

Міністерство освіти і науки України

Львівський національний університет імені Івана Франка

Юридичний факультет

Студентське наукове товариство

VIVAT JUSTITIA!

Міжнародний студентський
науково-юридичний альманах

Випуск VIII

Львів 2008

Рекомендовано до друку рішенням Ради Студентського наукового товариства юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка від 20.12.07 року (протокол № 7)

У пропонованому міжнародному студентському збірнику, який видається всьоме, вміщено низку наукових статей студентів юридичних навчальних закладів Білорусії, Латвії, Німеччини, Польщі, Російської Федерації та України. У цих статтях висвітлюються актуальні проблеми сучасного правознавства та державно-юридичного регулювання.

Рецензенти:

Теорія держави і права – професор П. Рабінович, асистент Д. Гудима;

Історія держави і права – професор В. Кульчицький, доцент І. Бойко, доцент Л. Ясінська;

Цивільне право – доцент В. Цікало, доцент О. Яворська, асистент Ю. Бек;

Цивільно-процесуальне право – доцент О. Угриновська;

Конституційне право – доцент І. Заєць;

Трудове і медичне право – доцент С. Синчук;

Кримінальне право – доцент М. Бурдін, доцент В. Василяш;

Кримінально-процесуальне право – доцент А. Павлишин;

Міжнародне право – доцент В. Гринчак

Редакційна колегія:

І. Бойченко (головний редактор), О. Катола, Н. Галецька, Ю. Рожик, Ю. Сало

Редагування англomовних текстів: Н. Галецька

Консультант з редагування англomовних текстів: доцент Л. Мисик

Рада Студентського наукового товариства висловлює щирю вдячність декану юридичного факультету ЛНУ імені І. Франка доценту А. Бойку, без підтримки якого це видання навряд чи було б можливим.

Слово до читача

Сьогодні побачив світ уже восьмий випуск міжнародного студентського науково-юридичного альманаху „VIVAT JUSTITIA”, що завжди є очікуваною подією у студентських наукових колах, продовженням доброї традиції, започаткованої вісім років тому на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка, а також переконливим свідченням плідної співпраці студентів-юристів вищих навчальних закладів різних держав.

Альманах є періодичним виданням Студентського наукового товариства юридичного факультету ЛНУ імені Івана Франка, яке має за мету публікацію кращих результатів науково-дослідницької роботи майбутніх юристів – представників різних вузів не лише України, а й країн близького та далекого зарубіжжя. Нинішній – восьмий – випуск „VIVAT JUSTITIA” вміщує наукові статті студентів українських, білоруських, латвійський, німецьких, польських та російських вищих навчальних закладів, що пройшли конкурсний відбір, основними критеріями якого були актуальність теми, наукова новизна, науковий стиль та наявність елементів творчості. А це свідчить, що у збірнику зібрано статті, варті уваги, оскільки це наукові доробки молодшого покоління правників, які в майбутньому обов’язково займуть гідне місце у колі юридичної еліти. Для когось із авторів, можливо, це була перша спроба у науковому житті, що назавжди стане добрим спогадом та даватиме натхнення до подальшої праці, для когось – черговим кроком у ствердженні себе як юриста-професіонала, який досконало орієнтується у складнощах чинного законодавства, однак переконаний, що всіх студентів об’єднує одне велике бажання – донести свій погляд, свою думку до колег, поділитися власними напрацюваннями, продемонструвати власний підхід до вирішення складних правових питань і тим самим сприяти вдосконаленню

утвердженню реального захисту прав людини та побудові правової держави і громадянського суспільства у своїй країні.

Восьмий випуск міжнародного студентського науково-юридичного альманаху „Vivat justitia” переконливо засвідчує бажання студентів-правників поринати у глибини правової науки, дошукуватись юридичної мудрості, відкривати неznані горизонти юриспруденції і досягати вершин наукового правного Олімпу, щоби бути гідним високого звання Юриста.

Отож вітаю усіх авторів, чиї роботи надруковані у цьому випуску альманаху, з важливою подією у їхньому студентському житті і бажаю подальших успіхів у науково-дослідницькій роботі.

Андрій Бойко,

декан юридичного факультету

Львівського національного університету

імені Івана Франка

Розділ I

Загальна теорія держави і права

Г. Берченко

Україна

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

Науковий керівник – к. ю. н., доц. С. П. Погребняк

ПРИНЦИПИ ПРАВА У ПРАВОЗАСТОСУВАННІ

У правозастосуванні повинна існувати певна ідеологія, що передбачає сукупність юридичних правил, за допомогою яких правозастосовний орган втілює у життя принципи права [1, с. 633–635]. Під принципами права розуміють систему найбільш загальних і стабільних імперативних вимог, закріплених у праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис і цінностей, що притаманні цій системі права і визначають її характер та напрями подальшого розвитку [2, с. 22, 23]. Принципи права можуть бути використані у правозастосуванні з огляду на два моменти. По-перше, принципи права є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, притаманних певній системі права, і внаслідок цього виконують *аксіологічну функцію* [2, с. 23, 24; 3, с. 24]. Принципи права, так би мовити, становлять ідейну пружину всього механізму правового регулювання [4, с. 28]. По-друге, принципи права мають найбільший загальний характер і найвищий ступінь абстрагування. Через це принципи не прив'язують жодний визначений деталізований результат до жодного визначеного деталізованого фактичного стану [5, с. 69]. Ці найвищі загальність і абстрактність принципів дозволяють у процесі вирішення конкретних справ у випадках розсуду виконувати *коригуючу функцію* [2, с. 26] з адаптації соціальних цінностей до конкретних умов суспільного життя.

