділ, який би регулював відносини щодо укладення договорів про надання медичних послуг. Стаття 49 Конституції України [2] передбачає право громадян України на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Стосовно правової природи відносин з надання медичної допомоги, медичних послуг у науковій літературі обґрунтовуються різні позиції. Одні вчені (В.Л. Суховерхий, В.А. Ойгензихт, А.М. Савицька, М.С. Маленін) відносини з приводу надання медичної допомоги вважають предметом цивільно-правового регулювання. Прихильники цього підходу свою позицію обґрунтовують тим, що основою надання медичної допомоги є договір, і цей договір за своєю природою є цивілістичним [3]. Інші (зокрема Г.І. Петров) вважають даний договір адміністративно-правовим. На нашу думку, це помилковий підхід, оскільки адміністративні відносини є публічними, прикладом яких є відносини державного управління.

Доктрина цивільного права сформувала три підстави виникнення зобов'язань з надання цих послуг: 1) договір про надання медичних послуг; 2) одностороння обіцянка; 3) дії в інтересах третьої особи без доручення. За договором про надання медичних послуг одна сторона (медична організація, лікар) зобов'язується надати, а інша сторона (пацієнт) – прийняти та оплатити оплатні послуги, спрямовані на зміцнення здоров'я пацієнта, відповідно до умов договору. Вітчизняне цивільне законодавство не містить норм, які визначають правову модель регулювання відносин щодо оплатного надання медичних послуг. Джерелами правового регулювання відносин щодо оплатного надання медичних послуг є ЦК України, Основи законодавства України про охорону здоров'я, Закон України “Про захист прав споживачів”.

Договір про надання медичних послуг є консенсуальним, оплатним, строковим, двостороннім правочином з надання медичних послуг. Цей договір є консенсуальним, оскільки вважається укладеним за умови досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов. Оплатний характер цього правочину полягає в наданні грошового еквівалента в обмін за надану медичну послугу. Договір про надання медичних послуг укладається на визначений або невизначений строк, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Такий правочин є двостороннім, оскільки правами та обов'язками наділені обидві сторони договору. За будь-яких умов лікар має право вимагати від пацієнта дотримання обов'язку сприяти лікареві при здійсненні лікувального процесу, дотримуватися режиму лікування та реабілітації. Договір про надання медичних послуг є публічним договором, оскільки одна сторона зобов'язана надати послуги кожному, хто до неї звернеться.

Сторонами договору про надання медичних послуг є медичний заклад і пацієнт. Пацієнтом є фізична особа, яка звернулася за медичною допомогою. Послугодавцем є особа, яка перебуває у трудових відносинах із закладом охорони здоров'я. Мережа державних і комунальних закладів охорони здоров'я формується з урахуванням потреб населення у медичному обслуговуванні, необхідності забезпечення належної якості такого обслуговування, своєчасності, доступності для громадян, ефективного використання матеріальних, трудових і фінансових ресурсів. Існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена. Планування розвитку мережі державних і комунальних закладів охорони здоров'я, прийняття рішень про її оптимізацію, створення, реорганізацію, перепрофілювання державних і комунальних закладів охорони здоров'я здійснюються відповідно до закону органами, уповноваженими управляти об'єктами відповідно державної і комунальної власності. Заклади охорони здоров'я підлягають акредитації у випадках та в порядку, визначених Кабінетом Міністрів України. Заклад охорони здоров'я провадить свою діяльність на підставі статуту (положення), що затверджується власником закладу (уповноваженим ним органом). Керівником закладу охорони здоров'я

незалежно від форми власності може бути призначено лише особу, яка відповідає єдиним кваліфікаційним вимогам, що встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я. Призначення на посаду та звільнення з посади керівника закладу охорони здоров'я здійснюються відповідно до законодавства.

Лікуючий лікар — це лікар, що надає медичну допомогу пацієнту в період спостереження і лікування його в амбулаторно-поліклінічній чи лікарняній установі. Лікуючим лікарем не може бути лікар, що навчається у вищому медичному навчальному закладі.

Лікуючий лікар організує своєчасне і кваліфіковане обстеження і лікування пацієнта, надає інформацію про стан здоров'я за вимогою хворого чи його законного представника, запрошує консультантів і організує консиліум. Рекомендації консультантів реалізуються тільки за узгодженням з лікуючим лікарем, за винятком екстрених випадків, що загрожують життю хворого. Лікуючий лікар може відмовитися, за узгодженням з відповідною посадовою особою, від спостереження і лікування пацієнта, якщо це не загрожує життю пацієнта і здоров'ю навколишніх, у випадках недотримання пацієнтом правил внутрішнього розпорядку лікувально-профілактичної установи [3].

Цей договір укладається на засадах абсолютної свободи, яка, зокрема, виявляється в тому, що лікар самостійно визначає методику лікування і не може бути примушений до прийняття іншого рішення. Лікар на власний розсуд приймає такі рішення: 1) чи варто здійснювати лікування; 2) яка медикаментозна терапія потрібна в цьому випадку; 3) які діагностичні й терапевтичні методики потрібні. При виборі лікування враховуються фізичні та соціальні показники, оцінюються ризики і шанси передбачуваного лікування. Право лікаря на вибір терапії точно співвідноситься з правом пацієнта на вибір лікаря. Пацієнт здійснює вибір, керуючись професійними знаннями і навичками лікаря, він має право відмовитися від надання послуг цим лікарем у випадку незадоволення якістю наданих послуг. У договорі мають зазначатися найменування та обсяг послуг, які надаються особі, а також інформація про осіб, що залучаються до виконання послуги, про виконавця і замовника.

Предметом договору про надання медичних послуг є вчинення виконавцем певних дій щодо надання медичних послуг стосовно профілактики, діагностики, лікування, реабілітації. Ціна в розглядуваному договорі зазначається у прейскуранті. Прейскурантом є довідник цін тарифів на різні види послуг. Встановлюється переважно без зазначення терміну дії.

Зміст договору мають становити права та обов'язки сторін. Н.Гайдай поділяє права пацієнта на загальні та спеціальні [4]. Отже, пацієнт може мати такі права:

- право на поважне і гуманне ставлення з боку медичного й обслуговуючого персоналу;
- право на вибір лікаря, у тому числі сімейного, а також вибір лікувально-профілактичної установи відповідно до договорів обов'язкового і добровільного медичного страхування;
- право на обстеження, лікування і догляд в умовах, що відповідають санітарно-гігієнічним вимогам;
- право на проведення на його прохання консиліуму і консультацій в інших фахівців;
- право на полегшення болю, пов'язаного із захворюванням і (чи) медичним втручанням, доступними способами і засобами;
- право на збереження в таємниці інформації про факт звертання за медичною допомогою, про стан здоров'я, діагноз, а також інших свідчень, отриманих при його обстеженні та лікуванні;
- право на добровільну згоду на медичне втручання;
- право на відмову від медичного втручання;
- право на одержання інформації про свої права й обов'язки, стан свого здоров'я, а також на вибір осіб, яким може бути передана інформація про стан його здоров'я;

— право на одержання медичних і інших послуг у рамках програм обов'язкового чи добровільного медичного страхування;

— право на відшкодування збитку у випадку заподіяння шкоди його здоров'ю при наданні медичної допомоги;

Обов'язком пацієнта може бути дотримання рекомендацій лікаря. Щодо прав лікаря, то він може залучати також інших медичних працівників. Основи законодавства про охорону здоров'я передбачають право медичних працівників дати неповну інформацію про стан здоров'я пацієнта.

Виконання цього договору вважається належним за умови надання медичних послуг з дотриманням вимог щодо виправданого (припустимого) ризику медичної діяльності, яка може заподіяти шкоду для особистості або майна особи, у зв'язку з чим мають бути вчинені розумні за цих обставин дії в чужому інтересі (клієнта). Договір може бути розірвано на вимогу однієї з сторін; в односторонньому порядку; за рішенням суду.

Переважає більшість «медичних» справ, що розглядаються судами, – це цивільні справи за позовами про відшкодування шкоди, завданої погіршенням здоров'я внаслідок надання медичної допомоги чи послуг неналежної якості. Звертаючись до суду, позивачі (здебільшого пацієнти), як правило, просять стягнути на свою користь майнову (збитки) і моральну (немайнову) шкоду. Відповідачами у таких справах є заклади охорони здоров'я, які несуть відповідальність за шкоду, завдану їхніми працівниками при виконанні своїх трудових обов'язків. У разі, якщо шкода завдана лікарем, що зареєстрований як суб'єкт підприємницької діяльності (приватний підприємець) і, маючи ліцензію на медичну практику, надає медичні послуги у такій якості, відповідальність за завдану пацієнтові шкоду несе він.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку про необхідність закріплення в Цивільному кодексі України розділу про надання медичних послуг.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. – К. : Велес, 2005. – 48 с.
3. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»// Відомості Верховної Ради України. — 1993. — №4 — С.145.
4. Гайдай Н. Правове регулювання та особливості договорів про надання медичних послуг / Н. Гайдай // Юридичний журнал. -2010. -№10.

SUMMARY

In the article the author investigates the agreement on the provision of health services. Parties to a contract are recognized as a patient and a healthcare worker. The proposition to include the article on the specified contract in the Civil Code of Ukraine is introduced.

Key words: contract for the provision of health services, patient, healthcare worker.

А. Підхомна

Україна

Львівський Державний Університет Внутрішніх Справ

Науковий керівник – ст. викладач Б. Гамалюк

ЗАХИСТ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ

Право на захист – це насамперед матеріальне суб'єктивне право правоохоронного характеру, яке виникло в момент порушення такого права і впливає з конституції та інших законодавчих і міжнародних актів.

У трудовому праві під *захистом прав та законних інтересів працівників* розуміють сукупність матеріально-правових заходів, організаційних і процесуальних способів припинення і попередження порушень трудового законодавства, відновлення порушених трудових прав громадян і відшкодування понесеної внаслідок цього шкоди. Захист передбачає як діяльність державних і уповноважених державою органів, так і діяльність самих суб'єктів правовідносин з усунення перешкод, а також відновлення порушених трудових прав [2].

Поняття захисту трудових прав працівників треба розрізняти в *широкому* і *вузькому* її сенсах. Захист трудових прав працівників у *вузькому* сенсі слова - це забезпечення дотримання трудових прав, захист їх від порушень, зокрема і профілактика, відновлення незаконно порушених прав і встановлення трудовим законодавством і діями відповідних органів, реальної ефективної відповідальності роботодавців та їх представників (адміністрації) за порушення трудового законодавства, його невиконання, за порушення трудових прав працівників [6, С. 86].

У *широкому* сенсі під захистом трудових прав необхідно розуміти реалізацію захисної функції трудового права, яка у свою чергу відображає захисну функцію держави. Тому захист трудових прав працівників у широкому сенсі включає і захист у вузькому сенсі, і такі найважливіші способи захисту цих прав: 1) *встановлення на регіональному рівні* Трудовим кодексом та іншим трудовим законодавством високого рівня умов праці, гарантії основних трудових прав, які доповнюються, підвищуються, розвиваються регіональним трудовим законодавством і в локальному порядку колективними договорами, угодами, трудовими договорами; 2) розвиток виробничої демократії як безпосередньої, так і представницької (через профспілки та інших представників працівників), *коли працівники самі беруть участь* і у визначенні правил внутрішнього трудового розпорядку, і у встановленні обов'язковості укладання в організації колективних договорів, не віддаючи все це на рішення тільки законодавця; 3) широка пропаганда трудового законодавства *всіма способами* (через ЗМІ, лекції тощо) серед трудівників, а також навчання основам його роботодавців та їх представників (адміністрації) з використанням практики показу ефективних способів захисту від трудових правопорушень, навчання трудівників культурно боротися за свої трудові права.

Аналіз чинного цивільного і трудового законодавства свідчить, що в матеріально-правовому аспекті право на захист включає такі елементи:

- можливість особи, право якої порушене, використати не заборонені законом засоби примусу на порушника, зокрема і *за допомогою самозахисту*;
- можливість особи, права якої порушені, *звернутися до компетентного органу* (державного чи іншого) з вимогою про захист порушеного права [8, С. 38].

Правовий захист трудових прав та законних інтересів працівників включає такі елементи: 1) потрібні певні передумови для здійснення правового захисту; 2) він здійснюється в передбаченому законом порядку, тобто в певній формі; 3) він здійснюється за допомогою власних засобів і способів, передбачених нормами трудового права.

Метою захисту трудових прав працівників є забезпечення реалізації трудових прав працівників, встановлених у порядку законодавчого та договірної регулювання трудових відносин [2].

Система законодавчих актів, що гарантують та регулюють захист прав працівників, поділяється на:

1. Вітчизняні акти.

2. Акти міжнародного законодавства.

1. *Вітчизняні акти.* Особливим предметом регулювання Конституції України є закріплення пріоритету прав і свобод людини, які визнаються вищою соціальною цінністю. У системі загальнолюдських цінностей визначальне місце належить праву на працю, на якому базується економічне і соціальне становище як суспільства загалом, так і кожного його члена [3, С. 38].

Право на працю визнається за кожною людиною, що означає можливість заробляти собі на життя працею, яку людина сама для себе обирає чи на яку погоджується. Держава створює умови для зайнятості працездатного населення, рівні можливості для громадян у виборі професії і роду трудової діяльності, здійснює програми професійно-технічного навчання і підготовки, перепрофілювання працівників відповідно до їх інтересів і потреб суспільства.

КЗпП України встановлює низку гарантій забезпечення права на працю та працевлаштування. Держава гарантує працездатним громадянам, які постійно проживають на території України: вільний вибір виду діяльності; безплатне сприяння державними службами зайнятості у підборі належної роботи і в працевлаштуванні відповідно до покликання, здібностей, професійної підготовки, освіти, з урахуванням суспільних потреб; надання підприємствами, установами, організаціями відповідно до їхніх попередньо поданих заявок роботи за фахом випускникам державних вищих навчальних, професійних навчально-виховних закладів; безплатне навчання безробітних нових професій, перепідготовку в навчальних закладах або у системі державної служби зайнятості з виплатою стипендії.

Закон України "Про зайнятість населення" встановлює державні гарантії у сфері зайнятості та працевлаштування. Разом з тим сюди включено й низку спеціальних гарантій, зокрема виплату безробітним у встановленому порядку допомоги з безробіття; надання роботи за фахом на період не менше трьох років молодим спеціалістам — випускникам державних навчальних закладів держави, заявленим підприємствами, установами, організаціями[5].

2. *Акти міжнародного законодавства.* Юридичним фундаментом захисту прав людини є Статут ООН. Міжнародним актом, який має універсальне значення для всіх держав у справі захисту прав людини, є Міжнародний білль про права, який складається із Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, другого Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, направлений на скасування смертної кари. Трудові права закріплено головним чином у двох документах — Загальній декларації прав людини і Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права.

10 грудня 1948 р. Генеральна Асамблея ООН схвалила Загальну декларацію прав людини у вигляді резолюції.

Міжнародна організація праці — одна зі спеціалізованих установ ООН - покликана захищати права працівників й вирішувати такі завдання: розробка узгодженої політики та програм, спрямованих на вирішення соціально-трудова проблем; розробка та прийняття міжнародних трудових норм (конвенцій та рекомендацій) для проведення прийнятої політики в життя; допомога країнам — членам МОП у вирішенні проблем зайнятості та скороченні безробіття; розробка програм щодо поліпшення умов праці; розвиток соціального забезпечення; розробка заходів щодо захисту прав таких соціально вразливих груп трудівників, як жінки, молодь, особи похилого віку, працівники-мігранти; сприяння організаціям найманих працівників і підприємців у їхній роботі спільно з урядами щодо врегулювання соціально-трудова відносин [3, С. 156].

Відповідальність за порушення нормативно-правових актів про охорону праці.

Унаслідок того, що захист і охорона прав та свобод людини і громадянина є одним із головних завдань держави, держава в особі своїх органів покликана здійснювати такий захист і охорону. В системі захисту й охорони прав і свобод людини і громадянина необхідно розрізняти державні органи, які зобов'язані в порядку загального виконання покладених на них

завдань здійснювати захист і охорону прав та свобод людини і громадянина, та спеціалізовані державні органи, які створені спеціально для виконання функції захисту і охорони прав і свобод [4, ст. 45].

Діяльність державних органів із захисту та охорони конституційних трудових прав здійснюється в двох правових режимах: 1) в межах загального функціонування державного органу, серед завдань якого визначено захист всіх прав та свобод, контроль та нагляд за дотриманням законодавства та недопущенням порушення прав і свобод людини і громадянина; 2) діяльність спеціально створеного та призначеного державного органу для здійснення захисту трудових прав, нагляду і контролю за дотриманням саме трудового законодавства.

До першої групи державних органів слід віднести Президента України, Кабінет Міністрів України, органи прокуратури, місцеві державні адміністрації, інші органи виконавчої влади. Президент України в ст. 102 Конституції України визначений як гарант державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина [1].

Захист конституційних трудових прав може мати форму безпосереднього захисту (суд) та сприяння захисту. У другому випадку орган, який здійснює захист, не наділений правовими можливостями щодо припинення правопорушення чи відновлення права, але через його соціального статус таке припинення порушення права чи його відновлення може відбуватися. Органами, що сприяють захисту прав, є Уповноважений Верховної Ради України з прав людини [7, С. 89].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України. - Право-Інформ, 2011. – 50 с.
2. Кодекс законів про працю України. – ВЕЛЕС, 2011.-153 с.
3. Болотіна Н.Б. Трудове право України : підручник / Н.Б. Болотіна. — 4-те вид., стер. — К. : Вікар, 2006. — 725 с. — (Вища освіта ХХІ століття).
4. Прокопенко В. І. Трудове право України : підручник / В. І. Прокопенко. – Вид. 2-ге, стереотипне. – Х. : Консум, 2000.
5. Закон України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття" від 2 березня 2000 р.
6. Гаращук В.М. Контроль та нагляд у державному управлінні : навч.-практ. посіб. / В. М. Гаращук. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1998. – 48 с.
7. Лазор В.В. Правове регулювання трудових спорів, конфліктів і порядок їх вирішення на сучасному етапі : монографія / В.В. Лазор. – Луганськ : Література, 2004. – 362 с.
8. Харчук Р.С. Класифікація та значення форм захисту трудових прав працівників / Р.С Харчук // Форум права. – 2011. – №1. – С. 1073-1077.

SUMMARY

The article deals with the issue of employee's rights protection, some organizational and procedural ways of preventing the violations in labor law, the restoration of the employee's rights and damages compensation. The author makes a stress that the protection of employee's rights involves both the activities of state authorities as well as the activities of the parties to the legal relationships. In the author's opinion, the legal protection of employee's rights and legal interests means: 1) certain prerequisites for the implementation of the legal protection; 2) following the due form; 3) application of special methods of labor law.