Підставою для виокремлення самостійних вимог із принципів права є визнання за ними регулятивних властивостей. Проте, на відміну від звичайних

норм права, регулятивні властивості принципів не такі активні. Принципи права регулюють суспільні відносини з більш високих позицій [6, с. 17]. Більшість учених загалом підтримує цю точку зору. Так, М. В. Цвік зазначає, що опора на вимоги принципів права є орієнтиром для правозастосування [7, с. 34], Л. С. Явіч вказує, що принципи спрямовуюче впливають на правозастосування, хоча й не містять моделей прав та обов'язків [8, с. 32–33]. Принципи містять своєрідні юридичні „вектори”, суттєво орієнтуюче впливають на поведінку суб'єктів [3, с. 13], зокрема, принципи права важливі для орієнтування юридичної практики при виробленні правильного підходу до вирішення юридичних питань [4, с. 29].

Варто погодитися з А. М. Колодієм, що регулятивний характер принципів права має ще більше посилитися на сучасному етапі розвитку суспільства і держави [6, с. 18]. Це пов'язано зі сприйняттям українською правовою системою принципів верховенства права, пропорційності, правової визначеності, а також підвищення ролі правозастосування, визнання особливої ролі судової влади в захисті прав і свобод людини та громадянина.

Проте вказані формулювання є доволі абстрактними, тому слід більш детально визначити ті ситуації в правозастосуванні, коли принципи права здійснюють регулюючу функцію. На нашу думку, можна виділити три такі типові ситуації:

По-перше, це такі вимоги принципів права, що підлягають виконанню в якості загального правила у правозастосуванні, наприклад, правозастосувач повинен керуватися принципом законності.

По-друге, це такі ситуації правозастосування, в яких існує можливість здійснення розсуду. Правозастосовний розсуд – це різновид правового розсуду, який полягає у дозволений правом можливості вибору одного із кількох варіантів правозастосовного рішення на підставі дискреційних правових норм, прогалин у праві та колізій в законодавстві з урахуванням змісту норми права, конкретних обставин справи й інші юридично значущих фактів. Принципи права в цьому випадку відіграють роль детермінуючого фактору, критерію, що обумовлює вибір правозастосувачем того чи іншого з можливих варіантів рішень [9, с. 124]. Законодавець може безпосередньо зазначити, що певна правова норма повинна застосовуватися з урахуванням певного принципу, проте в більшості випадків він цього не зазначає [10, с. 67–72]. Тому правозастосувач повинен звертатися до принципів права, визначаючи їх застосовність до конкретної ситуації самостійно. В цій ситуації важливого значення набувають принципи справедливості, доцільності, пропорційності і правової визначеності.

По-третє, це безпосереднє застосування принципів права, якщо відсутні правові норми, що конкретизують ці принципи.

У Радянському Союзі безпосереднє застосування принципів визнавалося винятково у випадках застосування аналогії права як способу подолання прогалин у праві. Під аналогією права розуміють вирішення конкретної справи на підставі загальних принципів права [11, с. 463]. Проте навіть у цьому випадку в судовій практиці немає жодного рішення, де суд би прямо посилався на законодавчо закріплену можливість застосувати аналогію права або хоча б

уживав термін „аналогія права”. Проте саме життя ставило перед суддями проблему безпосереднього застосування принципів права. О. Т. Боннер на конкретних прикладах вирішення справ радянськими судами доводив реальне існування аналогії права [12, с. 222–229]. Останнім часом в Україні значно розширився перелік галузей, в яких законодавчо закріплений дозвіл при певних підставах на використання аналогії права (ч. 7 ст. 9 Кодексу адміністративного судочинства України, ч. 7 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 10 Сімейного кодексу України, ст. 8 Цивільного кодексу України), однак значного зрушення в цьому питанні не відбулося. Проблема полягає в тому, що суди за загальним правилом фактично вирішуючи справи за аналогією права, не констатують прогалину і не мотивують своє рішення саме цим способом заповнення прогалин. Причиною цього є елементарне небажання суддів піддавати свої рішення більш прискіпливій увазі вищих судів. Окрім того, мотивація вирішення справи за аналогією права потребує більше часу і зусиль. Суддя також може не усвідомлювати, що він використовує відповідні способи заповнення прогалин, застосовуючи їх інтуїтивно [12, с. 245–247].

Проте питання аналогії права як окрема можливість безпосереднього застосування принципів права є лише вершиною айсберга. На Заході, а з недавнього часу – і в Україні, це питання ставиться значно ширше. Застосування загальних правових принципів полягає в нейтралізації спеціальних приписів законодавства за допомогою більш загальних законодавчих положень [13, с. 148].

Правова традиція жорсткого позитивізму, яка йшла з часів Радянського Союзу, означала домінування норми закону. Західна традиція застосування права ґрунтується на іншому принципі – на перевазі природного права: якщо норма закону в конкретному випадку призводить до несправедливого рішення, то необхідно застосовувати принцип природного права [14, с. 142]. Найбільш переконливо цю тезу обґрунтував американський вчений Рональд Дворкін у праці „Серйозний погляд на права” у 1977 р. Р. Дворкін зазначає, що принципи права є такими ж правилами, як і звичайні норми права, і так само зобов’язують людей діяти певними чином [15, с. 64]. Такий висновок є надзвичайно важливим для реалізації і захисту прав людини. Р. Дворкін зазначає, що вже на підставі певних принципів особа вже має певні права й обов’язки. Тому обов’язком судді залишається встановлення того, які права мають сторони [15, с. 126].

Як приклад у цьому контексті можна навести справу „Riggs v. Palmer” 1889 р., яку розглядав нью-йоркський суд. Він мав вирішити, чи може спадкоємець, названий у заповіті свого діда, отримати вказану в цьому заповіті спадщину, попри те, що заради неї він убив свого діда. Суд розпочав міркування з такого висновку: „Цілком вірно, що згідно із законодавчими актами, якими регламентуються складання, перевірка і виконання заповітів та передача майна, якщо їх тлумачити буквально і якщо їхньої сили та виконання ніяким чином і ні за яких обставин не можна відрегулювати чи змінити, це майно має бути передане вбивці”. Однак суд зауважив, що „дію та виконання всіх законів, а також усіх контрактів можна регулювати за допомогою універсальних, фундаментальних правил загального права. Нікому не дозволено одержати

вигоду обманним шляхом, дістати перевагу через порушення законних прав, покласти в основу будь-якої вимоги вчинене власноруч беззаконня чи набути майно завдяки власному злочинові”. Вбивця не одержав спадок [15, с. 48].

Отже, на Заході судова практика у разі необхідності усуває недоліки законодавства, його відставання від реалій життя, спираючись на норми законодавства. Мова йде про ситуацію, коли закон з огляду на відставання від потреб практики не співпадає з принципами справедливого правосуддя і коли його застосування було б незаконним по суті через невідповідність іншим нормам законодавства [16, с. 23].

Проблема загальних принципів права в Україні полягає в тому, що їх застосування не повинно штучно обмежуватися чинним законодавством і перевага не повинна віддаватися спеціальному законодавству при застосуванні права, як це відбувається сьогодні. Ситуація почала змінюватися після прийняття нової Конституції України і надання її нормам характеру прямої дії (ст. 8). Згідно з цим принципом суд не може відмовити у прийнятті та розгляді позову або заяви громадянина про захист права чи свободи на тій підставі, що відсутній конкретизуючий Конституцію акт чи немає нормативно встановленого порядку їх вирішення.

Прикладом подібного розвитку права є швейцарська практика, у правовій системі якої існує правило, за яким суддя не може відмовитися від розгляду справи про захист права лише на тій підставі, що немає відповідного закону. Згідно з частинами II і III ст. 1 Швейцарського цивільного кодексу, якщо закон не містить відповідного припису, суддя повинен вирішити цю справу на основі звичаєвого права, а якщо і воно відсутнє, то за правилом, яке він як законодавець встановив би. При цьому суддя має слідувати вченню і традиції. Сучасне українське законодавство в схожій формі дозволяє безпосередньо застосовувати принципи права. Зокрема, забороняється відмова в розгляді та вирішенні справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини (ч. 4 ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України, ч. 8 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України, ч. 6 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України). Такий підхід дозволяє оперативно подолати недоліки законодавства, сприяє ефективній діяльності суду щодо захисту прав людини, належному функціонуванню правової системи.

В Україні до 2004 р. позитивістське мислення було багато в чому знівельовано лише щодо царини приватного права. У питаннях же публічного права при розгляді справ у судах воно домінувало. Показовим у цьому сенсі рішення Верховного Суду України від 3 грудня 2004 р., що було винесене за позовом М. Катеринчука, довіреної особи кандидата в Президенти України В. Ющенка, про скасування результатів виборів в єдиному загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі. М. Полудьонний, представник В. Ющенка, так пояснює праву позицію своєї сторони. „Закон про вибори Президента не давав можливості Верховному Суду безпосередньо розглянути наші вимоги. Але на його рішення можна було вийти через конституційні норми. Оскільки спеціальний закон не давав відповіді на це питання, то керуватися слід нормами Конституції як нормами прямої дії. Конституція говорить, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини в державі й основним завданням судів є

відновлення порушеного права. І відсутність відповідної норми закону не є перешкодою до його відновлення. Якщо в законі не зазначено, як саме це зробити, суд може відновити порушене право іншим способом” [14, с. 273, 274].

ЛІТЕРАТУРА

1. Скакун О. Ф. Теория государства и права (Энциклопедический курс). – Х.: Эспада, 2005. – 840 с.
2. Погребняк С. П. Втілення принципів права в юридичних актах // Вісник Академії правових наук України. — 2006. — № 2. — С. 21–32.
3. Байниязова З. С. Основные принципы российской правовой системы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Саратов. гос. акад. права – Саратов, 2004. – 26 с.
4. Коваль О. Поняття та основний зміст принципів права України // Адвокат. – 2005. – № 7. – С. 25–29.
5. Барак А. Судейское усмотрение. — М.: Норма, 1999. — 376 с.
6. Колодій А. М. Принципи права України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 208 с.
7. Цвік М. В. Методологічне значення принципів права // Проблеми методології сучасного правознавства: Матеріали між-нар. наук.-теорет. конфер. (9, 10 жовт. 1996 р., м. Київ). – К.: Укр. правн. Фундація, 1996. – С. 34.
8. Явич Л. С. Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. – М.: Юрид. лит., 1978. – 224 с.
9. Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2006. – 189 с.
10. Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. — М.: Норма, 2002. — 176 с.
11. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960. – 511 с.
12. Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. — М.: Российское право, 1992. — 320 с.
13. Заєць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К.: Парламентське вид-во, 1999. – 248 с.
14. Катеринчук М. Д. Адвокати помаранчевої революції. – К.: Юстиніан, 2005. – 296 с.
15. Дворкін Р. Серйозний погляд на права. — К.: Основи, 2000. — 519 с.
16. Шанп Я. Основы гражданского права Германии. – М.: БЕК, 1996. – 304 с.