О. Петренко

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к.ю.н., проф. О. Яворська

ПОНЯТТЯ ПУБЛІЧНОЇ ОБІЦЯНКИ ВИНАГОРОДИ БЕЗ ОГолоШЕННЯ КОНКУРСУ

Для виконання певної роботи або надання певної послуги зазвичай укладають відповідний договір. Іноді для швидшого досягнення бажаного результату доцільно привернути увагу широкого кола осіб з обіцянкою виплатити відповідну винагороду тому, хто досягне такого результату [8, С. 405]. Наприклад, у засобах масової інформації можна побачити оголошення такого змісту:

«31 грудня в другій половині дня пропав пес, породи ротвейлер, чорного кольору, в Галицькому районі м. Львова. Вік: 1,5 роки. Відгукується на кличку Тор. Особлива ознака – на шії мав червоний нашійник, на внутрішній стороні якого написаний номер власників. Тому, хто знайде і поверне собаку, винагорода гарантується.»

Звернення на зразок цього і є публічними обіцянками винагороди.

Законодавчо закріпленого визначення публічної обіцянки винагороди немає, тому для конкретизації цього поняття варто звернутися до наукової літератури.

Так, Ю.О. Заїка вважає, що публічна обіцянка винагороди – це односторонній правочин, при якому одна особа зобов'язується сплатити певну винагороду будь-якій особі, за умови досягнення нею зазначеного в оголошенні результату [4, С. 319].

Однак не кожна, навіть зроблена публічно обіцянка винагороди має юридичне значення і породжує виникнення передбаченого ст. 1148 ЦК України зобов'язання [8, С. 406]. Для того, щоб така обіцянка була обов'язковою, вона повинна відповідати низці ознак, а саме:

1) обіцянка повинна бути публічною. Тобто вона має бути сповіщеною у засобах масової інформації або іншим чином доведеною до невизначеного кола осіб. Публічною вважається також обіцянка, яка звернута до певного кола осіб (наприклад до молодих науковців, студентів тощо). Якщо ж звернення адресовано конкретним особам, воно втрачає ознаку публічності і набуває договірної характеру [4, С. 320];

2) обіцянка повинна мати майновий характер, тобто мати грошовий або інший вартісний вираз та вказівку щодо форми і розміру винагороди [8, С. 406]. Таким чином, повинна обіцятися певна грошова сума, певне майно або певні блага майнового змісту, наприклад путівка на 24 дні в санаторій "Трускавець", дві будь-які вівці з отари, яка заблукала в горах під час негоди тощо) [4, С. 320]. Хоча, як зазначає С.С. Бичкова, на практиці у більшості випадків в обіцянках фізичних осіб сплатити винагороду її розмір не зазначається.

Якщо розмір винагороди не визначений, це не виключає можливості виникнення спору щодо її розміру. У цих випадках розмір винагороди може встановлюватися судом з урахуванням принципів розумності, справедливості і добросовісності. Хоча спори щодо розміру винагороди можуть виникати й у випадках, коли її розмір чітко визначений, але особа, яка відгукнулася на обіцянку, вважає її недостатньою. І в цьому разі, за відсутності порозуміння, сторони можуть звернутися до суду.

Якщо винагорода має немайновий характер, то цивільно-правові відносини не виникають [1, С. 390-391];

3) винагорода повинна обіцятися за вчинення правомірних дій;

Результат, який має бути переданий оголошувачеві, повинен виражатися у формі правомірних дій. Цивільне право не допускає обіцяння винагороди за діяльність, що має на меті пошкодження або знищення майна іншої особи, завдання тілесних ушкоджень та інші дії (бездіяльність), які заборонені законом. Водночас у процесі виконання завдання особа може протиправно втрутитись у чужу майнову сферу, використавши, таким чином, неправомірні засоби для досягнення правомірної мети. Наприклад, при здійсненні заходів щодо пошуку загубленої домашньої худоби виявилось, що вона перебуває у інших осіб, які всупереч вимогам

закону (ст. 340 ЦК України) не повідомили про це власника або міліцію чи органи місцевого самоврядування. На вимогу суб'єкта, який виконує завдання, зазначені особи повертати худобу відмовилися. Виконуючи завдання, особа зламала двері хліву і вивела худобу. Таким чином, тварини були повернені власнику, тобто був досягнутий правомірний наслідок. Водночас, пошкодивши чуже майно при виконанні завдання, особа вчинила цивільно-правовий делікт і має нести відповідальність за завдання шкоди. Але, оскільки оголошенням про публічне обіцяння винагороди досягнення потрібного результату за допомогою неправомірних дій не вимагалось і не могло вимагатися, особа, що оголосила винагороду, не має жодної причетності до неправомірних дій суб'єкта, який відгукнувся, і тому не несе відповідальності за ці дії [7, С. 958].

4) має бути зазначено результат, якого необхідно досягнути (визначене завдання, місце його виконання);

5) із оголошення повинно бути зрозуміло, хто обіцяє винагороду.

Звичайно, на практиці складно уявити випадки, щоб особа, яка взяла на себе обов'язок сплатити винагороду, вказувала б в оголошенні своє повне прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання або роботи, іншу деталізовану інформацію про себе. Персоніфікованість передусім передбачає, що із змісту оголошення можна буде встановити таку особу (наприклад залишений контактний номер телефону та ім'я цієї особи). Водночас з метою уникнення можливих складнощів і непорозумінь у визначенні особи, що пообіцяла винагороду, треті особи, які мають намір вжити заходів, спрямованих на виконання завдання, не позбавлені права вимагати від неї письмового підтвердження обіцянки.

Оскільки звернення адресоване наперед не визначеному колу осіб, усім і кожному, не всі особи, які володіють результатом, що вимагається, мають право на винагороду. Наприклад, не можуть претендувати на винагороду посадові (службові) особи, які виконують певні дії не через те, що вони передбачені в публічній обіцянці винагороди, а тому, що вони становлять зміст їхніх трудових обов'язків; особи, які вчинили протиправні дії щодо суб'єкта, який обіцяє винагороду (наприклад вкрали належну йому річ), а згодом вимагають сплату винагороди за її повернення; особи, які знайшли річ (бездоглядну худобу), проте в подальшому не виконали покладений на них ч. 2 ст. 337 та ч. 1 ст. 340 ЦК України обов'язок щодо повідомлення власника або органи влади про знахідку [7, С. 958];

6) обіцянка може бути оголошена в будь-якій формі (письмово, на телебаченні, по радіо, в Інтернеті тощо). Особи, які бажають відгукнутися на обіцянку, можуть вимагати письмового підтвердження інформації;

7) строк досягнення результату не є обов'язковою умовою. Якщо він не встановлений, то оголошене завдання вважається чинним протягом розумного строку.

Наприклад, приблизно в 1637 р. французьким математиком П'єром Ферма на полях книги Діофанта «Арифметика» була сформульована теорема Ферма.

У 1816 р., а потім у 1850 р. Французька Академія наук запропонувала приз тому, хто доведе теорему Ферма. У 1857 р. Академія присудила 3000 франків і золоту медаль німецькому математику Куммеру за його дослідження. Ще одна нагорода була запропонована в 1883 р. Академії Брюсселя.

У 1908 р. німецький промисловець і любитель математики Вольфскель пообіцяв 100 000 марок як приз за повне доведення теореми Ферма. Було опубліковано дев'ять правил, яких необхідно дотриматись для отримання призу. Серед них були, наприклад, такі: приз не буде присуджено протягом двох років після публікації; премія не буде передана після 13 вересня 2007 р.; тобто приблизно після сторіччя з того часу, як цю обіцянку було оголошено. Через інфляцію після Першої світової війни премія значно знизилася. Цю винагороду отримав 27 червня 1997 р. англійський математик сер Ендрю Джон Вайлс у розмірі 50 000 доларів.

Приклади публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу ми часто бачимо у творах кінематографа. Зокрема, у фільмі «Амелі» головна героїня натрапляє на оголошення про розшук альбому з фотографіями, завдяки якому вона згодом знаходить своє кохання. Дуже

часто такі приклади ілюструються і у західних фільмах (вестернах), в яких таким чином розшукують злочинців (наприклад «Джанго вільний»).

Окрім того, у зв'язку з останніми подіями, що відбуваються у нашій країні, такі приклади дедалі частіше трапляються й у житті. Наприклад, усі знають про те, що тривалий час було невідомим місцезнаходження лідера автомайдану Дмитра Булатова, якого розшукували, й у зв'язку з цим у соціальних мережах, засобах масової інформації були такі оголошення: "Автомайдан офіційно оголошує винагороду 10 000 \$ тому, чия інформація допоможе знайти Дмитра Булатова і врятувати йому життя. Просимо всі телеканали розмістити його фото і дати редакційні телефони для зв'язку. Чутки чи "одна бабка сказала" ми не сприймаємо. Тільки хто особисто бачив, знає або є якась фіксація. Також звертаємося до тих, хто стоїть за можливим викраденням. Ми в будь-якому випадку дізнаємося, хто за цим стоїть, і знайдемо. Дай Бог, щоб Діма був у доброму здоров'ї і нам не довелося призначати винагороду за інші речі".

Отже, таке публічне оголошення є передумовою для виникнення правовідносин. Зобов'язання для особи, яка публічно пообіцяла винагороду, виникає не з моменту оголошення такої заяви, а тільки за умови досягнення третіми особами бажаного результату. І тільки після того, як особа, що відгукнулася на публічне оголошення, здійснить передбачені у ньому дії, у неї виникне право вимоги з приводу обіцяної винагороди. Відповідно той, хто відгукнувся, виступає як кредитор, а той, хто закликав, – як боржник [8, С. 406-407].

Якщо завдання стосується разової дії, винагорода виплачується особі, яка виконала завдання першою. Якщо таке завдання було виконано кількома особами одночасно, винагорода розподіляється між ними порівну [4, С. 321].

Саме за таких умов і виникає відповідне зобов'язання, виявляється конкретний склад його учасників, реалізуються права і обов'язки.

Саме тому публічне обіцяння винагороди у науковій літературі відносять до односторонніх умовних правочинів [8, С. 407].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

Нормативно-правові акти:

1. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
2. Цивільний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

Література:

1. Бичкова С. С. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання. / С. С. Бичкова, І. А. Бірюков, В. І. Бобрик та ін. – К. : КНТ, 2006. – 498 с.
2. Білоусов Ю. В. Цивільне право України / Ю. В. Білоусов, В. А. Ватрас, С. Д. Гринько та ін. – К. : Правова єдність, 2009. – 536 с.
3. Голубева Н. Ю. Зобов'язання із публічної обіцянки винагороди : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / [Електронний ресурс] / Н. Ю. Голубева. – Одеса, 2005. – Режим доступу: <http://lawbook.org.ua/biblioteka/avtoreferaty/ukraina/svobodnyj-dostup/12-00-03-tsivilne-pravo-i-tsivilnij-protses-simejne-pravo-mizhnarodne-privatne-pravo/1107-golubeva-nelli-yurijivna-zobov-yazannya-iz-publichnoji-obitsyanki-vinagorodi>.
4. Заїка Ю.О. Українське цивільне право / Ю. О. Заїка — К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 368 с.
5. Михайлич А. М. Внедоговорные обязательства в советском гражданском праве / А. М. Михайлич. – Краснодар : Изд-во. Кубан. ун-та, 1982. – 93 с.
6. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / за ред. А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця та ін. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ruh.znaimo.com.ua/index-12663.html>.

7. Цивільне право України / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.
8. Цивільне право України / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К. : ВД «Ін Юре», 2006. – 520 с.

SUMMARY

The author stresses that when a person wants to have some work done he usually enters into a contract. But if he wants to have the result more quickly or to attract more people he can publicly promise the remuneration for the work done.

The notion of a public promise of reward without the competition announcement is presented in the article. The author considers it to be a one-way transaction, in which one person agrees to pay a fee to any person who reaches the result announced in the advertisement.

Key words: public promise of reward, publicity, material nature, legal actions, the result, a form, a term.

Ю. Попович

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник - к.ю.н., доц. кафедри цивільного права і процесу С. Лепех

**ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НЕПОВНОЛІТНІХ БАТЬКІВ ТА ШЛЯХИ ЇХ
ВИРІШЕННЯ**

Одним із актуальних для дослідження соціальних і демографічних явищ, притаманних сучасному суспільству загалом і українському суспільству зокрема, є неповнолітнє батьківство. В умовах потенційної демографічної кризи явище юного материнства заслуговує на увагу суспільства, держави та законодавця. Проблема неповнолітнього батьківства варта особливої уваги при формуванні курсу соціальної, правової, культурної політики держави. Збільшення кількості народжень серед юних жінок можна спостерігати з кінця 1960-х рр.. Вона дещо скорочується з 1990 р. на тлі загальної тенденції до зниження народжуваності, а потім знову зростає після так званої «сексуальної революції», сплеск якої спостерігався в 1994-1996 рр. На порозі ХХІ ст. кількість неповнолітніх батьків почала суттєво збільшуватися. Згідно з даними Державного комітету статистики, у 2011 р. неповнолітні жінки народили 8 202 дитини. Враховуючи, що станом на 1 січня 2012 р. дітей віком до одного року зареєстровано 498 975 осіб, то кожна 60-та дитина була народжена неповнолітньою матір'ю [1]. Закономірно, що це суспільне явище не могло залишитися поза увагою законодавця. Сімейний кодекс України (далі – СК України) від 10 січня 2002 р. містить норми, що стосуються регулювання правового статусу неповнолітніх батьків, чого не було у Кодексі про шлюб та сім'ю УРСР від 20 червня 1969 р. Проте під час реалізації неповнолітніми батьками своїх прав нерідко виникає ряд проблемних правових питань, що й обумовлює актуальність нашого дослідження.

Мета дослідження цієї роботи полягає в тому, щоб визначити особливості здійснення батьківських прав неповнолітніми батьками та розробити пропозиції щодо удосконалення механізму здійснення батьківських прав.

Актуальність цієї роботи обумовлено тим, що у процесі здійснення неповнолітніми батьками своїх батьківських прав виникає чимало проблемних правових питань, наприклад стосовно обсягу дієздатності неповнолітнього батька (матері), практичної можливості здійснювати ним (нею) свої батьківські права майнового та немайнового характеру тощо. У сучасній українській правовій літературі проблема правового статусу неповнолітніх батьків та механізму його реалізації розкрита досить фрагментарно, найчастіше в контексті надання фізичній особі повної цивільної дієздатності у порядку, передбаченому Цивільним кодексом України.

СК України поняття неповнолітніх батьків уперше було введено до національного законодавства України. Новелою став особливий правовий статус неповнолітніх батьків. Закон, прирівнюючи їх у правах та обов'язках до повнолітніх батьків, наділяє їх додатковими правовими гарантіями, такими як право на безоплатну допомогу в суді (ст. 156 СК України), обмеження у застосуванні інституту позбавлення батьківських прав (ч.2 ст.164 СК України) [9], набуття неповнолітньою особою, яка записана матір'ю, батьком дитини, повної цивільної дієздатності у цивільних правовідносинах (ст. 35 ЦК України) [10].

На нашу думку, насамперед варто звернути увагу на саме законодавче поняття неповнолітніх батьків. Відповідно до ч.2 ст.6 СК України та ст. 32 ЦК України неповнолітньою вважають особу у віці від 14 до 18 років. Як зазначає О. Скакун, «аналогія закону – вирішення справи чи окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на такі випадки» [2, с.435]. Хоча, як слушно зазначає О.В. Іевія, норми ст. 6 СК України і, наприклад, ст.156 СК України [9] розраховані на різні правові ситуації: положення ст. 6 стосуються правового статусу дитини, а положення ст. 156 – правового статусу окремої категорії батьків – таких, що не досягли повноліття [3], на нашу думку, застосовувати поняття «неповнолітні батьки» узагальнено до всіх батьків, що не досягли 18 років, як і закріплено законодавцем, не зовсім правильно. Такий підхід дещо виключає з кола правового регулювання випадки, коли

батьком або матір'ю дитини стає особа, яка ще не досягла 14 років, хоча на практиці така ситуація є цілком можливою. Отже, хоча законодавець і відносить до неповнолітніх батьків усіх батьків віком до 18 років, їх доводиться поділяти на дві категорії: ті, що досягли 14 років, і ті, що не досягли 14 років. Цей поділ має велике практичне значення, оскільки обсяг їх правового статусу, а ще більше - практичні можливості самостійно здійснювати свої батьківські права суттєво відрізняються. Наприклад, право на звернення до суду за захистом прав та інтересів своєї дитини, закріплене ст.156 СК України, стосується лише неповнолітніх батьків, які досягли 14 років.

Специфіка правового статусу неповнолітніх батьків полягає в тому, що вони володіють певним обсягом прав і обов'язків стосовно своїх дітей і водночас продовжують залишатися дітьми, наділеними особливими правами, як зазначає О.І. Величкова [4, с.4]. Поки неповнолітні батьки не набули повної цивільної дієздатності в порядку емансипації відповідно до ст. 35 ЦК України та у випадку реєстрації ними шлюбу до досягнення повноліття, вони не мають у повному обсязі і сімейної дієздатності. Тим не менше вони вже повинні вчиняти певні дії не тільки фактичного, а й юридичного характеру щодо своїх дітей, від реєстрації народження дитини і до управління її майном. Також варто зазначити, що розділ III СК України передбачає досить великий перелік прав і обов'язків матері та батька щодо дитини не лише немайнового (наприклад забрати дитину з пологового будинку або іншого закладу охорони здоров'я, визначити ім'я, по батькові та прізвище дитини тощо), а й майнового характеру (управління майном дитини, утримання дитини). О.Є.Казанцева зазначає, що виникнення батьківських прав та обов'язків не залежить від віку батьків. Отже, і неповнолітні батьки набувають усі батьківські права та обов'язки, що породжує колізію у сімейному і цивільному законодавстві. Відомо, що неповнолітній, який не перебуває у шлюбі, не може самостійно здійснювати свої майнові права, оскільки не має повної дієздатності. Одак будучи батьком (матір'ю), він вправі і зобов'язаний реалізовувати майнові права своєї дитини [5, с.35]. Водночас, як слушно зазначає Л.В. Красицька, сам СК України навіть не допускає можливості надати неповнолітнім батькам повну дієздатність, як це передбачено ст.35 ЦК України, що, на нашу думку, потребує законодавчого перегляду і доповнень. Ю.С. Червоний стверджує, що навіть укладення шлюбу не передбачає виникнення сімейної дієздатності в повному обсязі [6, с.103-104]. Натомість ст. 60 КпШС УРСР передбачала, що в разі одруження неповнолітніх вони набувають дієздатності в повному обсязі з моменту одруження і здійснюють захист своїх прав самостійно [7, с.237].