SUMMARY

In this article the author considers regulating function of law principles in enforcement. The author demonstrates them in three basic situations. First, there are principles of the right which shall be used in law- enforcement as the general rule (for example, principle of legality). Second, principles of the right carry out the role of the factor determining at law-enforcer discretion, a code there is an opportunity of a choice of several variants of the decision. Third, it is the situations of direct application of law principles in case of absence of special norms absence in the legislation.

Key-words: principles of law, law enforcement, discretion, analogy of law, norm of the Constitution.

В. Гончаров

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – проф. П. М. Рабінович

**ЕВОЛЮЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВА. ТЕОРІЯ І
ПРАКТИКА**

Важливість досліджень в теорії тлумачення права важко переоцінити, адже кожна зустріч з правом – у вигляді правореалізації, правозастосування чи правотворення – має необхідністю інтерпретувати відповідний юридичний текст. До того ж тлумаченню підлягають усі норми права, оскільки ясність норми ніщо інше як результат інтерпретації [9, с. 362-363].

Значний внесок у дослідження проблем тлумачення права внесли Є. Васьковський, Б. Кістяківський, М. Коркунов, П. Люблінський, Ф. Тарановський, Г. Шершеневич, М. Вопленко, Т. Насирова, П. Недбайло, А. Піголкін, Ю. Ткаченко, О. Черданцев, С. Алексєєв, М. Цвік, М. Марченко, О. Скакун, В. Лазарєв, П. Рабінович та багато інших.

Спосіб тлумачення, який є предметом дослідження в рамках цієї роботи є чи не найменш дослідженим в юридичній літературі. За радянських часів еволюційне тлумачення права (функціональне, динамічне, пристосувальне) здебільшого критикувалося. Тому значного розвитку ця галузь досліджень отримала після початку перебудови і згодом після розпаду Радянського Союзу.

Слід зазначити, що юридична доктрина в Радянському Союзі базувалася на догматі статичності права. Вважалося, що результат тлумачення кожної правової норми повинен бути незмінним, адже його зміна вела б до конфлікту із принципом законності. Тлумачення, так би мовити, повинне було «прикріпитись» до норми і слугувати інструкцією при її застосуванні або реалізації на весь час дії останньої. У випадку змін у суспільстві, коли норма права перестає бути актуальною і належно регулювати суспільне відношення, слід було би застосовувати таку норму, що є в наявності аж поки законодавець не змінить застарілий правовий регулятор.

Позиція динаміки в праві навпаки встановлює, що в нормах права закладені потенції до модифікацій, що в свою чергу заперечує можливість сталого змісту правової норми.

За висловом О.Ф. Черданцева, право черпає свій глибинний зміст не в самому собі, а в матеріальних умовах життя суспільства, і повне визнання сутності й смислу правової норми стало б неможливим, якщо б ми користувались тільки правовими категоріями і тими зв'язками, що існують усередині права [1, с. 82].

Один з творців герменевтики Г.-Г. Гадамер з зазначав: «щоб точно встановити зміст закону, необхідним є пізнання його первинного змісту, і лиш з

цією метою юрист-інтерпретатор бере до уваги історичне значення закону. Він не може, проте, спиратися виключно на те, наприклад, що йому повідомляють про наміри і думки тих, хто розробляв цей закон, протоколи парламентських засідань. Навпаки, він повинен зрозуміти зміни в правовідносинах з того часу, і заново визначити нормативну функцію закону» [6, с. 385-386].

Видається обґрунтованою думка науковців, які вказують, що у правозастосувальній діяльності слід тлумачити не тільки конкретне юридичне правило, але й брати до уваги широке коло чинників, обставин і умов, що є однією із причин поширення саме еволюційного способу [3, с. 97].

Використання еволюційного тлумачення – давно відомий у правозастосувальній практиці інструмент. Це може бути підтверджено практикою Верховного суду США та Європейського суду з прав людини.

Щодо практики Верховного суду США, дослідники зазначають: «При вирішенні конституційних проблем суд вільний у зміні своєї позиції. Члени суду розглядали рішення своїх попередників і свої власні, щоб скоректувати рішення на основі набутого досвіду, ...зміна їх позицій допомогли створити Конституцію, яка би задовольняла потреби кожного наступного покоління» [2, с. 14].

Динамічний підхід до тлумачення Конституції Верховного суду США простежується зокрема в рішеннях 1896р. та рішення 1954 р., коли в рішенні по першій справі суд підтримав доктрину «рівні але сегриговані», а в наступній визнав закони штатів, що визначали роздільне навчання для білих та афроамериканців такими, що суперечать Конституції США. Не менш цікавими з огляду на вищезгадану проблематику можна вважати низку інших рішень. В рішенні 1940р. Суд виправдав рішення Департаменту Освіти в Мінерсвілі, який відрахував двох дітей зі школи через те, що через свої релігійні переконання останні відмовились вставати при піднятті державного прапора. Наступним же рішенням 1943р. попередній прецедент було скасовано. Суд встановив: «ніхто не може змушувати до ортодоксальності в політиці, націоналізмі або релігії будь-якого громадянина» [2, с. 57-58].

В низці рішень Європейського суду з прав людини також прослідковується динамічний підхід до тлумачення норм. Зокрема в рішенні «Джонстон проти Ірландії» (*Johnston v. Ireland*) від 18 грудня 1986 року, Європейський суд зазначав «Конвенція і Протоколи до неї повинні інтерпретуватися крізь призму сучасності».

У справі «Маркс проти Бельгії» (*Marckx v. Belgium*), рішення від 13 червня 1979 р., перед Євросудом постало питання, чи порушило законодавство Бельгії право на повагу до сімейного життя, яке закріплено у ст. 8 Конвенції, встановивши законодавчу різницю у правовому статусі дітей, народжених у законному та поза ним? Суд дійшов до висновку, що Конвенцію слід тлумачити через призму сьогодення. Було зазначено: «Євросуд не може зважати на той факт, що національне законодавство більшості держав – членів Ради Європи, а разом з ним і різноманітні акти міжнародного права еволюціонують у напрямку повного визнання рівноправності дітей, народжених поза шлюбом, із «законно

народженими дітьми» [3, с. 102].

Загалом як вказують дослідники, еволюційне тлумачення Конвенції Європейським судом з прав людини представляє врахування на момент вирішення справи як основного змісту норми, так і обставин сьогодення у сфері того чи іншого права, якщо таке врахування не призведе до звуження існуючого змісту прав і свобод або до повної зміни змісту норми [3, с. 104].

Подекуди аспекти еволюційного тлумачення можуть збігатися з аспектами історико-політичного тлумачення [1, с. 92]. Безперечно у випадках, коли відсутній значний проміжок часу між прийняттям норми та її застосуванням, ми можемо (хоч і не обов'язково) зустрітися із тими ж обставинами і в історичному і в функціональному ракурсі [7, с. 92]. Але, якщо тлумачення норми відбувається після істотних змін у житті суспільства, коли наміри законодавця вже не охоплюють нові потреби людей, історичний спосіб тлумачення навряд чи зможе допомогти інтерпретувати норму адекватно до нових обставин.

Неможна погодитись із твердженням науковців, що «еволюційність» у тлумаченні, є наслідком комплексної дії декількох різновидів тлумачення, насамперед історичного та телеологічного [8, с. 135]. Видається, що еволюційне тлумачення має тільки йому притаманні властивості, які знаходять свій вияв у специфічних прийомах з'ясування змісту права. До того ж комплексне поєднання прийомів історичного та телеологічного способів тлумачення неминуче акцентує увагу на зміст норми в контексті історичного часу прийняття останньої, знов ж таки обминаючи зміни у суспільних відносинах від часу прийняття норми до часу її застосування.

Підсумовуючи вищенаведене слід зазначити наступне. Соціальна сутність будь-яких соціальних явищ – це їх здатність слугувати засобом задоволення потреб суб'єктів суспільства [4, с. 94-96], а відповідно соціальна сутність права – це здатність права слугувати засобом задоволення потреб суб'єктів суспільства. З розвитком товарно-грошового обігу, в умовах переходу до ринкових відносин еволюційне тлумачення правових норм повинно посісти гідне місце серед інших способів тлумачення в рамках правової системи України як засіб адаптації права до існуючих реалій. Слід однак застерегти, що результат такого тлумачення не повинен виходити за рамки «ідеї» правової норми. Крім того, еволюційне тлумачення не повинне застосовуватись до абсолютно визначених елементів правової норми, в протилежному випадку суд зміг би творити право, що порушує засади верховенства права, визначеності правового статусу людини у суспільстві. Тому еволюційне тлумачення повинне застосовуватись до термінів, що не визначені за своїм змістом, які можуть бути витлумачені з використанням критеріїв «поза межами права», за умови, що нормотворець не дав їм роз'яснення [1, с. 93-94].

Завершуючи хотілося б зауважити, що невід'ємною складовою верховенства права, за визначенням науковців, є визначеність статусу людини у суспільстві, її можливість передбачити наслідки своєї та «чужої» поведінки [5, с. 132], тому завданням правотлумачення є встановлення балансу між динамікою та статикою в праві.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. – М. 2001
2. Мэри Энн Харрел, Барнетт Андерсон. Верховный суд в жизни Америки – М. 1995
3. Рабінович П.М., Федик С.Є. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). – Львів 2004
4. Рабінович П.М. Потребовий дослідницький підхід – інструмент з'ясування правової сутності прав людини. – Право України 2005, № 7
5. Рабінович П.М. Проблема джерел права як предмет давніх дискусій – Право України 2005, № 6
6. Х-Г. Гадамер. Истина и метод. Основы философской герменевтики. – М. 1988
7. Алексеев С.С. Общая теория права. Том 2 - М. 1982.
8. Сліденко І. Актуальне і корисне дослідження у царині прав людини. – Право України 2005, № 6
9. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова – М. 1997