Відповідно до ст. 16 СК України, якщо мати, батько дитини є неповнолітніми, то дід, баба дитини з боку того з батьків, хто є неповнолітнім, зобов'язані надавати йому допомогу у здійсненні ним батьківських прав та при виконанні батьківських обов'язків. Як слушно зазначає І.В. Жилінкова, закон чітко не передбачає, яка саме допомога зі сторони діда і баби маєтись на увазі. На нашу думку, насамперед, варто мати на увазі дії фактичного характеру, такі як допомога у догляді за дитиною та її вихованні. Не визначено законодавчо і не з'ясовано, яким повинен бути юридичний характер такої допомоги. У випадку, якщо неповнолітні батьки набули повної цивільної дієздатності внаслідок укладення шлюбу або ж у порядку, передбаченому ст. 35 ЦК України, вони не потребують допомоги юридичного характеру зі сторони своїх батьків, адже самі набувають для себе цивільних прав та самостійно виконують свої обов'язки. Якщо ж набуття неповнолітніми батьками повної цивільної дієздатності не відбулося, їх батьки зобов'язані представляти їх інтереси, надавати згоду на вчинення правочинів, здійснювати інші дії, передбачені законом [8, с.68].

Зважаючи на те, що допомога діда, баби повинна мати як фактичний характер, що проявляється у вчиненні певних дій, пов'язаних із доглядом за дитиною, так і юридичний, на нашу думку, було б доцільним і обґрунтованим запровадження інституту помічництва. Обсяг прав та обов'язків помічника повинен бути чітко визначеним, щоб забезпечити повноцінний захист прав та інтересів як дитини, так і її неповнолітніх батьків. Було б доцільно, щоб призначав діда, бабу помічником для неповнолітніх батьків орган опіки та піклування. Важливість запровадження такого інституту помічництва обґрунтовується тим, що, як зазначає

Л.В. Красицька, для неповнолітніх батьків існують складнощі об'єктивного характеру, адже з огляду на свій фізичний та духовний розвиток, відсутність певного життєвого досвіду неповнолітні батьки не можуть самостійно реалізувати свої батьківські права в інтересах дитини належним чином. Отже, питання стосовно здійснення батьківських прав, які не можуть за законом здійснюватися неповнолітніми батьками самостійно, щодо такої дитини повинні вирішуватися за згодою між помічником неповнолітніх батьків та неповнолітнім батьком (матір'ю) дитини. Також у цьому контексті варто вказати, що відповідно до ст. 265 СК України дід, баба зобов'язані утримувати своїх малолітніх, неповнолітніх внуків, якщо батьки не можуть з поважних причин надавати їм належного утримання, за умови, що дід, баба можуть надавати матеріальну допомогу.

Висновки. Проаналізувавши особливості правового статусу неповнолітніх батьків у сімейному законодавстві України, узагальнивши думки науковців щодо механізму здійснення ними батьківських прав, ми дійшли висновку, що суспільні реалії потребують більш вичерпного законодавчого регулювання та подальшого детального вивчення проблемних правових питань у цій сфері. Реформ потребують і певні процесуальні норми, пов'язані із забезпеченням механізму здійснення батьківських прав неповнолітніми батьками. У законодавстві варто передбачити конкретний характер допомоги діда, баби неповнолітніх батьків у здійсненні їх батьківських обов'язків, зокрема, з'ясувати можливий юридичний характер такої допомоги.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Державна служба статистики України. Статистичні таблиці. Таблиця 0303. Народжуваність за віковими групами матерів (0,1) [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://database.ukrcensus.gov.ua/Mult/Dialog/varval.asp?ma=000_0303&path=../Database/Population/03/01/&lang=1.
2. Скакун О.Ф. Теория государства и права : учебник / Скакун О.Ф. – Х. : Консум ; Ун-т внутр. дел, 2000. -704 с.
3. Ієвіня О.В. Поняття неповнолітніх батьків у сімейному законодавстві України // Юридичний часопис НАВС. – 2011. - №1. / Ієвіня О.В. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.naiu.kiev.ua/chasopis/materials/26>.
4. Величкова О.И. Семейно-правовое положение несовершеннолетних родителей по законодательству Российской Федерации : автореф. дис. ... юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право / О.И. Величкова. — М., 2006.— 26 с.
5. Казанцева А.Е. Обязанности и права родителей (замещающих их лиц) по воспитанию детей и ответственность за их нарушение / А.Е. Казанцева.— Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1987.— 144 с.
6. Семейное право Украины : учебник / Под ред. Ю.С. Червоного.— Х. : ООО «Одиссей», 2004.— 520 с.
7. Красицька Л.В. Особливості здійснення батьківських прав неповнолітніми батьками /Л.В.Красицька //Правничий часопис Донецького університету. – 2011. – №1 (25). – С. 234-239
8. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. І.В. Жилінкової.— Х.: Ксилон, 2008.— 855 с.
9. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
10. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435- IV [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

SUMMARY

The article deals with the analysis of the main legislative issues on the legal status of underage parents in Ukraine. The mechanism of their rights and obligations realization is researched on the basis of the current Family Code. The attention is paid to the proposals on improvement of legal regulation of the underage parents status in Ukraine.

Key words: underage parents, legal status, family legislation, parental rights, child's interests.

О. Рилова

Україна

Івано-Франківський університет права імені Короля Данила Галицького

Науковий керівник - к.ю.н., доц. І. Турчак

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Право спільної власності є одним із основних інститутів системи цивільного права. Воно становить фундамент усіх цивільно-правових відносин, навколо яких будуються інші взаємопов'язані між собою елементи цивільно-правового регулювання.

Досить часто буває, що одне й те саме майно може належати на праві власності декільком особам (співвласникам) одночасно. У цьому разі виникає право спільної власності як право двох або більше осіб за спільною згодою володіти, користуватися та розпоряджатися належним їм майном, що становить єдине ціле.

Конституція України забезпечує державний захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, їх рівність перед законом, гарантує непорушність права власності, можливість використання громадянами державної і комунальної власності, право на підприємницьку діяльність тощо.

Фізичні особи можуть здійснювати право приватної власності як індивідуально, так і спільно з іншими особами шляхом об'єднання їхнього майна внаслідок цього права спільної власності. Право спільної власності є певною організаційно-правовою формою реалізації суб'єктами права власності належних їм майнових прав. Тобто у даному випадку не утворюється нова самостійна форма власності, крім передбачених законом (приватної, комунальної, державної). При цьому, на думку О. В. Дзери, у випадку виникнення права спільної власності на майно суб'єктів різних форм власності утворюється відносно новий симбіоз правової категорії – змішана власність [3, с. 207].

Суб'єктами права спільної власності можуть бути будь-які суб'єкти цивільного права, тобто фізичні та юридичні особи, держава і територіальні громади в будь-якому поєднанні (ч. 2 ст. 356 ЦК України).

У правовій науці стійко утвердилася думка про те, що право спільної власності насамперед характеризується двома найбільш істотними ознаками, які обумовлюють її існування:

- множинністю суб'єктів;
- єдністю об'єкта (майно – подільне або неподільне).

Варто зазначити, що на основі вказаних ознак права спільної власності, які відрізняють її від інших форм власності, цей інститут складається: а) з норм про право власності, що регламентують відносини співвласників з третіми особами; б) із норм, що регулюють відносини між самими співвласниками. Тобто право спільної власності – це таке право власності, яке належить двом або більше учасникам цивільних відносин одночасно (множинність суб'єктів) на один і той самий об'єкт (єдність об'єкта).

Щодо відмежування спільної власності від одностановчої власності юридичної особи, то відмінними ознаками зазначеного є спільне майно та множинність суб'єктів права власності на майно. Утворюючи юридичну особу, засновники передають право власності як внесок іншому створюваному ними суб'єкту – юридичній особі, а отже, права спільної власності на майно створеної юридичної особи в них не виникає, проте виникають корпоративні права, які за своєю сутністю не є правом власності. Власником такого майна є новостворена юридична особа. Тому, враховуючи різні факти із судової практики, даний випадок не підпадає під поняття спільної власності через відсутність кількох суб'єктів права власності на те саме майно [3, с. 206-207].

Відповідно до ст. 355 ЦК України існує два види права спільної власності: 1) спільна часткова власність; 2) спільна сумісна власність.

Різниця між ними перш за все полягає у визначеності часток співвласників у праві на майно. Спільна часткова власність передбачає, що частки учасників у праві на майно чітко

визначені. Кожен із них має право за своїм бажанням припинити відносини спільної власності шляхом виділу своєї частки зі спільного майна. У відносинах спільної сумісної власності частки співвласників наперед не визначені. Вони визначаються лише у випадку припинення спільної власності шляхом поділу майна, виділу з нього певної частки або трансформації спільної сумісної у спільну часткову власність. При цьому розмір цих часток може бути як однаковим, так і неоднаковим, і залежати від конкретних обставин. Наприклад, згідно із ст. 70 СК України у випадку поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними, якщо інше не визначено домовленістю між ними або шлюбним договором. При вирішенні спору про поділ майна суд може відступити від засади рівності часток подружжя за обставин, що мають істотне значення [1].

За загальним правилом спільна власність вважається частковою. Вона може бути сумісною лише у випадках, коли це передбачено законом або договором між учасниками (ч. 4 ст. 355 ЦК) [2].

Таким чином, право спільної власності є самостійним юридичним інститутом, що фактично є подібним праву власності, але не зливається з ним. Право спільної власності, як і право власності, має абсолютний характер і виключає можливості впливу третіх осіб на спільний об'єкт. Однак, з іншого боку, праву спільної власності властива наявність кількох суб'єктів, які мають якісно однакові права на річ, що для класичного права власності принципово виключається.

Отже, викладені положення свідчать про те, що існування інституту права спільної власності має велике значення для формування і розвитку відносин між суб'єктами цивільного права. З його допомогою для громадян створюються кращі умови для задоволення матеріальних і соціально-культурних потреб, раціонального використання сімейного бюджету, зміцнення сімейно-трудових зв'язків і взаємин різних товариств, а також отримання трудових доходів. Право спільної власності відкриває кращі перспективи і для юридичних осіб, сприяючи підвищенню ефективності виробничо-господарської діяльності, заощадженню коштів і ресурсів.

Відносини спільної власності дістали у чинному Цивільному кодексі України більш повне врегулювання порівняно з ЦК УРСР. При цьому в ньому вперше детально регламентовано, крім спільної часткової власності, спільну сумісну власність (ст. 368-372 ЦК України), що є не менш важливим для суб'єктів цивільно-правових відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Сімейний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 21-22. - С.135.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 40-44. - С. 356.
3. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні: монографія / О. В. Дзера. – К. : Вентурі, 1996. – С. 206-207.
4. Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука. – К. : Наукова думка ; Прецедент, 2004. – 448 с.
5. Цивільне право України : Підручник: у 2 кн. / О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 2-ге вид., доповн. і переробл. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – 736 с.

SUMMARY

The right of joint ownership, the provisions on its maintenance and the rules of realization of civil legal relations between the subjects to such relations are analysed in the article. The value of existence of such an institute for the development of the relations between civil legal subjects is substantiated, the division of joint property into types is characterized.

Vivat Justitia!

Key words: right of ownership, right of joint ownership, common partial property, common compatible property, institute, civil legal relations, multiplicity of subjects, unity of object.

РОЗДІЛ IV

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

А. Калинчук

Україна

Національний університет «Острозька академія»

Науковий керівник - викладач Н. Боржецька

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВТРУЧАННЯ У ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАХИСНИКА ЧИ ПЕРЕДСТАВНИКА ОСОБИ, ПЕРЕДБАЧЕНА СТАТТЕЮ 397 КК УКРАЇНИ

Відповідальність — загальносоціологічна категорія, яка виражає свідоме ставлення особи до вимог суспільної необхідності, обов'язків, соціальних завдань, норм і цінностей. Відповідальність означає усвідомлення смислу і значення діяльності, її наслідків для суспільства і соціального розвитку, вчинків особи з погляду інтересів суспільства або певної групи [1].

Не винятком є кримінальна відповідальність як різновид юридичної відповідальності, встановлена законодавцем для охорони суспільних відносин, запобігання вчиненню протиправних діянь, превентивне значення, і, звичайно, в цілях покарання за наявності вчинення злочину, передбаченого Особливою частиною кримінального законодавства.

Кримінально-правовий захист права особи на правову допомогу закріплений і безпосередньо виражається через норми Кримінального кодексу України (далі – КК України), які встановлюють відповідальність за посягання на право особи на захист, деталізують міру покарання, наявність різновиду санкцій тощо, у випадку посягання на виконання захисником чи представником особи законної діяльності щодо надання правової допомоги.

Одним з конституційних засобів забезпечення реалізації та гарантій правових положень діяльності адвокатури є закріплення у внутрішньому (державному) кримінальному законодавстві [2, с. 485-489].

Таким чином, законодавець, закріпивши норму права, вперше взяв під охорону кримінального закону особу та інтереси захисника і представника особи у зв'язку з їх діяльністю. Тут варто відзначити, що радянське кримінальне законодавство не передбачало такого охоронюваного державою права. Саме розвиток української держави загалом і правової системи зокрема дозволив закріпити одне з важливих питань, дотичне як до правосуддя, так і здійснення належного гарантованого Основним законом держави захисту прав особи.

Національна норма відповідає ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, де йдеться, що кожен, чії права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [3].

Суспільна необхідність такої новели кримінального законодавства ще у 2001 р. встановила кримінальну відповідальність за втручання в діяльність, погрозу або насильство, умисне пошкодження або знищення майна, вбивство або замах на вбивство вказаних осіб (представника чи захисника особи), визнавши велику роль інституту захисту у встановленні об'єктивної істини у справі, та виконанні завдань правосуддя, а також поставленні під охорону закону конституційних гарантій забезпечення захисту в кримінальному судочинстві.

Санкція ст. 397 КК України встановлює вид покарання у такому вигляді: штраф від ста до двохсот неоподаткованих мінімумів доходів громадян або виправні роботи на строк до двох років, або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до трьох років [4]. У такий спосіб законодавець визначив злочин передбачений статтею 397 КК України як злочин невеликої тяжкості, відповідно до статті 12 КК України.

Також стаття передбачає кваліфікований склад злочину у випадку вчинення його службовою особою з використання свого службового становища. У цьому випадку частина 2

санкції встановлює міру відповідальності, а саме: такі дії караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Аналіз цієї частини свідчить про наявність основного покарання, а також додаткового, відповідно до особливості суб'єкта злочину.

Відомо, що кримінальна відповідальність передбачається за діяння, яке містить повний склад злочину, тому важливо зазначити, що склад злочину за ст. 397 КК України є злочином з формальним складом. Це юридичний склад, який не передбачає настання наслідків як обов'язкового елементу об'єктивної сторони. Наслідки цього злочину хоча і можуть наставати, але перебувають за межами складу злочину, вони не включаються до об'єктивної сторони складу як обов'язкова ознака, і їх встановлення на кваліфікацію злочину не впливає.

Злочин вважається закінченим з моменту вчинення описаних у ч. 1 ст. 397 дій [5, с. 1288].

На думку деяких науковців, форми здійснення злочину, міра покарання тощо за злочин у вигляді втручання в діяльність захисника чи представника особи не відповідають її суспільній небезпечності і потребують удосконалення. Зокрема, В. В. Сміх у своїй науковій роботі на здобуття кандидатського ступеня пропонує ст. 397 КК України у такій редакції: «Стаття 397. Втручання в діяльність захисника чи представника особи.

1. Вчинення у будь-якій формі перешкод та будь-який інший вплив на здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці – карається штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища, – караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років» [6, с.21].

За даними офіційної статистики МВС України, у 2001–2010 рр. в Україні зареєстровано менше шістдесят злочинів, відповідальність за вчинення яких передбачена ст. 374, 397–399 КК України [7]. Про це свідчать й відомості судової практики: 13 листопада 2012 р. суддя Печерського районного суду м. Києва В.В. Підпалій, розглянувши заяву, за якою, деякими посадовими особа було вчинене протиправне діяння, передбачене ст. 397 КК України, своєю постановою встановив, що відповідно до відомостей, скоєння посадовими особами Служби безпеки України злочинів, відповідальність за які передбачена статтями 364, 366, 396, 397 КК України, мало місце, і тому постановив заяву направити до Генеральної прокуратури України за належністю [8].

Розглянувши основні питання щодо кримінальної відповідальності за статтею 397 КК України, можна стверджувати, що передбачена законодавством України наявність такої норми свідчить про намагання ефективно здійснювати реалізацію права особи на захист державою, а з іншого боку – про наявність проблеми, оскільки судова практика та статистика показує, що порушення цієї норми Особливої частини КК України має певну нерегресуючу здатність. Окрім того засвідчує низький рівень здійснення правосуддя, оскільки в деяких країнах Європи зникла потреба в передбаченні кримінальним законодавством такого діяння, як злочин, через відсутність порушення зазначених гарантій здійснення правової допомоги особам.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Українська Радянська Енциклопедія: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D1%96%D0%B4%D0%BF%D0%BE%D0%B2%D1%96%D0%B4%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D1%96%D1%81%D1%82%D1%8C>

2. Антошкіна В. К. Деякі питання щодо вдосконалення захисту життя, здоров'я, майна та інтересів захисника або представника особи у кримінальному законодавстві України / В. К. Антошкіна, В. І. Педан // Вісник Донецького Національного університету. Серія В: Економіка і Право.– 2009. – Вип. 1. - С.485-489.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
4. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка – 7-ме вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2010. - 1288 с.
6. Сміх В. В. Кримінальна відповідальність за порушення права особи на правову допомогу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Сміх В. В.. – Львів., 2011. – 21 с.
7. Стан та структура злочинності в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/374130>.
8. Постанова Печерського районного суду м. Києва у справі № 1-737/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27508849>.

SUMMARY

The research examines the provisions of the Criminal Code of Ukraine concerning the liability for intrusion into the attorney's activity, including the extent and type of punishment as well as crime qualification.

Key terms: a lawyer, a representative of the person, intrusion into the activities, responsibility.

М. Кондра

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к.ю.н., доц. С. Хилюк

ПРОПОРЦІЙНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ФОРМИ ПРОЯВУ

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі - Конвенція) допускає можливість обмеження гарантованих нею прав та свобод державами. Це перекликається із принципом свободи розсуду держави для забезпечення інтересів суспільства. Виходячи із державного суверенітету держава, сама визначає характер і ступінь таких обмежень, які повинні бути пропорційними. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) має право оцінювати ці обмеження з точки зору дотримання та балансу інтересів суспільства й індивіда. Без такої «співмірності» неможливим є дотримання принципу верховенства права. На зв'язок принципу верховенства права із пропорційністю вказував Конституційний Суд України (далі — КС України), посилаючись у своїх рішеннях на практику ЄСПЛ.