О. Олинець

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – проф. П. М. Рабінович

**ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ОСНОВНИХ ПРАВ
ЛЮДИНИ В НІМЕЧЧИНІ**

Існує поняття „держави – нічного сторожа”, яким у 19 ст. була описана держава, яка по суті обмежувалась тим, щоб слідкувати за спокоєм і порядком особливо „вночі”[1;65] А „вдень” – коли суспільне життя пульсувало, вона давала собі відпочинок. В основу цього явища було покладено строге відокремлення держави від суспільства: ”Держава втілювалась у принципово незалежні від народу - владу в образі володаря і йому особисто підпорядкованих військових і державних службовців. Суспільство ж було незалежною від держави сферою впливу господарюючих громадян.”[1;23] Лише зважаючи на це зрозуміло, що означають основні права, як спосіб самозахисту від держави: вони захищають індивідів і сферу їх вільностей від втручання держави. Саме вони повинні були гарантувати свободу від держави. Тим не менше, ні суспільство не могло існувати без держави-воно отримувало внутрішню і зовнішню безпеку через владну монополію держави, ні держава існувати без суспільства – хто інший, як не громадянин повинен був сплачувати податки, виконувати військовий обов’язок і т.д. Таким чином, держава повинна була керувати вільним суспільством. Це було одним з досягнень конституційної держави, яку важко вибороти буржуазія і яке держава використовувала для втручання у власність і свободу своїх громадян, шляхом обрання народних представників. [1;31]

Раніше основні права існували в рамках закону, сьогодні ж закони існують в рамках основних прав. Віра в силу закону була такою великою, що громадяни думали: з їхньою співпрацею у законодавчому процесі захист їхніх основних прав буде достатньо гарантованим. Так, виникли типові для основних прав формулювання: „свобода особистої недоторканості”, в це право „ можна втручатися виключно на підставі закону” і т.д.

Відношення держави і суспільства відповідно до моделі „держави – нічного сторожа” досить змінилося. Демократична і соціальна правова держава не може обійтися без постійної співпраці своїх громадян і впливу суспільних груп, таких, як партії, об’єднання, профспілки. Суспільство потребує державу – здатну планувати, організовувати, функціонувати тому, що лише так – наприклад, через соціальну допомогу чи соціальне страхування більшості громадян буде можливий мінімум соціальної свободи. Отже сьогодні йдеться вже в т. ч. Про свободу як від держави так і надану державою. А держава об’єктивно існує в будь-якій її формі – для людини, а не навпаки.

Amnesty – International – всесвітньо відома правозахисна організація. Вона

відстоює додержання основних прав людини, як наприклад, право на життя і фізичну недоторканність, свободу особистості, права обвинуваченого, недопустимість смертної кари. [2;45] Все це є права і свободи, які закріплені в Основному законі Німеччини як основні. Це свідчить, що основні права і права людини те ж саме означають і „прагнуть” закріпити: права індивіда, як засіб самозахисту від держави. В Основному законі мають місце і права, які належать людині від природи і виявляють свою суть у конституційному праві. Коли люди „від народження вільні і рівні у правах” – що було оголошено у 1789р. у Франції – тоді ці права не потребують держави, яка їх надає. Вони існують також тоді, коли вони не закріплені позитивно у Конституції. Відтак основні права відрізняються від природних прав людини тим, що вони конкретніше означені і виявлені. Міжнародні основні права не мають в національній системі права ФРН власного місця. Всі основні права, закладені в міжнародних договорах, повинні бути спочатку перетворені в національне право. Лише тоді вони стають в розряд федеративних законів, не більше і не менше. Виняток становлять лише загальні правила прав народів, які відповідно до ст.25 Основного закону мають перевагу над законом. Каталог основних прав в конституціях земель діє лише всередині відповідної землі(ст.112 Основного закону) доки вони не суперечать основним правам в основному законі. Якщо вони вміщують певні обмеження, тоді за ст.31 Основного закону, вони вважаються такими, що не діють.

Носієм основних прав є той хто має основну правоздатність, тобто може дедукувати з основних прав власні суб'єктивні права. [3;78] Такі права є у живих осіб. Але є певні винятки, які стосуються недопустимості приниження мертвих (ст.2п.2), а також за певних умов юридичні особи можуть бути носіями основних прав(ст.19п.3 Основного закону).

Лише той, хто сам живе на острові може бути певним, що ніхто не втрутиться у його права і не обмежить їх. Чим більшою стає кількість людей, тим більшою стає можливість посягання на права одного, задля їх обмеження волею і основними правами іншого. Співжиття можливе лише за умови визнання і розуміння одним світогляду іншого. Встановлення межі між індивідуальною свободою і державним втручанням закладене майже у всіх основних правах.

Основний закон не дає вичерпної відповіді на питання, чи можливо відмовитися від основних прав. Відмова від основних прав не може мати місце, якщо особа не користується ними і не має на меті їх використання. Хто не бере участі у демонстрації, не висловлює свою думку, не вступає в жодне об'єднання - той використовує належні йому основні права через бездіяльність. Така „негативна свобода” найчастіше вже закладена в основних правах. [3;80] Відмова від основних прав має місце тоді коли на втручання в основні права буде надана згода носієм цих прав;наприклад, коли ув'язнена людина з хорошим станом здоров'я надає себе для проведення медичних досліджень. Межа відмови від основних прав встановлюється там, де вона порушує людську гідність. Але чи можна відмовитися від своєї гідності? Прикладом цього є справа „ яка розглядалася в Адміністративному суді ФРН. Особа подала скаргу до т.зв. Pipe –Show з приводу того, що жінки, які надають послуги у вигляді інтимних послуг, надавалися для огляду за окрему плату без відома жінок. У