Наприклад, КС України шляхом посилання на практику ЄСПЛ у справі *Scoppola v. Italy* від 17 вересня 2009 р., заява N 10249/03, абз.5 п.4 свого рішення від 26.01.2011 р. № 1-рп/2011 (справа про заміну смертної кари довічним позбавленням волі) вказав, що складовим елементом принципу верховенства права є очікування від суду застосування до кожного злочинця такого покарання, яке законодавець вважає *пропорційним*. Так само КС України у абз.3 п.4.1 рішення від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання) вказав, що справедливість варто розглядати як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у *пропорційності* юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. Отже, на думку КС України, пропорційність є складовою справедливості у праві, зокрема у кримінальному, адже вказані рішення КС України та ЄСПЛ безпосередньо стосувалися вирішення окремих кримінально-правових питань.

Як зазначає Т.І. Дудаш, принцип пропорційності як засада тлумачення, що застосовується ЄСПЛ при з'ясуванні змісту норм Конвенції [3, с.113], є «важливою складовою верховенства права, його необхідними наслідками і умовами його реалізації» [3, с.120]. З точки зору С. Погребняка, «важливими складовими верховенства права, його необхідними наслідками і умовами реалізації є принцип правової визначеності, пропорційності і добросовісності» [10, с.53]. Як вказується в одному з підручників з права Європейського Союзу, «принцип пропорційності (співмірності) вимагає, щоб будь-які дії і рішення органів влади суворо відповідали поставленій перед ними меті і не виходили за її межі, а характер і ступінь обмежень прав і свобод людини з метою забезпечення інтересів суспільства були співмірними у кожній конкретній ситуації» [12, с.132]. Тобто повинен бути досягнутий справедливий баланс інтересів між вимогами публічного інтересу та захистом прав і свобод людини, гарантованих Конвенцією, у реалізацію яких здійснюється втручання держави. Звідси випливає, що за своїм змістом досягнення пропорційності – це дотримання балансу між інтересами суспільства (держави) та інтересами окремого індивіда.

Із аналізу наведених думок випливає, що автори однозначно називають пропорційність одним із принципів права. Щоправда, Т.І. Дудаш називає пропорційність принципом *тлумачення норм* Конвенції (право інтерпретаційної діяльності ЄСПЛ).

Ми вважаємо, що при вирішенні того, чи є пропорційність принципом права треба враховувати наукові розробки загальної теорії держави і права. В одному з підручників з теорії держави і права вказано, що будь-яка самостійна галузь права має основні ідеї (положення, засади), що визначають сутність та спрямованість її правового регулювання. У загальній теорії держави та права такі положення іменують принципами права [7, с.119].

На наш погляд, навряд чи доцільно стверджувати, що пропорційність є самостійним принципом кримінального права, адже сама по собі пропорційність не визначає спрямованість кримінального права, але є стрижнем принципу верховенства права у кримінальному праві.

Пропорційність є похідною від загальноправового принципу верховенства права, який, окрім того, включає в себе справедливість та розумність. На думку професора П.М. Рабіновича, «неодмінною складовою праворозуміння ЄСПЛ є втілення у досліджуваному явищі „справедливого” балансу різноманітних інтересів (передусім інтересів особи і суспільства), який має бути досягнуто шляхом їх співставлення, „зважування”» [очевидно, мається на увазі те явище, яке позначається терміно-поняттям «право» - примітка автора М.К.] [13, с.6]. Тобто баланс інтересів (пропорційність) є невід’ємним атрибутом права.

Як зазначає Т.І. Дудаш, чи не вперше термін «пропорційність» був використаний ЄСПЛ у справі *National Union of Belgian Police v. Belgium* 27.10.1975 р. ЄСПЛ вказав, що обмеження прав і свобод повинні мати об’єктивне і розумне виправдання, тому необхідно зважати на мету і конкретну природу заходів обмеження. Тобто повинна бути легітимна мета таких заходів та **пропорційний** зв’язок між цими заходами і їх метою [3, с.121]. Так само у справі *Rees v. United Kingdom* у рішенні від 17 жовтня 1986 р. ЄСПЛ було зазначено, що, з’ясовуючи, чи існує позитивне зобов’язання держави стосовно людини, "належить врахувати справедливий *баланс*, який має бути встановлений між інтересами всього суспільства й інтересами окремої людини". З цього моменту можливо відстежувати еволюцію підходів до розуміння пропорційності у практиці ЄСПЛ.

З аналізу наведеного у навчальній літературі переліку положень, які різні автори називають принципами кримінального права [15, с.52-53], можна зробити висновок, що пропорційність аналізувалася дуже скупко та побічно. Такий аналіз проводили в контексті принципу «відповідності (співмірності) покарання тяжкості вчиненого злочину». Проте, на наш погляд, це лише один із аспектів пропорційності у кримінальному праві. Дослідження проявів пропорційності у кримінальному праві є метою нашої статті.

На переконання професора В.О. Навроцького, «актуальним є питання про принципи кримінального права — одне з ключових, яке характеризує цю галузь. В українській кримінально-правовій літературі, незважаючи на наявність багатьох публікацій, у назві яких є слово «принципи», надто багато розбіжностей і прогалин» [15, с.47]. Багато питань залишаються дискусійними або взагалі мало дослідженими. Варто зазначити, що більшість досліджень спрямовані на аналіз положень «популярних» принципів кримінального права, наприклад, таких як законності (*nullum crimen sine lege*) та недопустимості подвійного інкримінування (*non bis in idem*). Натомість, питання пропорційності (співмірності) у кримінальному праві увагою вчених обділені. Однак, для справедливості треба вказати, що на необхідність застосування пропорційності при вирішенні кримінально-правових питань вказували В.А. Галінський [2, с.5], С.В. Жиляєв [5, с.2], Л.П. Брич [1, с.311], А.О. Червяцова [17, с. 122], Дж. Макбрайд [8, с. 763] та інші вчені.

Пропорційність повинна враховуватися у вирішенні ряду кримінально-правових питань, зокрема щодо криміналізації діяння, диференціації кримінальної відповідальності, малозначності діяння, дотримання умов правомірності необхідної оборони та призначення покарання.

І. Криміналізація. Однією з підстав криміналізації професор М.І. Хавронюк називає те, що побічні негативні соціальні наслідки криміналізації не превалюватимуть над позитивними наслідками. На його переконання, «не потребують криміналізації діяння, які хоча й обурюють громадську думку, але достатнім є захист від такого роду діянь за допомогою інших, більш адекватних, правових засобів (адміністративних, цивільно-правових, дисциплінарних)» [16, с.7]. Тобто треба враховувати, по-перше, чи потрібно за наявного стану речей в суспільстві криміналізувати діяння з огляду на існуючі засоби боротьби з ним (чи достатніми є наявні засоби боротьби), та, по-друге, чи не постраждають суспільні інтереси більше від самої криміналізації, ніж від діяння, для боротьби з котрим і була застосована криміналізація. Як зазначає А.Е. Жалінський, «криміналізація діяння, а згодом застосування кримінального закону вимагають наявності деяких додаткових криміноутворюючих ознак при формулюванні кримінально-правової заборони. Загалом, до них належать: відсутність можливості

відшкодування заподіяної діянням шкоди; використання насильства при вчиненні злочину; велика кількість потерпілих, які не перебувають в особистих відносинах із суб'єктом діяння» [4, с.154].

З огляду на вимогу пропорційності при встановленні кримінальної відповідальності за певну поведінку криміналізація останньої повинна бути крайнім засобом боротьби з суспільно небезпечними проявами поведінки в суспільстві. Тобто, обираючи кримінально-правові методи впливу на суспільно небезпечну поведінку, законодавець повинен переконатися, що інші методи не достатні та не ефективні.

Натомість треба констатувати, що за сучасного стану речей, криміналізація залежить не від описаних факторів, а від інтересів окремих суспільних груп і подекуди політичної доцільності. Це можна побачити на прикладі внесених 16 січня 2014 р. змін у КК України Законом України «Про внесення змін до Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ та процесуальних законів щодо додаткових заходів захисту безпеки громадян». Очевидним є те, що внесення таких змін (особливо в частині криміналізації окремої поведінки) було обумовлено політичною доцільністю. Тому «легко піднятими руками» народних депутатів було, наприклад, встановлено кримінальну відповідальність за наклеп. А вже, 28 січня 2014 р., реагуючи на криваві події на вулиці Грушевського, народні депутати «успішно» декриміналізували відповідальність за наклеп та інші діяння. Цим український законодавець підтвердив, що при встановленні кримінальної відповідальності він не керується певними об'єктивними факторами, не намагається знайти баланс між різними інтересами. Тому актуальною і показовою є позиція А.Е. Жалінського стосовно того, що «представники правоохоронних органів переважно схиляють законодавця до розширення предмета кримінально-правового впливу і посилення репресії. Така позиція не завжди відображає інтереси виконавців, тобто суб'єктів масового застосування кримінального закону. Однак консолідована позиція вказує зазвичай на недостатність повноважень, м'якість закону і майбутні успіхи, але практично можливі й інші варіанти. Зокрема, попит спрямований не на корисність, радше або на імітацію діяльності, або на розширення ресурсу влади, або на втамування жаги помсти» [4, с.149].

II. Диференціація кримінальної відповідальності. Як вдало зазначає Т.А. Лесниевски-Костарева, «диференціація кримінальної відповідальності дозволяє досягнути вдалого балансу між «м'якістю» і «жорстокістю» Кримінального кодексу» [6, с.7]. Ю.А. Пономаренко зауважує, що диференціація кримінальної відповідальності здійснюється законодавцем в окремих статтях Загальної частини Кримінального кодексу України (далі — КК України), однак більшою мірою вона знаходить свій прояв у санкціях статей Особливої частини. Саме у встановленні різних видів і розмірів покарань у санкціях за окремі склади злочинів найбільш рельєфно і проявляється диференціація відповідальності [11, с.188]. На думку С.В. Жиляєва, «структурно-видова побудова кримінально-правових санкцій має відповідати взаємопов'язаним вимогам логічності, внутрішньої узгодженості та пропорційності» [5, с.2]. Тобто за змістом санкція має бути пропорційна, за образним висловлюванням С.В. Жиляєва, природі злочину, яка відображається в інших структурних частинах кримінально-правової норми.

Ми підтримуємо наведену позицію, що санкція статті Особливої частини КК України є засобом диференціації кримінальної відповідальності, але треба зауважити, що при диференціації кримінальної відповідальності за окремі посягання український законодавець чомусь іноді забуває відобразити це у санкції відповідної статті КК України.

Наприклад, ст.112 КК України в частині санкції повністю співпадає із санкцією передбаченою відповідними пунктами ч.2 ст.115 КК України (за винятком пункту 6). Виникає цілком резонне запитання: навіщо законодавець виділяв окремо ст.112 КК України, якщо її санкція повністю співпадає із санкцією передбаченою за вчинення діяння, яке кваліфікується, наприклад, за п.8 ч.2 ст.115 КК України? Виходить, що у цьому прикладі має місце «диференціація заради диференціації» чого бути не повинно. Диференціація кримінальної відповідальності повинна мати адекватне відображення у санкції статті Особливої частини КК України, яка передбачає міру відповідальності за посягання, диференційоване законодавцем за

певною ознакою. Отже, якщо ст.112 КК України враховує правовий статус потерпілого, внаслідок чого знаходиться в іншому розділі Особливої частини КК України і при вчиненні якого страждають основний безпосередній та додатковий безпосередній об'єкти кримінально-правової охорони (основним безпосереднім об'єктом складу злочину, передбаченого ст.112 КК України, є основи національної безпеки у політичній сфері, а додатковим безпосереднім об'єктом – життя особи), то це повинна бути норма про особливо кваліфікований склад злочину, яка б передбачала більш суворе покарання. Очевидним є те, що ст.112 КК України наділена ознаками, якії ще більше підвищують суспільну небезпечність посягання порівняно з небезпекою посягання, передбаченого п.8 ч.2 ст.115 України. Проте з аналізу названих статей це не випливає.

Неврахування пропорційності при побудові санкцій кримінально-правових норм породжує перекося у санкціях: наприклад, покарання у вигляді позбавлення волі, передбачене санкцією п.8 ч.2 ст.115 КК України, може бути строком «від **десяти** до п'ятнадцяти років», але натомість покарання у вигляді позбавлення волі, передбачене санкцією ст.348 КК України, може бути строком «від **дев'яти** до п'ятнадцяти років», а за ст.379, 400 та 443 КК України — «від **восьми** до п'ятнадцяти». Тобто різниця становить один та два роки позбавлення волі порівняно із покаранням за п.8 ч.2 ст.115 КК України. У випадку порівняння покарання, передбаченого санкціями ст.112 та всіх (окрім шостого) пунктів ч.2 ст.115 КК України, можна побачити повне співпадіння санкцій. Тому, це два кваліфікованих види умисного вбивства з однаковими санкціями.

Окрім того, в окремих прикладах виникає проблема вибору статті, яка має бути застосована. Оскільки між п.8 ч.2 ст.115 КК України та ст.348, 379, 400, 443 КК України має місце конкуренція загальної норми (п.8 ч.2 ст.115 КК України) та спеціальної норми (у ст.348, 379, 400, 443 КК України ще детальніше уточнено правовий статус потерпілого), правило подолання такого виду конкуренції (застосуванню підлягає спеціальна норма) виглядає несправедливим. Виходить абсурдна ситуація, коли, наприклад, за вбивство працівника правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків (ст. 348 КК України) призначене покарання може бути меншим, ніж за вбивство звичайного громадянина у зв'язку з виконанням ним громадського обов'язку (наприклад по затриманню злочинця). Врахуванням та уточненням правового статусу потерпілого у цих статтях Особливої частини КК України та їх окреме виділення в іншому розділі Особливої частини КК України законодавець бажав показати, що посягання, передбачені цими статтями, є більш суспільно небезпечними, проте забув відобразити це у санкціях. Це саме стосується і порівняння ст. 379, 400, 443 КК України із п.8 ч.2 ст.115 КК України.

Порівняння санкцій усіх частин ст. 146 та ст. 289 КК України взагалі потребує окремої уваги, адже дозволяє зробити цікавий висновок: за чинним КК України викрадення автомобіля організованою групою карається суворіше, ніж викрадення людини. І навіть суворіше, ніж викрадення малолітнього, вчинене організованою групою. Наприклад, за викрадення людини вчинене організованою групою, у ч.3 ст.146 КК України передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк «від **п'яти** до **десяти** років». Натомість за незаконне заволодіння транспортним засобом, вчинене організованою групою, ч.3 ст.289 КК України передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк «від **семи** до **дванадцяти** років з конфіскацією майна або без такої». Тобто, різниця становить два роки позбавлення волі, крім того, за ч.3 ст.289 КК України може бути застосована конфіскація майна як додаткове покарання.

На наш погляд, в описаних проблем «ноги ростуть» із неврахування законодавцем пропорційності інтересів, які він охороняє кримінальним законом.

Загальне правило, ми вважаємо, має виглядати таким чином: чим важливіший інтерес (чи суспільні відносини - це вже питання про концепцію розуміння об'єкта злочину), який охороняється нормою про кваліфікований (чи особливо кваліфікований) склад злочину, – тим суворіша повинна бути санкція за таке посягання порівняно із санкцією статті (частини статті), яка передбачає основний (чи кваліфікований) склад злочину. Так само і при привілейованих

складах злочинів тільки з протилежним наслідком, — санкція повинна бути м'якшою. Однак ми зауважуємо, що з практичної точки зору, стосовно привілейованих складів злочинів, можна вести мову в контексті наведеного лише стосовно санкції статті основного складу злочину та привілейованого складу злочину. Адже, особливо привілейованих складів злочинів чинний КК України не містить.

III. Малозначність діяння. Як вказує ч.2 ст.11 КК України, малозначність має місце тоді, коли діяння не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіює і не може заподіяти **істотної** шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, хоча формально містить ознаки складу злочину. Тобто за допомогою пропорційності ми визначаємо, чи має місце (чи може бути) істотна шкода і чи буде адекватною реакцією на вчинене застосування кримінальної репресії.

IV. Умови правомірності необхідної оборони. На пропорційності (вжитих заходів і мети) у вітчизняній науці кримінального права наголошують, коли розкривають критерії допустимості (умови правомірності) необхідної оборони як обставини, що виключає злочинність діяння, — заподіяна шкода повинна бути необхідною і достатньою для відвернення посягання, а її характер і розмір визначаються з урахування певних умов (суспільна небезпека посягання, обстановка захисту і т.д.). Щоправда, КК України передбачає випадки, коли на таку співмірність можна не звертати уваги, — так звані випадки, передбачені ч.5 ст.36 КК України, коли «стираються» межі необхідної оборони. У ч.5 ст.36 КК України вказується, що правомірним є захист для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає. Тобто, як вказує професор В.О. Навроцький, у випадках, перелічених у ч.5 ст.36 КК України, не враховуються всі інші умови правомірності необхідної оборони, включаючи співвідношення соціальної цінності благ, яким загрожувало посягання, і тих, яким заподіяна шкода в ході захисту, обстановка оборони тощо [15, с.354]. Тобто за КК України виходить, що можна обороняти власність, навіть заподіюючи нападнику смерть, коли має місце насильницьке вторгнення у житло чи інше приміщення.

V. Призначення покарання. Як вказує В.А. Галінський, саме «принцип пропорційності слугує об'єднанню інтересів кримінального права та кримінальної політики в сфері призначення покарання. Зміст принципу пропорційності полягає в тому, що права та свободи людини і громадянина можуть бути обмежені діями держави лише тією мірою, яка необхідна для захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав та законних інтересів інших осіб, а також безпеки держави. Покарання ж за своєю суттю в будь-якому випадку є обмеженням прав та свобод засудженого». І тому тут також, на думку В.А. Галінського, підлягає застосуванню принцип пропорційності, оскільки «обмеження прав та свобод можливо тільки в такій мірі, в якій це необхідно для досягнення мети покарання» [2, с.5].

Пропорційність у контексті призначення покарання закріплена законодавчими положеннями в ч.2 ст. 65 КК України, де встановлено, що особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, **необхідне й достатнє** для її виправлення та попередження нових злочинів. Більш суворий вид покарання із передбачених за вчинений злочин призначається лише у випадку, якщо менш суворий вид покарання буде **недостатній** для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів. Як слушно зауважує С.В. Жиляєв, пропорційність санкцій слід розглядати як «техніко-юридичний вияв сформульованого класичною школою кримінального права принципу пропорційності кримінального покарання: покарання має відповідати (бути пропорційним) природі злочину, ступеню вини і фактичній тяжкості скоєного» [5, с.2].

Звідси випливає, що на етапі правозастосування, обираючи вид та міру покарання, суд повинен врахувати пропорційність (співмірність) вчиненого злочинцем та покарання за те, що він вчинив для досягнення мети покарання. Вищеописані положення відображають необхідність дотримання пропорційності судом при призначенні покарання. Тобто це прояв

пропорційності на етапі правозастосування — в динаміці. Як зазначав А.А. Піонтковський, пропорційність покарання, передбаченого законом, ступеню суспільної небезпеки злочину є елементарною вимогою здійснення загальнопревентивної дії покарання. Коли ця пропорційність порушується в кримінальному законодавстві, то це означає, що в ньому відсутня внутрішня узгодженість [9, с.35].

На це вказав і КС України у абз.4 п.4.2 вже згаданого рішення від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання). На думку КСУ, правова держава, вважаючи покарання передусім виправним та превентивним засобом, має використовувати не надмірні, а лише необхідні та зумовлені метою заходи і забезпечити пропорційність соціально виправданих цілей покарання.

Беручи до уваги викладене, можна зробити такі висновки:

1. Пропорційність у кримінальному праві як складова принципу верховенства права ще не була предметом самостійного дослідження.
2. Пропорційність як оптимальний баланс між інтересами держави суспільства та окремого індивіда повинна бути дотримана у вирішенні щонайменше таких кримінально-правових питань, як: криміналізація діяння, диференціація кримінальної відповідальності, малозначність діяння, дотримання умов правомірності необхідної оборони та призначення покарання;
3. Неправильне розуміння пропорційності у кримінальному праві призводить до ряду проблем на рівні як законодавства, так і правозастосування;
4. Виходячи із того, що Конвенція та практика її застосування ЄСПЛ визнаються в Україні джерелом права, при вирішенні питання про дотримання пропорційності у кримінальному праві необхідно брати до уваги правову позицію ЄСПЛ з окремих кримінально-правових питань, зокрема при оцінці дотримання умов правомірності необхідної оборони тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Брич Л. Кримінальне законодавство України і практика його застосування у світлі європейських стандартів прав людини / Л. Брич // Вісник Львівського університету. Серія юридична. - 2010. - Вип. 51. - С. 308-322.
2. Галинский В.А. Штраф как мера наказания в уголовном праве России и ФРГ. Сравнительный анализ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. А. Галинский ; Московский лингв. ун-т. - М., 2007. - 22 с.
3. Дудаш Т.І. Практика Європейського Суду з прав людини : навч.-практ. посіб. / Т.І. Дудаш. – К. : Алерта, 2013. - 368 с.
4. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ / А.Э. Жалинский. – М. : Проспект, 2009. – 400 с.
5. Жияев С.В. Кумулятивные санкции в уголовном праве России и зарубежных стран : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. - Йошкар-Ола, 2000. - 21 с.
6. Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика — 2-е изд, перераб. и дополн. — М. : НОРМА, 2000. — 400 с.
7. Луць Л. А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посіб. (за кредитно-модульною системою) / Л. А. Луць. – К. : Атіка, 2008. – 412 с.
8. Макбрайд Дж. Принципи, що визначають тлумачення тазастосування Європейської конвенції з прав людини / Дж. МакБрайд //Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О.Л. Жуковської. – К. : ВПОЛ, 2004. – С. 761-781.
9. Пионтковский А.А. Основные аспекты теории наказания / А.А. Пионтковский // Сов. государство и право. - 1969. - № 7. - С. 35.
10. Погребняк С. Основні вимоги, що впливають з принципу верховенства права / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – № 4. – С. 41 – 53.

11. Пономаренко Ю.А. Значення системи покарань для диференціації кримінальної відповідальності в санкціях статей Особливої частини КК України // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності : міжнар. симпозіум 11–12 верес. 2009 р.. – Львів : ЛьвДУВС, 2009. – С. 188–190.
12. Право Европейского Союза : учебник для магистров / под ред. С.Ю. Кашкина. – 3-е изд., перераб. и дополн. – М. : Юрайт, 2012. - 1119 с.
13. Рабінович П. М. Практика Страсбурзького Суду: філософсько-правові та ґносеологічні виміри / П. М. Рабінович // Практика Європейського Суду з прав людини: загальнотеоретичні дослідження. – Львів. : Астрон, 2009. – Вип.2. – С. 5-11.
14. Туманов В.А. Европейский суд по правам человека : Очерк организации и деятельности / В.А. Туманов М. : НОРМА, 2001. - 304 с.
15. Українське кримінальне право. Загальна частина : підручник /за заг. ред. В. Навроцького. - К. : Юрінком Інтер, 2013. - 711 с.
16. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М. І. Хавронюк. – К. : Істина, 2004. – 504 с.
17. Червяцова А. О. Право на життя та заборона катувань у рішеннях Європейського суду з прав людини: аналіз судової практики за статтею 2 і 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : навч. посіб./ А. О. Червяцова. – Х. : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2012. – 308 с.

SUMMARY

The place of proportionality among the principles of criminal law is investigated. The forms of proportionality in criminal law are considered, the view on the consequences of ignoring the balance between different interests in criminal law is introduced.

Key words: proportionality, principles of criminal law, the balance of interests, institutions of criminal law, the practice of the ECHR.

М. Яциніна

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к.ю.н., доц. О. Марін

**ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЕЛЕМЕНТІВ ПОВТОРНОСТІ ЗЛОЧИНІВ ЗА
СУКУПНІСТЮ СТАТЕЙ КК УКРАЇНИ**

Проблема кваліфікації елементів повторності злочинів з року в рік не втрачає своєї актуальності, оскільки у науці кримінального права та у правозастосовчій практиці досі немає єдиного підходу до кримінально-правової оцінки вчинення особою повторних злочинів і чинний КК України недостатньо регулює це питання. Головно ці суперечності стосуються доцільності окремої кримінально-правової кваліфікації повторних тотожних злочинів.

Проблему кваліфікації повторності злочинів розглядали М.І. Бажанов, Р.Р. Галіакбаров, П.С. Дагель, М.А. Єфимов, Ю.О. Красіков, Г.Г. Криволапов, З.А. Ніколаєва, Г.П. Новоселов, Н.К.Семернева, Ю.Н. Юшков, А.С. Фролов. У межах вчення про кримінально-правову кваліфікацію загалом окремі питання кваліфікації повторності злочинів досліджували: Ф.Г. Бурчак, Я.М. Брайнін, Б.С. Волков, Л.Д. Гаухман, О.А. Герцензон, В.М. Кудрявцев, Б.А. Курінов, С.А. Тарарухін. На сучасному етапі розвитку кримінального права цю проблему досліджували: О.О. Дудоров, М.Й. Коржанський, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, А.В. Савченко, В.І. Тютюгін, П.Л. Фріс, М.І. Хавронюк.

Розбіжності щодо кваліфікації повторності злочинів пов'язані, зокрема, з різним тлумаченням таких ситуацій у постановах Пленуму Верховного Суду України.

Наприклад, у п. 15 постанови від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» зазначається, що ознакою «повторність щодо одержання хабара та давання хабара» охоплюється як перший, так і наступні злочини, тому кваліфікувати перший з них додатково ще й за ч. 1 ст. 368 КК чи ст. 369 КК не потрібно [5, с.290].

Коли ж йдеться про злочин проти особи, то Верховний Суд України рекомендує кваліфікувати кожне повторне посягання окремо.

Так, у п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи» зазначено, що дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю злочинів відповідно до вимог ст. 33 КК України при вчиненні двох або більше зґвалтувань чи насильницьких задовольнень статевої пристрасті неприродним способом, відповідальність за які передбачена різними частинами ст. 152 або ст. 153 цього Кодексу. Це правило застосовується і тоді, коли перший злочин було вчинено без обтяжуючих обставин, а другий кваліфікується за ч. 2 ст. 152 чи ч. 2 ст. 153 КК України лише за ознакою його повторності. Таким же чином потрібно кваліфікувати і дії винної особи, якщо вчинені нею злочини мали різні стадії, а також коли один із злочинів вона вчинила одноособово чи як виконавець (співвиконавець), а при вчиненні іншого була організатором, підбурювачем або пособником [5, с.165].

У п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» зазначено, що, коли винний не був засуджений за раніше вчинене вбивство чи готування до нього або замах на нього, ці його дії підлягають самостійній кваліфікації, а повторно вчинене вбивство кваліфікується за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК України. Окремо кваліфікуються діяння й у випадках, коли спочатку було вчинено закінчене умисне вбивство, а потім — готування до такого ж злочину чи замах на нього [5, с.136].

У п. 13 постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. № 10 «Про судову практику у справах про хуліганство» зазначається, що у разі коли хуліганські дії містять ознаки, передбачені різними частинами ст. 296 КК України, одночасна їх кваліфікація за цими нормами закону можлива тільки за наявності реальної сукупності злочинів. Наприклад, хуліганство, що складається з кількох епізодів, перший із яких характеризувався особливою зухвалістю, другий, крім того, — застосуванням зброї, а третій — опором представникові

влади, необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідно частинами 1, 3, 4 ст. 296 КК [5, с.256].

Такий стан речей спричиняє різну кваліфікацію повторності злочинів судами усіх ланок.

Аналогічні суперечності існують у науковій літературі. Так, існує щонайменше три основні позиції щодо кваліфікації таких діянь. Зокрема, М.Й. Коржанський зазначає, що норми кримінального закону про відповідальність за повторне вчинення злочину враховують (охоплюють) вчинення першого (попереднього) злочину, і тому ці злочини не можна кваліфікувати за сукупністю різних частин однієї і тієї ж статті закону. Такі випадки кваліфікації повторних злочинів підпадають під дію загального правила: кваліфікований вид складу злочину має пріоритет (переваги) над простим (головним) складом злочину (тобто якщо було вчинено 5 крадіжок, то формула кваліфікації буде виглядати так: ч.2 ст. 185 КК України і відповідно покарання призначається в межах санкції статті Особливої частини КК України) [2, с.27]. Більше того, існує позиція, висловлена суддею Конституційного Суду РФ А.Л. Кононовим, згідно з якою сам по собі інститут повторності суперечить принципу "non bis in idem" [6].

В.О. Навроцький зазначає, що принципам кримінально-правової кваліфікації найбільше відповідає окрема (чи, як ще кажуть, - самостійна) кваліфікація кожного злочину, який є елементом повторності, тобто кожний злочин, який є елементом повторності, кваліфікується окремо, причому другий і всі решта - з урахуванням наявності повторності [4, с. 235].

Однак існує ще один підхід, представником якого є В.М. Кудрявцев. Кваліфікацію повторних злочинів він пояснює через співвідношення спеціальної повторності та реальної сукупності, які частково співпадають і не виключають одна одну. Це пояснюється тим, що повторність охоплює не лише тотожні, а й різні склади злочинів (у випадках, передбачених КК України). Повторне вчинення тотожних злочинів В.М. Кудрявцев пропонує кваліфікувати за однією частиною статті, яка передбачає повторність як кваліфікуючу ознаку, а у випадку, якщо така ознака не передбачена, – також за однією статтею (як різні епізоди одного і того ж злочину), оскільки вони не можуть утворювати сукупність. У тому випадку, якщо повторність утворюють однорідні, а не тотожні злочини, така повторність співпадає з сукупністю і кожне діяння кваліфікується окремо (за правилами про сукупність) [3, с. 311]. Видається, що у чинному КК України закладено цей підхід.

На нашу думку, з першим підходом складно погодитися, оскільки він суперечить принципам повноти кримінально-правової кваліфікації та справедливості призначення покарання. Якщо керуватися таким підходом, то ми або прощаємо попередній злочин, або робимо привілейованою відповідальність за повторні злочини. Судова практика показує, що суди, керуючись таким підходом, призначають покарання в межах санкції відповідної частини статті КК України, таким чином, особа, яка вчинила два тотожних злочини, несе таку ж відповідальність, як особа, що вчинила 10 злочинів, що також суперечить принципу справедливості. З цього приводу російський науковець О.І. Бойко слушно зазначає, що використання законодавцем повторності та рецидиву як кваліфікуючих ознак основного складу не охоплює вчинення попереднього злочину [1, с. 69]. У таких випадках має місце обтяження відповідальності за новий злочин ознакою повторності, що, на наше переконання, правильно і відповідає принципу справедливості, оскільки повторний злочин має вищий ступінь суспільної небезпеки.

Найправильнішою видається окрема кримінально-правова кваліфікація кожного повторного злочину. При окремій кримінально-правовій оцінці кожного діяння реалізується принцип справедливості призначення покарання. Окремим виявом справедливості є питання відповідності покарання вчиненому злочину; категорія справедливості передбачає, що покарання за злочин повинно бути домірним злочину. Покарання має перебувати у справедливому співвідношенні із тяжкістю та обставинами скоєного і особою винного.

Практичне значення окремої кримінально-правової оцінки кожного повторного злочину полягає в тому, що, керуючись таким підходом, суд при призначенні покарання, посиляючись

на ч. 2 ст. 70 КК України, може призначити покарання у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК України, якщо хоча б один із злочинів є умисним тяжким або особливо тяжким (наприклад у ситуації, коли було вчинено п'ять розбоїв).

Окрім того, окрема кваліфікація кожного злочину, який є елементом повторності, найбільше відповідає принципам кримінально-правової кваліфікації:

1) така кваліфікація забезпечує її повноту, оскільки при цьому поза оцінкою не залишаються окремі епізоди, кожен з яких становить самостійний злочин;

2) захист прав потерпілих від злочину можна ефективно здійснити тільки за умови, що вчинене проти кожного із них посягання отримує окрему кримінально-правову оцінку;

3) при такій кваліфікації можна забезпечити її індивідуальність. Різну правову оцінку отримають діяння осіб, які вчинили неоднакову кількість злочинів, що утворюють повторність [4, с. 235].

Проте у чинному КК України немає вказівки на необхідність окремої кваліфікації кожного повторного тотожного злочину, також відсутні спеціальні правила призначення покарання при повторності злочинів. Тому з метою уникнення різного роду непорозумінь доцільно було б доповнити КК України спеціальними правилами призначення покарання при повторності злочинів. При окремій кваліфікації повторності тотожних злочинів стирається межа між повторністю та сукупністю злочинів, тож доцільно було б ввести новий інтегрований інститут, який би змістовно охоплював повторність та сукупність злочинів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бойко А.И. Система и структура уголовного права : 3 т. / А.И. Бойко. Т. 2: Системная среда уголовного права. – Ростов-на-Дону, 2007. – 508 с.
2. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. / М.Й. Коржанський. Вид. 2-ге. - К. : Атіка, 2007. – 590 с.
3. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. - М. : Юрид. лит., 1972.- 352 с.
4. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посіб. / В.О. Навроцький. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 511 с.
5. Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. – 2-ге вид. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – 392 с.
6. Постановление Конституционного Суда РФ от 19 марта 2003г. №3-П "По делу о проверке конституционности положений Уголовного Кодекса Российской Федерации, регламентирующих правовые последствия судимости лица, неоднократности и рецидива преступлений, а также пунктов 1-8 постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 года "Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941-1945 годов" в связи с запросом Останкинского межмуниципального (районного) суда города Москвы и жалобами ряда граждан". Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л.Кононова [Електронний ресурс]/ А.Л. Кононов. – Режим доступу: <http://www.az-libr.ru/Law/Crime/ru/UCrtPrc2006/2120030319-1.shtml>.

SUMMARY

The article deals with the problems of qualification rules of repeated crimes. Crime recurrence qualification is analyzed from the point of view of the implementation of the principles of criminal law and considering whether or not repeated crimes are foreseen in the articles of the Particular part of the Criminal Code. The researcher states the feasibility of using the rule in crime recurrence qualification, according to which each of the offenses that make up the frequency, must obtain an independent assessment in criminal law.

Key words: multiplicity of crimes, repeated offences, qualification of crimes, rules of crimes qualification.

РОЗДІЛ V

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Ю. Гаврікова

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к.ю.н., доц. Н. Бобечко

ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ ЯК ВИНЯТКОВИЙ ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Конституція України у ст. 29 проголошує право кожної людини на свободу та особисту недоторканість, що є однією з найбільших цінностей будь-якої людини. Проте з метою забезпечення виконання завдань кримінального провадження (зокрема забезпечення виконання покладених на підозрюваного, обвинуваченого процесуальних обов'язків, а також запобігання його можливій неправомірній поведінці) можуть застосовуватися запобіжні заходи, що пов'язані з обмеженням конституційних прав особи, зокрема права на свободу та особисту недоторканість. Відповідно до ст. 183 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 КПК України [1].

Проблеми застосування тримання під вартою завжди привертали увагу дослідників, тому не випадково цьому питанню присвячена надзвичайно велика кількість наукових робіт. Серед них варто відзначити праці Ю.П. Аленіна, В.В. Батюка, О.Н. Ковальського, В.Т. Малярєнка, В.В. Назарова, Р.В. Орлова, Л.І. Петрухіна, М.А. Погорецького, А.М. Пономарєнка, А.М. Попова, В.В. Рожново., О.І. Тищенко, М.С. Цуцрікідзе та інші.

Хоча тримання під вартою має превентивний характер і ніяк не може трактуватися як покарання підозрюваного чи обвинуваченого, проте не можна заперечити негативний вплив на особу, до якої застосовується такий запобіжний захід. Цікаву думку наводить Генеральний прокурор РФ Ю.Я. Чайка: «Під варту береться більше 30% обвинувачених у вчиненні злочинів невеликої та середньої тяжкості, а згодом 70% з них отримує покарання, не пов'язане з позбавленням волі... Навіщо ми самі прищеплюємо людям кримінальну і тюремну субкультуру?» [4].

Урядовий Уповноважений у справах Європейського Суду з прав людини зазначає, що на кінець 2012 р. на розгляді у ЄСПЛ перебувало 10 450 справ проти України [7], з них найбільшу частку займали питання незаконного та безпідставного тримання осіб під вартою протягом тривалого строку.

Тим не менше на обмеженості застосування такого запобіжного заходу наголошує ряд міжнародно-правових актів, зокрема Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (п.3 ст.9 – «взяття під варту осіб, які чекають судового розгляду, не повинно бути загальним правилом»), Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Мінімальні стандартні правила ООН стосовно заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила) (п.6.1 – «попереднє тримання під вартою застосовується в судочинстві у кримінальних справах як особливий захід за умови належного врахування інтересів розслідування правопорушення і захисту суспільства та жертви»).

У ст.183 КПК України визначено вичерпний перелік осіб, до яких може бути застосоване тримання під вартою:

- особа, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено основне покарання у вигляді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, - виключно у випадку, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених КПК України, буде доведено, що підозрюваний,

обвинувачений не виконав обов'язки, покладені на нього при застосуванні іншого, раніше обраного запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує;

- раніше судима особа, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за яким законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років, виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК, буде доведено, що, перебуваючи на волі, ця особа переховувалася від органу досудового розслідування чи суду, перешкоджала кримінальному провадженню або їй повідомлено про підозру у вчиненні іншого злочину;

- раніше судима особа, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за яким законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років, - виключно у випадку, якщо прокурором, окрім наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК, буде доведено, що, перебуваючи на волі, ця особа переховувалася від органу досудового розслідування чи суду, перешкоджала кримінальному провадженню або їй повідомлено про підозру у вчиненні іншого злочину;

- раніше не судима особа, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад п'ять років;

- раніше судима особа, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки;

- особа, яку розшукують компетентні органи іноземної держави за кримінальне правопорушення, у зв'язку з яким може бути вирішено питання про видачу особи (екстрадицію) такій державі для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку, в порядку і на підставах, передбачених розділом IX КПК України або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. (До речі, у ст. 584 КПК України передбачено можливість застосування до такої особи екстрадиційного арешту. За своєю правовою природою цей запобіжний захід є тим же триманням під вартою, який з урахуванням специфіки провадження відрізняється особливими підставами, строками та порядком застосування).