відповідь, скаржнику заявили, що жінки, які там працюють, роблять це абсолютно добровільно і ніхто не змушується до відвідання цього шоу. Адміністративний суд ФРН задовольнив даний позов, посилаючись на ст. 1 Основного Закону. В Pipe-Show жінці відводилась принизлива роль. Порущувалась персональна „суб’єктивна позиція” жінок. Це спричинило те, що жінка, яка надавалася для огляду, слугувала як річ сексуальної стимуляції, за певну плату. Її згода при цьому не була вирішальною. Конституційний суд затвердив рішення, яким визнав позивача правим. [3;52]

Поряд з Основним законом основні права нормує Конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 року. Ці права застосовуються і діють внутрішньо – державно, як право Федерації. [4;98] Конвенція своєю преамбулою прагне забезпечити універсальне і дієве визнання основних прав, що в ній закріплені і через цю гарантію сприяти європейській інтеграції. У Розділі I вона нормує окремі права людини і можливості їх обмеження, Розділи II –IV закріплені можливості додержання зобов’язань, які постають з Конвенції для держав – учасниць і забезпечуються через такі установи як, Комісар з прав людини і Європейський суд з прав людини. Основні права у Конвенції покривають у своєму змісті більшу сферу, а ніж основні права закріплені у Основному законі, вони також є чіткіше обрамлені, а можливості їх обмеження більш конкретизовані, аніж деякі законодавчі обмеження Основного закону. Незважаючи на це, основні права Конвенції не є перепорою для внутрішньодержавного законодавця у процесі творення своєрідного, до деякої міри протилежного права.

Основні права розглядаються: по-перше, як суб’єктивні права, права індивідів, а також забезпечують одночасно правовий інститут чи свободу у певній сфері життєдіяльності; по-друге вони є основними елементами об’єктивного порядку у суспільстві. Зважаючи на подвійний характер, основні права діють, як мотивація певного статусу і встановлюють та забезпечують по своїй суті правове положення індивідів; як об’єктивні елементи демократичного і правового державного ладу, вони є складовою цього ладу, який у свою чергу може реалізуватися лише через актуалізацію цих суб’єктивних прав. [5;90]

ЛІТЕРАТУРА

10. Rolf Rödel „Grundrechte Ihre Rechte nach dem Grundgesetz“ DREISAM VERLAG,Köln,1992, 160 Seiten.
11. Heiner Bielefeldt, Volkmar Deile und Bernd Thomsen „AMNESTY INTERNATIAL. Menschenrechte vor der Jahrtausendwende“, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Mein, 1993,253 Seiten.
12. Hans-Joachim Hitschold „Staatsbürgerkunde“,Richard Boorberg Verlag, Stuttgart,1994, 352 Seiten.
13. Wolfgang Rohr „Staatsrecht mit Grundzügen des Europarechts. Ein Basisbuch“, Carl Heymans Verlag, Köln, 2001,546 Seiten.
14. Werner Glenewinkel „Special-Grundrechte“, Rowohlt, Hamburg, 1995,141 Seiten.

SUMMARY

In this work are explored the basic theoretical aspects of basic human rights in Germany. Understanding of basic human rights as rights which come forward the method of self-defense from the state is a substantive conceptual provision. They enable to the individual to ward off illegal limitation of the constitutional status by state authority by a legal way.

In a free constitutional line-up such rights are necessary, because even democracy is domination of people above people, where also credible attempts of misfeasance. Providing of freedom and equality of individuals is possible only through forming of constitutional democratic line-up and legal state.

Розділ II

Конституційно-правові та фінансові дослідження

N. Anisimova

Deutschland

Universität Regensburg

Wiss. Leiter - Prof. Dr. R. Arnold

AUFSTELLUNG VON WAHLBEWERBERN BEI REGIONALWAHLEN IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Alle Länder der Bundesrepublik Deutschland bestimmen ihre Wahlsysteme sowie andere Regelungen, die während der Regionalwahlen gelten, völlig selbständig. Das bedeutet, dass Wahlrecht und Wahlverfahren sind in verschiedenen Bundesländern nicht gleich. Dies betrifft auch die Normen, die die Aufstellung von Wahlbewerbern in den Ländern der BRD regeln.

Zuerst muss man bemerken, wie die Aufstellung von Wahlbewerbern in den Ländern der BRD geregelt ist. Die wichtigsten Normen über die Aufstellung von Wahlbewerbern sind in den Landeswahlgesetzen zu finden (LWG). Es gelten auch die Landeswahlordnungen (LWO), die einige Normen der Landeswahlgesetze aufklären und Mechanismus ihrer Durchführung festlegen. Außerdem, sind bei den Regionalwahlen in Deutschland Parteiengesetz und einige weitere Gesetze und Verordnungen sowie Praxis des Bundesverfassungsgerichtes zu beachten.

Bei der Aufstellung von Wahlbewerbern sollte man Wahlkreisvorschläge und Landeslistenvorschläge unterscheiden. In fast allen Ländern der BRD sind gemischte Wahlsysteme eingeführt. Manche Kandidaten werden in den Wahlkreisen individuell aufgestellt. Es gibt gewöhnlich auch eine andere Möglichkeit – Gesamtheit der Kandidaten in Landeslisten einzuschreiben und dem Landeswahlleiter (der Landeswahlleiterin) einzureichen.