КПК України порівняно з КПК України 1960 р. ввів ряд новел щодо тримання під вартою як запобіжного заходу, зокрема:

- 1) розширено та уточнено коло осіб, до яких може застосовуватися даний запобіжний захід (ч. 2 ст. 183);

- 2) застосування тримання під вартою можливе лише після обґрунтування неефективності або неможливості застосування будь-якого іншого із запобіжних заходів (ч. 1 ст. 183);

- 3) слідчий суддя, призначаючи цей запобіжний захід, зобов'язаний визначити розмір застави, крім випадків, передбачених законом (ч. 3 ст. 183);

- 4) зменшено сукупний строк тримання під вартою з 18 місяців до 12 (у кримінальному провадженні щодо тяжких та особливо тяжких злочинів) та 6 (у кримінальному провадженні щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості) місяців (ст. 197).

Позитивний вплив нововведень мав би відчуватися і на практиці, зокрема, Голова Апеляційного суду АРК В.І. Чорнобук зазначає: «Наразі спостерігається загальна позитивна тенденція до гуманізації кримінальної юстиції, про що, зокрема, свідчать статистичні дані. Насамперед це зменшення кількості кримінальних процесуальних затримань, а також зменшення кількості осіб, які зараз перебувають у СІЗО» [6].

Проте є і недопрацювання, наприклад, у п. 1.6 «Положення про заходи стосовно дотримання вимог законодавства при затриманні без ухвали слідчого судді, суду осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, та при обранні стосовно підозрюваних запобіжного заходу – тримання під вартою під час кримінального провадження», затвердженого Наказом МВС України, Міністерства юстиції України від 26 березня 2013 р., передбачено, що у кожному випадку ухвалення виправдувального вироку або прийняття рішення про закриття кримінального провадження, де особа трималася під вартою, повинно проводитися службове

розслідування щодо співробітників міліції, які затримували відповідну підозрювану особу. Таке положення навряд чи вплине на статистику звернень слідчих органів внутрішніх справ щодо застосування даного запобіжного заходу, проте цілком виправдано спровокує зниження ймовірності ухвалення виправдувальних вироків.

На практиці у клопотаннях про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою не завжди зазначається початок строку дії цього запобіжного заходу, що, у свою чергу, провокує непорозуміння при подальшому винесенні слідчими суддями ухвал. Також часто клопотання про обрання запобіжного заходу надходять до суду безпосередньо перед закінченням встановленого строку, що відповідно не дає можливості слідчим суддям вивчити матеріал на достатньому рівні, а також визначити, чи справді обставини є такими, що дозволяють застосувати до особи тримання під вартою.

У зв'язку з цим, слушно зазначає В.Семенов, «серед опублікованих ухвал є приклади обрання та продовження строків тримання під вартою з абсолютно необґрунтованих підстав, без належного доведення прокурором наявних ризиків, передбачених ст.177 КПК України, із використанням формальних, шаблонних фраз, які не розкривають істинні підстави необхідності тримання особи у слідчому ізоляторі, характеризуючи соціальні зв'язки та суворість майбутнього судового вироку, не наводячи беззаперечних доводів та доказів про дійсне існування ризиків переховування особи від слідства» [3].

З урахуванням наведеного варто зробити висновок, що хоча регламентація застосування тримання під вартою ґрунтується на демократичних цінностях та міжнародних стандартах, проте проблеми, які були до введення нового КПК України, залишились не вирішеними, саме тому необхідно зосередити увагу як на правильній практичній реалізації даних положень, так і на вдосконаленні відповідних положень КПК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : станом на 20 вересня 2013 р. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 292 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1328 с.
3. Семенов В. «Взяття під варту за новим КПК: прокурори та судді працюють по старому» [Електронний ресурс] / В. Семенов — Режим доступу: <http://blog.liga.net/user/vsemenov/article/11890.aspx>.
4. Чайка Ю.В. Доклад на заседании Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации [Електронний ресурс] / Ю.В. Чайка. — Режим доступу: <http://genproc.gov.ru/genprokuror/appearances/document-472/>.
5. Ясюнецький О. Тримання під вартою [Електронний ресурс] Юридичний вісник України. – 2013. - №8, - 23 лют. - 1 берез. — Режим доступу : http://smi.liga.net/articles/2013-02-27/8480519-trimannya_p_d_vartoyu.htm.
6. Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних та кримінальних справ: «Відбулася робоча нарада з керівниками апеляційних судів України з питань практичного застосування положень КПК» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://sc.gov.ua/ua/golovna_storinka/vidbulasja_robocha_narada_z_kerivnikami_apeljacijnih_sudiv_ukrajini_z_pitan_praktichnogo_zastosuvann.html.
7. Прес-служба Міністерства юстиції України: «Торік Євросуд відхилив понад 97% фінансових вимог, які висувалися проти України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=246049402.

SUMMARY

The article deals with the issue of custody and its features in the light of the new Criminal Procedural Code adoption. The author refers to the current legislation, as well as to the studies of practitioners and draws her own conclusions about the status of this preventive measure.

Vivat Justitia!

Key words: custody, preventive measure, periods of detention, restriction of human and civil rights.

М. Дзиндра

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – д.ю.н., проф. В. Нор

МЕТОДИКА ВІДБОРУ ПРИСЯЖНИХ У СУДІ: ТЕОРІЯ, ПРАКТИКА І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

Однією з важливих засад демократичного суспільства та правової держави є участь громадян у відправленні правосуддя. Конституція України у ст. 124 декларує участь народних засідателів і присяжних у здійсненні правосуддя [1]. Щодо суду присяжних, то він до недавнього часу існував лише де-юре, оскільки не був законодавчо регламентованим, і лише з прийняттям та набуттям чинності Кримінальним процесуальним кодексом України від 13 квітня 2012 року (далі – КПК України) в Україні почав реально функціонувати інститут участі громадян (у формі суду присяжних) у здійсненні правосуддя в кримінальних провадженнях. У зв'язку з тим, що до того часу інститут суду присяжних був лише декларативним у законодавстві незалежної України, на практиці чимало питань залишаються неврегульованими та недостатньо дослідженими. Наша стаття має на меті детально дослідити методику відбору присяжних у суді та порівняти вітчизняне і зарубіжне законодавство з цього питання.

За чинним законодавством, вибір присяжних, які викликаються до суду, здійснюється автоматизованою системою документообігу суду з числа осіб, які внесені до списку присяжних [2]. Вибір основи для такого списку належить до дискреції місцевих рад. У науковій літературі, як вітчизняній, так і зарубіжній, пропонується брати за основу списки реєстрів виборців на відповідній території [3, с. 810]. У деяких штатах США для повнішого представництва громадян серед присяжних застосовують також списки платників податків, реєстри водійських прав та реєстри соціального страхування. Також, на відміну від національного законодавства, в США до списків присяжних не включаються особи, які виконують суспільно важливі види діяльності і не можуть витрачати час на виконання обов'язків присяжних, зокрема, це пожежники, лікарі та інші медичні працівники, військовослужбовці, священнослужителі, вчителі тощо [4, с. 212]. На сьогодні в Україні списки присяжних формуються за особистими заявами осіб, які бажають виконувати обов'язки присяжного.

Автоматизованою системою документообігу суду зі списку кандидатів у присяжні обирається сім осіб, серед яких у подальшому в суді обирається три основних та два запасних присяжних. Цим особам головуючий повідомляє, яке провадження підлягає розгляду, роз'яснює їм права та обов'язки, а також умови їх участі у судовому розгляді. Законодавець вказує у ст. 387 КПК України, що кожен із присяжних має право заявити про неможливість його участі в судовому розгляді, вказавши на причину цього, та заявити собі самовідвід. Проте таке формулювання даного законодавчого положення як права присяжного видається помилковим і таким, що суперечить іншим положенням КПК України, оскільки ч.1 ст. 80 КПК України правильно вказує, що це є імперативним обов'язком присяжного, і, за наявності підстав, які унеможливають участь присяжного в кримінальному провадженні, він зобов'язаний заявити самовідвід.

Також з підстав, які передбачені ст. 75 і 76 КПК України, відвід кожному з присяжних можуть заявити й інші учасники судового провадження.

Варто зазначити, що обставини, які є підставою для відводу присяжного у ст. 75 КПК України названі невичерпно, і ними можуть бути будь-які інші обставини, які викликають сумнів щодо неупередженості присяжного. Для з'ясування таких обставин головуючий, а також з його дозволу прокурор, потерпілий та обвинувачений можуть ставити присяжним відповідні запитання (ст. 387 КПК України). На наш погляд у цьому переліку також варто зазначити і захисника обвинуваченого, оскільки він відповідно до ч.2 ст.80 КПК України як сторона кримінального провадження наділений правом заявляти відвід присяжному.

Проаналізувавши ст. 386 КПК України, можна стверджувати, що такими основними питаннями, на які присяжний зобов'язаний правдиво відповісти, є питання про його стосунки з

особами, які беруть участь у кримінальному провадженні, що підлягає розгляду; поінформованість про обставини даного кримінального провадження (особливо це стосується кримінальних проваджень, які супроводжувалися значним резонансом та увагою громадськості, оскільки під впливом таких факторів у присяжного може заздалегідь скластися упереджене ставлення до винуватості чи невинуватості обвинуваченого). Він також повинен надати іншу необхідну інформацію про себе.

Багато адвокатів-практиків у країнах з англосаксонською моделлю суду присяжних вважають процес відбору присяжних надзвичайно важливим для подальшого перебігу справи та її результату. Вони стверджують, що виграти справу можна вже на стадії відбору присяжних, незалежно від того, які докази будуть представлені суду. Поширеною і, як свідчить її результативність, дієюю є практика залучення спеціалістів з відбору присяжних, які при цьому послуговуються досягненнями багатьох суспільних наук [5, с. 178].

Правильно поставлені присяжному запитання дозволяють визначити, наскільки він буде об'єктивним та неупередженим під час розгляду кримінального провадження і винесення вироку суду. Велику роль у цьому процесі відіграють такі суспільні науки, як соціологія та психологія. Науково доведено, що на прийняття рішення присяжними впливають такі ознаки, як стать, раса, вік, освіта, політичні, релігійні погляди тощо. Залежно від того, наскільки ці ознаки є спільними або відмінними для присяжного і обвинуваченого, настільки він буде прихильним або неприхильним у прийнятті своїх рішень [6, с. 330].

Дослідження науковця Дж. Чарлан показали, що особи з вищим рівнем освіти, а також ті, хто належать до середнього та вищого рівнів суспільства, за своїм матеріальним статусом є більш схильними до засудження обвинуваченого. Також нею проводилися дослідження зв'язків між професією присяжного та його схильністю визнавати обвинуваченого винним або невинним. У результаті було з'ясовано, що чим вищим є рівень престижності професії особи, тим більш схильною вона є до засудження. Окрім того, встановлено, що присяжні, які коли-небудь були жертвами насильницьких злочинів або якщо такими жертвами були їхні близькі особи, є значною мірою більш схильні до винесення обвинувального вироку. Найчастіше це зумовлено більшою прихильністю до потерпілого і бажанням помсти злочинцям загалом, а особливо якщо в справі, яка стосувалася їх особисто, на їх думку, не було призначено справедливого покарання [6, с. 349].

Проте не всі види запитань можна ставити присяжним. Зокрема, забороняється запитувати у них про дані, за якими можна встановити їх місце проживання, роботи чи аналогічну інформацію про їхніх близьких осіб, оскільки такі дані можуть бути використані для незаконного впливу на присяжного.

Усі ці фактори мають велике значення для обрання присяжних, які будуть здатні прийняти об'єктивне та неупереджене рішення. Суд та сторони повинні максимально намагатись виявити будь-які упередження кандидата у присяжні щодо обставин справи чи особи обвинуваченого і, звісно ж, відвести таку особу від участі в цій справі. Згідно з чинним законодавством, вони повинні мотивувати свою заяву про відвід, проте іноді, крім тонких психологічних моментів та інтуїції, у них немає достатніх аргументів для цього. Саме тому видається правильною практика інших держав, де застосовується два види відводів кандидатів у присяжні: мотивовані та немотивовані відводи. Кількість немотивованих відводів є обмеженою, зокрема, ч.5 ст. 327 КПК Російської Федерації передбачає, що кожен з учасників (обвинувач, обвинувачений і його захисник) мають право на два немотивованих відводи [7]. У свою чергу, кількість мотивованих відводів законодавством не обмежується. Така практика дозволяє максимально усунути кандидатів у присяжні, щодо яких виникає сумнів у їх об'єктивності та неупередженості.

Зважаючи на вказані недоліки національного законодавства й альтернативні варіанти їх усунення, видається, що кількість кандидатів у присяжні, які попередньо обираються автоматизованою системою документообігу суду, а саме сім осіб, не завжди є достатньою з огляду на можливі потреби у відводі присяжних та обрання найбільш об'єктивних кандидатів.

Хоча чинним законодавством і передбачено можливість додаткового виклику присяжних, якщо після поставлених їм запитань та заявлених відводів їх кількість є меншою необхідної для участі в судовому розгляді, проте така процедура значно ускладнює та затягує процес судового розгляду, вона потребує додаткових матеріальних, трудових та часових затрат. Тому видається за доцільне збільшити кількість кандидатів у присяжні, з яких обиратимуться основні та додаткові присяжні. Для прикладу, КПК Російської Федерації передбачає участь у попередньому відборі не менше 20 кандидатів у присяжні (ст. 325), а КПК Франції 40 кандидатів з основного списку та 12 - зі спеціального (ст. 266) [8].

Дослідження методики відбору присяжних дає можливість зробити висновок про те, що чимало положень потребують як внесення законодавчих змін, так і удосконалення практики їх застосування. Важливу роль у цьому відіграє позитивний досвід інших держав, який дозволить максимально імплементувати інститут суду присяжних у національне законодавство, уникнувши при цьому багатьох помилок та прорахунків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 30. – С. 141.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. 2001 // Відомості Верховної Ради України. - 2012 р. - № 13.- С. 88.
3. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України / за ред. В.Т. Нора, В.Т. Гончаренка, М.Є. Шумила. — Х. : Право, 2012. – С. 1217.
4. Anderson P. Criminal justice / P. Anderson, D. Newman. – New York, 1993. – 476 p.
5. Margaret B. K. Jury selection / B. K. Margaret, L. C. Brian. – New York : Oxford University Press, 2013. – 294 p.
6. Charlan J. N. Jury trials: psychology and law / Jeanne Nemeth Charlan. – California : American Press Inc., 1981. – 367 p.
7. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ //Парламентская газета. – 2001. - № 241/242. – С. 15.
8. Code of criminal procedure of France of 15.06.2000p// Official journal. – 2000. - №1. – С. 201.

SUMMARY

The article is devoted to the issues of voir dire procedure. Special attention is paid to the comparative analysis of Ukrainian and foreign legislation in respect of this issue. A number of legislative amendments are proposed.

Key words: voir dire, venire, venireperson, jury trial, jury box, peremptory challenge.

Т. Кордіяка

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – к.ю.н., доц. В. Луцик

ПРАВОВА ПРИРОДА ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ

Однією з пріоритетних функцій органів прокуратури України виступає нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство. Це положення закріплено на конституційному рівні – в ст. 121 Конституції України. Необхідність такої функції обумовлена підвищеною відповідальністю органів досудового розслідування. Адже їх діяльність пов'язана із втручанням у сферу особливо охоронюваних прав людини, а також з можливістю застосування при цьому найтяжчих державних примусових заходів процесуального характеру, аж до тимчасового позбавлення волі [1, с.74]. Діяльність цих органів обмежує здійснення багатьох конституційних і галузевих кримінально-процесуальних прав і свобод людини і громадянина.

Від ефективності нагляду у цій сфері багато в чому залежить виконання завдань кримінального провадження, успіх в боротьбі зі злочинністю в Україні, забезпечення правопорядку.

Сам факт забезпечення законності при розслідуванні кримінальних справ не завжди свідчить про повне і якісне розслідування, тому суди часто повертали справи на додаткове розслідування. З прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. даний інститут було ліквідовано. Відтак постала проблема забезпечення якісного розслідування кримінального провадження. Таке завдання ч.2 ст. 36 Закону України «Про прокуратуру» фактично покладено на прокурора: «Прокурор здійснює нагляд за додержанням та застосуванням законів при проведенні досудового розслідування (дізнання та досудового слідства) у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Повноваження прокурора при здійсненні нагляду за додержанням законів органами, що здійснюють досудове розслідування, визначаються кримінальним процесуальним законодавством».

Раніше термін «процесуальне керівництво досудовим розслідуванням» у Законі України «Про прокуратуру», кримінально-процесуальному законодавстві не вживався, але тим не менше він не є новим за своєю суттю як для України, так і для зарубіжного досвіду.

Закріплення на законодавчому рівні терміна «процесуальне керівництво» так чи інакше пов'язано з міжнародним досвідом. Враховуючи історичний аспект, варто сказати, що у 90-ті рр. XX ст. у державах пострадянського простору гостро постало питання про звуження функції прокуратури на досудовому слідстві, оскільки це нібито суперечить ролі прокуратури як сторони обвинувачення. Зі вступом у 1995 р. до Ради Європи Україна взяла на себе низку зобов'язань, зокрема щодо вжиття заходів для наближення правових засад діяльності правоохоронних органів до європейських стандартів, посилення демократичного контролю у цій сфері. Серед інших зобов'язання України полягають у трансформації ролі та функцій прокуратури [2, с.2].

У Рекомендації 2000(19) щодо ролі прокуратури в системі кримінального судочинства, яка прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 6 жовтня 2000 р., визначено провідну роль прокурора в порушенні та провадженні кримінального переслідування, підтриманні обвинувачення в суді та оскарженні судових рішень, які є спільними для всіх систем кримінального судочинства.

У Рекомендації 2000(19) визначено, що процесуальне керівництво може здійснюватися прокуратурою з наданням прокурорам владних повноважень стосовно органів розслідування. Така роль прокурора закріплена у кримінально-процесуальному законодавстві таких європейських країн, як Німеччина, Італія, Іспанія, Австрія. Визначена й мета прокурорського процесуального керівництва – забезпечити законність, ефективність і професійність досудового провадження.

Ще до прийняття нового КПК України 2012 р. юристи-теоретики і практики говорили про існування функції процесуального керівництва. Основою для такого висновку стало положення про те, що повноваження прокурора, закріплені в ст. 227 КПК 1960 р., є не просто владними, а владно-розпорядними. На це звертали увагу науковці Д.М. Бакаєв, Н.В. Жогін, В.М. Савицький, Г.І. Скарєдов, Г.П. Середа, В.І. Басков. На необхідність забезпечення такого керівництва досудовим розслідуванням з боку прокурора вказували правознавці А.М. Ларін, В.А. Михайлов, А.І. Долгова та інші.

О.М. Ларін, характеризуючи сутність та зміст керівництва процесуальною діяльністю як окремої самостійної функції, слушно зазначав, що ухвалювати рішення про скерування слідства та проведення слідчих дій, в яких поряд із слідчим беруть участь і інші особи, давати вказівки та доручення, пред'являти вимоги і виносити постанови, виконання яких є обов'язковим для інших, – це означає керувати, здійснювати керівництво [3, с.113].

Водночас необхідність існування функції процесуального керівництва на досудовому слідстві підтримували не всі. Супротивники наводили два основних аргументи: 1) у законодавстві відсутній термін «керівництво» щодо нагляду прокурора за дотриманням законів органами дізнання і досудового слідства; 2) процесуальна самостійність слідчого виключає можливість будь-якого процесуального керівництва [4, с.135].

Щодо першого аргументу, то до прийняття нового КПК 2012 р. термін «процесуальне керівництво» не вживався ні в Законі України «Про прокуратуру», ні в тоді чинному Кримінальному процесуальному кодексі 1960 р. Таке визначення містилося тільки у Концепції реформування кримінальної юстиції України, розробленій Національною комісією з зміцнення демократії та утвердження верховенства права та затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. Там розкрито зміст «процесуального керівництва» прокурором як організації процесу досудового розслідування, визначення напрямів розслідування, координації процесуальних дій, сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих, забезпечення дотримання у процесі розслідування вимог законодавства України.

За справедливими зауваженнями науковців, відсутність у законодавстві якогось терміна, яким оперує теорія, не означає, що він є якимось віртуальним, позбавленим змісту. Теорія, завданням якої є узагальнення практичного матеріалу, може продукувати терміни, якими позначаються певні узагальнені поняття [5, с.265].

Із посиланням на процесуальну самостійність слідчого заперечував процесуальне керівництво досудовим розслідування прокурором В.А. Стремівський. Науковець зазначав, що «слідчий самостійно здійснює все розслідування у справі і визначає коло наступних дій, що їх потребує справа. Ця процесуальна самостійність слідчого необхідна для успішного виконання завдань слідчого. Тому слідчому необхідно надати можливість працювати так, щоб він не побоювався за прийняте ним рішення щодо справи, не виходив би з того, сподобається це прокуророві чи ж не сподобається» [6, с.112].

У ст. 40 КПК України зазначено: «Слідчий, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог цього Кодексу, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється». У той же час сказано, що слідчий зобов'язаний виконувати доручення та вказівки прокурора, які надаються у письмовій формі. Невиконання таких законних вказівок тягне за собою передбачену законом відповідальність.

Варто погодитись із позицією О.Антонюк, що прокурору можуть не сподобатись рішення слідчого, і тоді він, використовуючи законні повноваження, може скасувати необґрунтовані та незаконні його постанови. Однак це не просто не шкодитиме остаточному завданню, яке поставлене перед учасниками кримінального провадження, а сааме - швидкому, повному об'єктивному дослідженню обставин справи й притягненню винних осіб до кримінальної відповідальності, а навпаки – сприятиме реалізації такого [7, с. 411].

Прокурор має контролювати процес досудового розслідування і дії слідчого зокрема. Це є цілком логічно обґрунтовано, враховуючи, що пізніше по цьому кримінальному провадженні йому підтримувати державне обвинувачення в суді. Прокурор як сторона обвинувачення, як

ніхто інший, має бути зацікавлений у належному проведенні досудового розслідування, адже не тільки слідчий, а й він відповідає за хід розслідування. Участь прокурора є своєрідною запорукою недопущення грубих порушень матеріального та процесуального законодавства, дотримання прав учасників кримінального судочинства.

Отже, на нашу думку, існування функції процесуального керівництва обумовлено необхідністю контролю за процесом досудового розслідування, забезпечення всебічного, повного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи, додержання прав та свобод учасників процесу. Прийнятий у 2012 р. КПК України на законодавчому рівні закріпив термін «процесуальне керівництво досудовим розслідуванням», при цьому не давши його визначення. ЗУ «Про прокуратуру» визначає його як форму нагляду прокурором за додержанням законів при дотриманні законів під час проведення досудового розслідування. Процесуальне керівництво являє собою організацію процесу досудового розслідування, визначення напрямів розслідування, координацію процесуальних дій, сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих, забезпечення дотримання у процесі розслідування вимог законодавства України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Юрчишин В.М. Нагляд прокурора при провадженні досудового розслідування за новим кримінальним процесуальним кодексом України / В.М. Юрчишин // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. - №3. – С.74-77.
2. Литвинчук О.С. Нагляд прокурора за досудовим розслідуванням: відповідність європейським стандартам / Ю.С. Литвинчук // Часопис Академії адвокатури України. – 2012. – №3(16) – С. 1-5.
3. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции / А.М. Ларин – М. : Юрид. лит., 1986. – 113 с.
4. Даев В.Г. Основы прокурорского надзора / В.Г. Даев, М.П. Маршунов. – Л.: Изд-во Ленинград. у-та, 1990. - 135 с.
5. Ломакін А.О. Щодо функції процесуального керівництва прокурором району досудовим розслідуванням А.О. Ломакін // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2010. - №1. – С.263-270.
6. Стрёмовский В.А. Предварительное расследование / В.О. Стрёмовский. – М., 1989. – 112 с.
7. Антонюк О.Д. Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням як новий напрям діяльності прокурора у кримінальному судочинстві / О.Д. Антонюк // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – Львів, 2010. – Вип.51. – С.409-416.

SUMMARY

The article analyzes one of the functions of the public prosecution - procedural guidance. It is stressed that the procedural guidance is the organization of the pre-trial investigation, identification of areas of investigation, coordination of proceedings, enforcement of legislation of Ukraine in the investigation.

Key words: prosecutor, procedural guidance, the powers of the prosecutor, the functions of the public prosecution.

В. Малищук

Україна

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Науковий керівник – к.ю.н., доцент С. Фомін

ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ ЗМАГАЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Значним здобутком законотворення у сфері кримінального судочинства є прийняття нового кодифікованого кримінального процесуального закону. Кримінально-процесуальне право було і залишається на піку актуальності, адже правозастосовна діяльність у кримінальному судочинстві нерозривно пов'язана з балансуванням між приватними і публічними інтересами, між гарантуванням і обмеженням прав та свобод людини. Тривалий пошук оптимальної пропорції прав та обов'язків сторін, спроби відшукування золотієї середини між неухильним виконанням завдань кримінального провадження та збереженням прав і свобод людини вказують на ступінь актуальності цього питання. Специфіка ж змішаної форми кримінального процесу, нові підходи до принципів, термінології та й в цілому кримінального судочинства неодноразово продукували цікавість наукової спільноти до цієї тематики. Власне, дослідження аспектів розвитку змагального судочинства проводили такі видатні вчені, як: Ю.М. Грошевий, В.В. Рогальська, М.А. Маркуш, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, І.Д. Перлов, М.М. Полянський.

Об'єктом нашого дослідження є змагальність як засада кримінального провадження, передумови її розвитку, місце у системі, наявний засадничий зв'язок та особливості прояву в окремих нормах Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [1]. Значний елемент новизни, представлений у роботі, є поєднанням основних теоретичних положень зазначеної проблеми з критичним осмисленням реформування кримінального судочинства, яке ґрунтується на дослідженні наукових думок та позицій висловлених вченими.

У межах провадження, де ключовою передумовою для будь-якої процесуальної дії, є неухильне виконання процесуальних норм, коли до кожного учасника кримінального провадження застосовується належна правова процедура. Вплив на особу через систему заходів забезпечення, примушування до виконання процесуального обов'язку, обмеження прав та свобод людини заслуговує окремої уваги та прискіпливого судового контролю. Не менш складними є питання пошуку доказів та формування доказової бази кримінального провадження. Зрештою, умовою законності тих чи інших дій є контроль зі сторони суду, адже у кожному окремому випадку взаємодіють дві масивні дефініції: верховенство права та верховенство закону, співвідношення форми і змісту яких заслуговують значної уваги при розгляді справ у Європейському суді з прав людини. Разом із цим зміст ст.8 та 9 КПК України наголошує на необхідності урахування судової практики згаданої міжнародної інституції, актуалізуючи ствердження верховенства права.

Одразу розглянемо позицію В.П. Нажимова, який виділяв три види історичної форми кримінального процесу: розшукову, змагальну і змішану. Науковець вбачав зв'язок форми процесу з державним ладом, політичним режимом. Зокрема, наголошував на протилежності двох політичних режимів - бюрократичному і демократичному. Співвідношення розшукової форми кримінального процесу нерозривно пов'язував з бюрократичним режимом, для якого характерним є централізм, втручання в усі сфери суспільного життя, коли державні органи поєднують у собі суддю, обвинувача та захисника. Обвинувачений стосовно державних органів є таємним об'єктом пізнання, а його вплив на результати кримінальної справи зведена до мінімуму. Протилежним наведеному є демократичний режим, де має місце конкуренція, спір між сторонами, в протистоянні яких суд займає незалежну позицію [2, с. 22-29].

У свою чергу, К.Б. Калиновський, продовжуючи думку згаданого науковця, зауважив, що в чистому вигляді бюрократичного або демократичного режиму, розшукової чи змагальної форми не існує, але риси одного з них завжди є більш вираженими відносно іншого. За умов відсутності явної переваги можна говорити про перехідний режим і змішану форму процесу [3, с. 17].

Рефлектуючи на позиції вчених, охопимо увагою судження як прихильників, так і критиків нового кодифікованого кримінального процесуального закону в частині нововведень, які акумулюють змагальність у кримінальних провадженнях та вказують на об'єктивні зміни. Мова йде саме про правову трансформацію, характерні перетворення у суспільстві. Доречним буде судження А.М. Колодія, який зауважив, що принципи права є критерієм оцінки права та методологічною основою вдосконалення, тому що саме на засадах принципів оцінюють рівень й ефективність реалізації права, його пізнають і поліпшують [4, с. 5]. У цьому контексті варто зауважити, що засадничі перетворення правового регулювання в ході виконання завдань кримінального провадження вказують на домінування елементів демократичного режиму над бюрократичним, якщо не в дійсності, то в юридичній визначеності суспільних відносин. Зрештою, декларативний характер цих норм при розвитку та використанні правових механізмів, деталізації процедур у перспективі набуває практичного значення.

Залишивши «змагальність» як форму кримінального процесу, перейдемо до аналізу цього поняття як одного із принципів кримінального судочинства. Власне, КПК України розглядає змагальність як засаду, що має дотримуватися на всіх етапах кримінального провадження. Зі змісту ст. 22 КПК ключовою ознакою змагальності є очевидне розмежування функцій обвинувачення, захисту і суду. Тобто наділення сторін рівними процесуальними правами, що забезпечують самостійне обстоювання стороною її правових позицій, прав, свобод і законних інтересів. Тоді як слідчий суддя створює необхідні умови, інакше кажучи, усуває існуючі та потенційні перепони на шляху сторони захисту чи обвинувачення з позиції незалежності, неупередженості, з дотриманням вимог процесуального закону та засад провадження, з метою виконання усіх завдань кримінального судочинства.

Не можна оминати увагою взаємодоповнюючий характер засад кримінального судочинства. Розглянемо цей зв'язок, зважаючи на позицію вченого В.П. Півненка, який трактує змагальність як складову принципу законності, заперечуючи її самостійне існування, та наголошує, що змагальність взагалі не є засадою кримінального судочинства, визначає її лише як гарантію реалізації принципу всебічного, повного і об'єктивного дослідження справи [5, с. 77]. Зв'язок між цими поняттями є очевидним. Разом з тим, принцип всебічного, повного і об'єктивного дослідження справи, що у Кримінально-процесуальному кодексі України 1960 р. визначався окремо, у новому кодифікованому кримінальному процесуальному законі отримав своє закріплення лише як елемент принципу законності. Зрештою, можна вказати на виправданому неспівпадінні між позиціями вченого та законодавця [6], тому що будь-які прояви змагальності мають місце лише на основі законності, де всебічність, повнота та об'єктивність є способом пізнання та дослідження обставин справи. Тут потрібно схвально висловитися про парламентарів, адже не варто мінімізувати значення принципу змагальності, тоді як міцність зв'язків між принципами створює помилкове уявлення про можливість їх функціональної підміни, що є неприпустимим навіть теоретично.

До того ж вимогою кримінального процесуального закону є виконання завдань кримінального провадження, коли кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, притягується до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не набуває статусу обвинуваченого або засудженого, жодна особа не піддається необґрунтованому процесуальному примусу, а до кожного учасника кримінального провадження застосовується належна правова процедура. Положення даної статті піддавалися аналізу й у попередньому розділі. Проте, відштовхуючись від принципів презумпції невинуватості та верховенства права, приходимо до судження, що наведена логічна конструкція не надає повноти реалізації принципу змагальності для сторони захисту, адже не передбачає вірогідну помилку слідства та суду.

З позиції значимості та максималізму, в умовах трансформування форми кримінального процесу цей підхід є запитом щодо якісно іншого сприйняття змагального кримінального судочинства. Існує обумовлена потреба розширення змісту в частині сумнівів у винуватості особи, адже мова йде про несприйняття законом потенційного ризику неправомірного

засудження особи та можливого порушення ціннісної аксіоми правосуддя: «краще відпустимо винувату особу, ніж засудимо невинувату». Це пояснюється тим, що у практиці існують випадки, коли спричинена злочином шкода за тих чи інших обставин не отримує об'єктивного, належного правосуддя, а винуватій особі вдається частково чи повністю уникати відповідальності. У свою чергу, помилкове обвинувачення породжує застосування спеціальних превентивних методів впливу на особу, яка може бути непричетною до злочину, власне, її суб'єктивна сторона до діяння об'єктивно відсутня. Практика неправомірного засудження вказує на ступінь проблемності даного питання та потребі мінімізувати ризики, посиливши зміст ст.17 КПК, що вимагає трактувати усі сумніви щодо доведеності вини особи на користь такої особи. Тобто, зважаючи на ціннісну аксіому правосуддя, що є теоретично прийнятною та практично обумовленою необхідністю посилення критичності при тлумаченні сумнівів щодо винуватості та відповідальності особи. Має бути відчутне домінування принципу верховенства права особи над завданнями, що виконує кримінальна юстиція. Безперечно зі збереженням усієї суворості та неухильного дотримання закону, адже, як уже наголошувалося, змагальність є прийнятною на основі законності. Такий пріоритет судочинства зміщує акценти з розшукового процесу на змагальний, що більшою мірою усуває вірогідність спричинення вторинної шкоди публічним та приватним інтересам, яка хоч і породжена злочином, але спричинюється правосуддям. Зрештою, навіть у справах зі значним резонансом, де особи засуджені до довічного позбавлення волі, істотні порушення кримінального процесуального закону породжують розумний сумнів щодо вини засуджених. Це вказує на актуальність проблеми, належне її розуміння та пошук шляхів мінімізації негативних наслідків кримінального судочинства.

Грунтовні законодавчі перетворення, новели в понятійному апараті кодифікованого кримінального процесуального акту, а разом із тим і трансформаційний характер стадій кримінального провадження суттєво вплинули на перебіг кримінального процесу, видозмінили окремі аспекти участі сторін. Зрештою, нівельований інститут порушення кримінальної справи мав неабияке значення для побудови змагального процесу, але разом із цим він став частиною критики висловленої на рахунок прийняття нового кримінального процесуального закону. Чи не одним із основних докорів стосовно кодексу була відмова від інституту порушення кримінальної справи, відповідного механізму оскарження постанови. Безперечно, можливість оскаржити постанову про порушення кримінальної справи, яку надавав КПК 1960 р., створювала механізм реакційного захисту прав, свобод та законних інтересів обвинуваченого. Проте якщо підійти більш критично до даного питання та поглянути з позиції структурного сприйняття кримінального процесу, то неодмінно помітимо зміну масштабу змагальності, її процесуальне вираження. Чинний КПК України вбачає набуття статусу обвинуваченого лише на стадії судового розгляду. У свою чергу, врученню повідомлення про підозру має передувати не менш відповідальне досудове розслідування, після чого можливе кримінальне обтяження дієздатності підозрюваної особи, що санкціонується судом та є темпорально визначеним. Цим посилився акцент на презумпції невинуватості, адже дія принципу нерозривно пов'язана з судовим розглядом, вироком та моментом його виконання.

Кримінальна справа як форма вираження та систематизації процесуально значимої інформації втратила своє законодавче визначання. Акумулявання інформації щодо кримінального правопорушення відбувається після внесення відомостей до Єдиного реєстру досудового розслідування, де міститься уся процесуально значима інформація про прийняті рішення та вчинені дії. Варто наголосити, що КПК не нівелює протоколювання, документальне оформлення процесуальних дій, а подекуди виступає більш вимогливим до захисту прав та свобод людини. Зрештою, відмова від естафетного переходу кримінальної справи від органів досудового розслідування до суду є розвитком змагального процесу. Вимога безпосереднього дослідження судом показань, речей і документів, застереження щодо недопустимості доказів, вказують на якісно інший рівень сприйняття змагальності.

Усе викладене формує думку про те, що принцип змагальності може бути втілений лише за умов сильних конкурентних сторін, прискіпливого контролю зі сторони неупередженого, справедливого та об'єктивного суду. У свою чергу, розвиток змагальності в кримінальному судочинстві не тільки створює правові механізми протидії та відстоювання інтересів стороною захисту, а й продукує професійний розвиток сторони обвинувачення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>.
2. Нажимов В.П. Типы, формы и виды уголовного процесса / В.П. Нажимов. – Калининград : КГУ, 1977. – 166 с.
3. Калиновский К.Б. Основные виды уголовного судопроизводства : учеб. пос. К.Б. Калиновский. – СПб. : Изд-во Санкт-Петерб. юрид. ин-та, 2002. – 63 с.
4. Колодій А.М. Принципи права України: [монографія] /Колодій А.М. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 208 с.
5. Півненко В. Щодо принципу змагальності у кримінальному судочинстві / В. Півненко // Вісник прокуратури. – 2006. – № 5.
6. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. із змінами і доповненнями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1002-05/page2>.

SUMMARY

The author raises the issue of the development of adversarial procedures of the parties, that gives them equal trial rights and the opportunity to introduce their independent defence positions. The rights, freedoms and lawful interests of each party are presented in the article.

Key terms: *adversarial procedures* of the parties, reliable mechanism of defence, criminal judgement.

А. Мельник

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник - к.ю.н., доц. М. Багрій

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ПРАВО НА ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ І ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ

У 2012 р. вступив у дію новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України), який ввів у кримінальний процес новий інститут - «Негласні слідчі (розшукові) дії». У зв'язку із введенням цього інституту у КПК України та тим що негласні слідчі (розшукові) дії суттєво обмежують права людини, доцільно дослідити їх. До набуття чинності новим КПК України ті заходи, які зараз ним віднесені до негласних слідчих (розшукових) дій, проводились у порядку оперативно-розшукової діяльності та є передбачені у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Чинний КПК України визначає негласні слідчі (розшукові) дії як різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків передбачених КПК України [1, с.140]. Порівнявши дане визначення із визначенням слідчих дій у КПК України, а також врахувавши, що, як відомо, фактом є дійсність, подія, те, що реально відбулося, а під методом розуміють сукупність організаційних, практичних прийомів, які потрібно здійснити для виконання певного завдання чи досягнення мети, можна дати таке визначення негласних слідчих (розшукових) дій - це дії, спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевіряння вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні, відомості про дії, які вже відбулися, та сукупність організаційних і практичних прийомів, за допомогою яких проводилися такі дії не підлягають розголошенню.

Відповідно до ст.7 Наказу СБУ від 12.08.2005 р. № 440 «Про затвердження зводу відомостей, що становлять державну таємницю» відомості про факт або методи проведення негласної слідчої (розшукової) дії є відомостями, що становлять державну таємницю [2, ст.7, 4.12.4 (номер статті ЗВДТ)]. Такі відомості мають ступінь секретності «Таємно» терміном на 5 років і не тільки не підлягають розголошенню, а й охороняються державою відповідно до Закону України «Про державну таємницю». Доступ до відомостей про факт та методи проведення негласних слідчих (розшукових) дій мають особи, яким надано допуск до державної таємниці повноважною посадовою особою. За розголошення таких відомостей у КК України передбачена кримінальна відповідальність (ст. 328 КК України).

Проведення негласних слідчих (розшукових) дій дозволяє попередити можливу протидію розслідуванню злочину, забезпечити безпеку учасників кримінального провадження, зібрати відомості про злочин та особу, яка його вчинила, та є можливим лише тоді, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Доцільно визначити, які мають бути наявні підстави та умови, за яких проводяться негласні слідчі (розшукові) дії, а також для досягнення якої мети спрямовано проведення таких дій і щодо кого проводяться такі дії.

Підстави для проведення негласної слідчої (розшукової) дії поділяють на фактичні та юридичні. Фактичною підставою для прийняття такого рішення є наявність достатніх відомостей, що матеріали, отримані внаслідок проведення негласної слідчої (розшукової) дії, матимуть значення для кримінального провадження і що такі матеріали неможливо отримати в інший спосіб. Юридичною підставою для проведення негласної слідчої (розшукової) дії є постанова слідчого, прокурора про проведення негласної слідчої (розшукової) дії або ухвала слідчого судді про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії.

На думку Є.Д. Скулиш, *метою проведення негласних слідчих дій* є пошук та фіксація фактичних даних про особу, яка вчинила злочин, обстановку, умови вчинення злочину та інші обставини вчинення злочину, що підлягають у доказуванні на досудових стадіях та судових стадіях кримінального провадження, також для розшуку осіб, що безвісти зникли або

переховуються від органів досудового розслідування та суду, чи осіб, які ухиляються від відбування покарання [3, с.110].

Умовами для прийняття рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій уповноваженим суб'єктом є:

- 1) наявне кримінальне провадження, відомості про яке внесено в Єдиний реєстр досудових розслідувань;
- 2) кримінальне провадження, у якому планується проводити такі негласні слідчі дії, має бути лише щодо тяжкого чи особливо тяжкого злочину;
- 3) неможливість отримати відомості про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб.

Для проведення таких негласних слідчих (розшукових) дій, як: установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, зняття інформації з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем, а також доступ до яких не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту, законодавець спрощує одну із умов щодо тяжкості вчиненого злочину, їх можна проводити в кримінальному провадженні щодо злочину будь-якої тяжкості. Суб'єктами, які уповноважені приймати рішення про проведення негласної слідчої дії, є слідчий, прокурор. Щодо слідчого судді, то, на нашу думку, він не приймає рішення про проведення негласної слідчої (розшукової) дії, а лише дає дозвіл чи відмовляє у наданні дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії прокурору чи слідчому клопотання якого погоджене прокурором. До того ж, в КПК України немає правової норми, яка б дозволяла слідчому судді з власної ініціативи постановляти ухвалу про проведення негласної слідчої дії за відсутності клопотання прокурора чи слідчого погодженого з прокурором про проведення такої дії.

Не менш важливим є питання щодо кого можуть здійснюватись негласні слідчі (розшукові) дії. Виходячи з положень чинного КПК України можна зробити висновок, що негласні слідчі (розшукові) дії можуть здійснюватись щодо будь-якої особи, якщо було дотримано всіх умов проведення негласних слідчих (розшукових) дій, про які йшлося вище. Ця позиція є не зовсім правильною, оскільки будь-хто може стати об'єктом кримінального переслідування з боку правоохоронних органів в кримінальному провадженні, яке навіть і не стосується цієї особи.

Та чи інша негласна слідча (розшукова) дія так чи інакше передбачає втручання у приватне життя та обмеження прав гарантованих кожній особі Конституцією України та Законами України, а саме порушує право на приватність особи. Право на приватність особи є комплексним правом особи, яке означає територіальну, комунікаційну, інформаційну, фізичну приватність [4, с.656]. Тому для того, щоб обмежити порушення права на приватність особи та забезпечити дотримання прав осіб, щодо яких проводяться негласні слідчі (розшукові) дії в законодавстві мають бути гарантії забезпечення законності проведення негласних слідчих (розшукових) дій та дотримання прав цих осіб та я б зупинився на гарантіях, які встановлює новий КПК України.

Варто зазначити, що КПК України передбачає вичерпний перелік негласних слідчих (розшукових) дій та порядок проведення кожної із них, тому інших негласних слідчих (розшукових) дій, ніж передбачені в КПК України проводити не можна. Розвиваючи конституційні положення «про втручання в приватне життя особи (лише на підставі рішення суду), у КПК України передбачено, що ніхто не може зазнавати втручання в приватне спілкування без ухвали слідчого судді, визначеного ст. 247 КПК України, що також є гарантією.

Слідчий суддя зобов'язаний розглянути таке клопотання протягом 6 годин з моменту його отримання, при цьому немає значення час доби. Це також є гарантією забезпечення прав особи, щодо якої проводяться такі негласні слідчі дії, адже суддя Апеляційного суду дає дозвіл, або не дає дозволу на проведення такої негласної слідчої дії, при цьому перевіряє чи не порушено закон суб'єктами, які прийняли рішення про проведення негласної слідчої дії. КПК України встановлює, що в ухвалі слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої дії

зазначається строк дії ухвали (ч.4 ст. 248 КПК України), крім того строк дії ухвали на проведення негласної слідчої дії не може перевищувати два місяці. Ця норма унеможливить зловживання слідчим чи прокурором часу протягом якого відбуватиметься втручання в приватне життя.

Дуже важливою є норма передбачена ст. 253 КПК України, яка покладає на прокурора або за дорученням прокурора, на слідчого обов'язок письмово повідомити осіб, конституційні права яких були тимчасово обмежені під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, підозрюваного, захисника підозрюваного про таке обмеження. Таке повідомлення про факт і результати негласної слідчої (розшукової) дії повинно бути здійснене протягом 12 місяців з дня припинення таких дій, але не пізніше звернення до суду з обвинувальним актом. Конкретний час повідомлення визначається прокурором із урахуванням наявності чи відсутності загроз для досягнення мети досудового розслідування, суспільної небезпеки, життя або здоров'я осіб, які причетні до проведення негласних слідчих (розшукових) дій. На перший погляд, така гарантія є дійсно прогресивним кроком вперед, однак все ж таки проведення певної негласної слідчої дії є втручанням держави в особі державних органів в особисте життя людини, коли у неї не залишається жодної можливості захиститися, а повідомлення про здійснені негласні заходи є лише констатацією того, що її права були обмежені. Така ситуація зовсім не відповідає задекларованому у новому КПК України принципу змагальності, оскільки позбавляє підозрюваного повною мірою захищатися на стадії досудового розслідування [5, с.569].

В даній статті наведено не всі гарантії законності проведення негласних слідчих дій, оскільки це може бути предметом окремого правового дослідження.

Погоджуюсь з науковцями, які вважають запровадження інституту негласних слідчих (розшукових) дій позитивним надбанням. На думку І.І. Когутича, «за нових умов перестане функціонувати негнучка, малоефективна і бюрократична процедура «взаємодії» слідчих з оперативно-розшуковими підрозділами, багато в чому умовне поєднання доказування з оперативно-розшуковою діяльністю, здійснюватиметься в інтересах кримінального судочинства» [6]. Тому, вважаю введення цього інституту в КПК України та регламентування порядку одержання дозволу на проведення негласних слідчих дій та закріплення процесуальних гарантій в КПК України, про які йшлося вище та інших процесуальних гарантій позитивним кроком законодавця.

В більшості країн Європи та США давно існує такий інститут, як негласні слідчі (розшукові) дії, без якого протидіяти певним злочинам та розкривати їх є неможливим, тому такий інститут у КПК України є необхідним. Вважаю, що введення даного інституту розширить можливості досудового розслідування щодо розкриття злочинів, та збільшать коло розкритих тяжких та особливо тяжких злочинів, а також сприятиме захисту персональних даних та приватного життя, адже ті заходи які є зараз негласними слідчими (розшуковими) діями проводились в рамках оперативно-розшукової діяльності та були регламентовані Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та різними відомчими актами силових органів, зараз вони передбачені в КПК України, що є більш доступним та відкритим для пересічного громадянина. Звичайно, окремі норми інституту негласних слідчих (розшукових) дій потребують реформування та вдосконалення, враховуючи практику та досвід їх проведення, що сподіваюсь і буде наступним прогресивним кроком законодавця.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінально-процесуального кодексу України»: чинне законодавство з 19 листопада 2012 року: (офіц. текст). - К. : Вид. Паливода А.В., 2012. -382 с.- (Кодекси України).
2. Наказ СБУ від 12.08.2005 р. № 440 «Про затвердження зводу відомостей, що становлять державну таємницю» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0902-05>.

3. Скулиш Є. Д. Система негласних слідчих (розшукових) дій за Кримінально-процесуальним кодексом України / Є. Д. Скулиш // Науковий вісник Чернівецького університету. - 2012. – Вип. 618. - С.108-114.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України : науково-практ. комент. : у 2 т. Т.1/К82 О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. - Х. :Право, 2012. – 768 с.
5. Левендаренко О. О. Негласні слідчі дії в контексті захисту конституційних прав і свобод учасників кримінального провадження [Електронний ресурс]/ О. О. Левендаренко, Д. В. Іващенко //Форум права. – 2012. – № 4. – С. 567–571. – Режим доступу: http://arhive.nbuv.gov.ua/e_journals/FP/2012-4/12looukp.pdf.
6. Когутич І. І. Проект КПК України: негласні слідчі (розшукові) дії / І. І.Когутич //Митна справа. – 2011. – № 6. – С. 305–312.

SUMMARY

The article deals with the analysis of the institute of covert investigative (detective) actions, in particular the analysis of procedural safeguards that provide the protection of personal data and privacy. More than that, the covert investigative (detective) actions were classified according to different criteria and with regard to them an opinion was expressed about enforcing the covert investigative (detective) actions into the Criminal Procedure Code.

Key words: covert investigative (detective) actions, procedural safeguards, rights and freedoms, investigating prosecutor, investigating judge, the Criminal Procedural Code.

ЗМІСТ

<i>А. Бойко</i> СЛОВО ДО ЧИТАЧА.....	3
--------------------------------------	---

РОЗДІЛ І

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ, ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ТА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

CHAPTER I

GENERAL THEORY AND HISTORY OF THE STATE AND LAW AND INTERNATIONAL LEGAL STUDIES

1. <i>С. Бреус</i> ПРАВО НА ГЕНДЕРНУ ІДЕНТИЧНІСТЬ У РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ: СКАСУВАТИ НЕ МОЖНА ЗАЛИШИТИ <i>S. Breus</i> THE RIGHT TO GENDER IDENTITY IN THE RUSSIAN FEDERATION	5
2. <i>О. Гордієнко</i> РУХ БОРОТЬБИ ЗА ГРОМАДЯНСЬКІ ПРАВА У США ЯК ПРИКЛАД ЮРИДИЧНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИРОДНИХ ПРАВ ОСОБИ <i>O. Gordienko</i> THE MOVEMENT OF STRUGGLE FOR CIVIL RIGHTS IN THE USA AS AN EXAMPLE OF LEGAL IMPLEMENTATION OF NATURAL HUMAN RIGHTS.....	8
3. <i>М. Дворовий</i> ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ МОВНИХ ПРАВ <i>M. Dvorovi</i> THEORETICAL PRINCIPLES OF LINGUISTIC RIGHTS	11
4. <i>В. Кіцелюк</i> ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ ПОГЛЯД НА АДВОКАТСЬКЕ ДОСЬЄ В УМОВАХ СЬОГОДЕННЯ <i>V. Kitseliuk</i> THEORETICAL LEGAL VIEW ON THE ADVOCATE RECORDS IN THE CONDITIONS OF CONTEMPORANEITY.....	15

РОЗДІЛ ІІ

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО, АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

CHAPTER II

RESEARCH IN CONSTITUTIONAL, ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

5. <i>О. Вилегжаніна</i> ІНСТИТУТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В УКРАЇНІ <i>O. Vylehzhaniina</i> INSTITUTE OF CONSTITUTIONAL COMPLAINT IN UKRAINE	18
6. <i>Н. Леунова</i> ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ПРОКУРОРА В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ <i>N. Leunova</i> THE PECULARITIES OF PROSECUTOR'S PARTICIPATION IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS	21
7. <i>А.-М. Пірус</i> ЦЕНЗУРА ЯК НЕВІД'ЄМНИЙ ПОЛІТИКО-ПРАВОВИЙ ЕТАП ДІЯЛЬНОСТІ ЗАСОБІВ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ РАДЯНСЬКОГО ЧАСУ І СУЧАСНОСТІ <i>Anna-Maria Pirus</i> CENSORSHIP AS AN INTEGRAL POLITICAL AND LEGAL STAGE OF MEDIA'S ACTIVITY: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE SOVIET PERIOD AND CONTEMPORANEITY	28

8. **Х. Потапенко** ФІНАНСОВІ ПІРАМІДИ: ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ANTE FACTUM I POST FACTUM
H. Potapenko FINANCIAL PYRAMIDS: LEGAL PROBLEMS ANTE FACTUM AND POST FACTUM32
9. **О. Терещук** ДЕЛЕГОВАНІ ПОВНОВАЖЕНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА
O. Tereshchuk DELEGATED AUTHORITY UNDER THE LAWS OF UKRAINE: THEORY AND PRACTICE.....35

РОЗДІЛ III

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ ТРУДОВОГО ПРАВА, ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ CHAPTER III RESEARCH IN LABOUR LAW, CIVIL LAW AND PROCEDURE

9. **Н. Ключковська** НЕДІЙСНІ ПРАВОЧИННИ ТА ЇХ ВИДИ
N. Kliuchkovs'ka INVALID TRANSACTIONS AND THEIR TYPES39
10. **Д. Неофіта** ДОГОВІР ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ
D. Neofita CONTRACT FOR THE PROVISION OF MEDICAL SERVICES42
11. **А. Підхомна** ЗАХИСТ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ
A. Pidhomna EMPLOYEES' RIGHTS PROTECTION.....45
12. **О. Петренко** ПОНЯТТЯ ПУБЛІЧНОЇ ОБЦЯНКИ ВІНАГОРОДИ БЕЗ ОГОЛОШЕННЯ КОНКУРСУ
O. Petrenko THE CONCEPT OF THE PUBLIC PROMISE OF REWARD WITHOUT THE COMPETITION ANNOUNCEMENT48
13. **Ю. Попович** ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НЕПОВНОЛІТНІХ БАТЬКІВ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ
Y. Popovych PROBLEMS OF UNDERAGE PARENTS LEGAL STATUS AND THE WAYS TO THEIR SOLUTION52
14. **О. Рилова** ЗАГАЛЬНЕ ПОЛОЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ
O. Rylova GENERAL PROVISIONS ON THE INSTITUTE OF JOINT OWNERSHIP56

РОЗДІЛ IV

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА CHAPTER IV RESEARCH IN CRIMINAL LAW

15. **А. Калинчук** ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВТРУЧАННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ, ПЕРЕДБАЧЕНА СТАТТЕЮ 397 КК УКРАЇНИ
A. Kalynchuk RESPONSIBILITY FOR THE INTRUSION INTO ADVOCATE'S OR REPRESENTATIVE'S ACTIVITY PROVIDED BY ARTICLE 397 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE59
16. **М. Кондра** ПРОПОРЦІЙНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ФОРМИ ПРОЯВУ
M. Kondra PROPORTIONALITY IN CRIMINAL LAW: FORMS OF EXPRESSION62

17. **М. Яциніна** ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЕЛЕМЕНТІВ ПОВТОРНОСТІ ЗЛОЧИНІВ ЗА СУКУПНІСТЮ СТАТЕЙ КК УКРАЇНИ
M. Jacynina THE ISSUES OF THE ELEMENTS OF CRIMES REPETITION QUALIFICATION BY THE MULTIPLICITY OF ARTICLES IN THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE69

РОЗДІЛ V

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

CHAPTER V

RESEARCH IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW AND CRIMINALISTICS

18. **Ю. Гаврікова** ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ ЯК ВИНЯТКОВИЙ ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА
Y. Havrikova CUSTODY AS AN EXCLUSIVE PREVENTIVE MEASURE: GENERAL THEORETICAL CHARACTERISTIC73
20. **М. Дзиндра** МЕТОДИКА ВІДБОРУ ВІДБОРУ ПРИСЯЖНИХ В СУДІ: ТЕОРІЯ, ПРАКТИКА І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД
M. Dzyndra METHOD OF JURY SELECTION IN COURT: THEORY, PRACTICE AND INTERNATIONAL EXPERIENCE77
21. **Т. Кордіяка** ПРАВОВА ПРИРОДА ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ
T. Kordiaka LEGAL NATURE OF THE PRE-TRIAL INVESTIGATION PROCEDURAL GUIDANCE80
22. **В. Малищук** ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ ЗМАГАЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ
V.Malyshchuk PREREQUISITES FOR THE DEVELOPMENT OF ADVERSARIAL PROCEDURES IN CRIMINAL PROCEEDINGS83
23. **А. Мельник** НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ПРАВО НА ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ І ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ
A. Melnyk COVERT INVESTIGATIVE (DETECTIVE) ACTIONS IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA AND PRIVATE LIFE87