Wahlkreisvorschläge dürfen in meisten Ländern der BRD von politischen Parteien und von Wählergruppen eingereicht werden (z. B. Art. 23 LWG Bayern, § 7 Abs. 1 LWG Bremen). Es gibt auch einige Bundesländer, die dieses Recht den einzelnen, nichtorganisierten Wahlberechtigten einräumen (z. B. § 10 Abs. 1 LWG Berlin).

Landeslisten können in den Ländern der BRD nur von politischen Parteien eingereicht werden (z. B. § 29 Abs. 1 LWG Tübingen). Es ist ganz logisch, weil bei Verhältniswahl eine Konkurrenz der Ideologien verläuft. Es ist üblich, dass die Landeslisten nur bei solchen Rechtssubjekten aufgestellt werden, die nicht nur organisiert sind, sondern auch ein bestimmter politischer Programm haben.

Hinsichtlich der Parteien gibt es noch einige Besonderheiten bei den Regionalwahlen in der BRD. Die Parteien, die nicht parlamentarisch vertreten sind und deren Parteieigenschaft der Bundeswahlausschuss bei der letzten Wahl zum Deutschen Bundestag nicht festgestellt hat, können, nach allgemeiner Regel, einen Wahlvorschlag nur einreichen, wenn sie dem Landeswahlleiter (der Landeswahlleiterin) ihre Beteiligung an der Wahl schriftlich angezeigt haben (z. B. § 18 Abs. 2 LWG Sachsen). Dieser Anzeige sind die schriftliche Satzung und das schriftliche Programm der Parteien sowie ein Nachweis über die satzungsgemäße Bestellung des Vorstandes gewöhnlich beizufügen (z. B. § 24 Abs. 2 S. 4 LWG Schleswig-Holstein). Eine solche Regel ist in den Bundesländern sowie auch auf Bundesebene in Deutschland vorgesehen, damit die Verfassungsmässigkeit der Programmen und der Zielen der Tätigkeit von denjenigen Parteien noch mal geprüft wird und Demokratie bei den Wahlen gesichert wird. Man stellt auch die Parteieigenschaft solcher Parteien zur Zeit der Wahl noch mal fest.

Kreiswahlvorschläge von Parteien, die nicht parlamentarisch vertreten sind, und Kreiswahlvorschläge von „ordentlichen“ Bürgern müssen von einer bestimmten Anzahl der Wahlberechtigten unterschützt sein. Zu diesem Zweck wird die Unterschriftensammlung durchgeführt. Gesetzgebung verschiedener Bundesländern sieht unterschiedliche Vorschriften vor. In einigen Ländern der BRD genügen die Unterschriften von 100 Wahlberechtigten des Wahlkreises (z. B. § 20 Abs. 2 S. 2 LWG Sachsen, § 22 Abs. 5 Nr. 3 S. 4 LWG Mecklenburg-Vorpommern). In anderen müssen mindestens 300 Wahlberechtigten des Wahlkreises ihre Zustimmung bestätigen (z. B. § 16 Abs. 4 LWG Saarland).

Landeslisten von Parteien, die nicht parlamentarisch vertreten sind, müssen auch besonders unterschützt sein. Die Anzahl der notwendigen Unterschriften der Wahlberechtigten ist hier aber bedeutsam hoher. In Sachsen und in Tübingen macht das, zum Beispiel, 1 000 Unterschriften (§ 27 Abs. 1 S. 2 LWG Sachsen, § 29 Abs. 1 S. 1 LWG Tübingen). In Berlin müssen Landeslisten von mindestens 2200 Wahlberechtigten persönlich und handschriftlich unterzeichnet sein (§ 10 Abs. 8 und 9 LWG Berlin). Die Begründung ist, dass Landeslisten in ganzen Ländergebieten aufgestellt werden.

In der Wahlrechtsgesetzgebung weniger Länder der Bundesrepublik Deutschland werden die genauen Zahlen der Unterschriften nicht bestimmt. Bremisches Landeswahlgesetz sieht es zum Beispiel vor, dass Wahlvorschläge von Parteien, die nicht parlamentarisch vertreten sind, und von Wählervereinigungen müssen von 1 vom

Tausend der Wahlberechtigten des Wahlbereichs persönlich und handschriftlich unterzeichnet sein (§ 18 Abs. 2 S. 2 LWG Bremen).

Wenn es um diejenigen Parteien geht, die parlamentarisch vertreten sind, genügt es nach Wahlrechtsgesetzgebung der meisten Länder der BRD, dass ihre Wahlvorschläge von Mitgliedern des Vorstands des Landesverbands oder Gebietsverbandes (wenn in irgendwelchem Land keinen Landesverband oder keine einheitliche Organisation gibt) unterzeichnet werden (z.B. § 24 Abs. 2 S. 1 LWO Baden-Württemberg). Es gibt aber die Ausnahmen. In Bayern, zum Beispiel, sieht das Landeswahlgesetz vor, dass diejenigen Parteien, die bei der letzten Landtagswahl im gesamten Wahlgebiet mindestens 1,25 v. H. der abgegebenen gültigen Stimmen nicht erhalten haben, die Unterschriften der Wahlberechtigten auch sammeln müssen. Nach § 27 Abs. 1 LWG Bayern müssen ihre Wahlkreisvorschläge von 1 von Tausend der Stimmberechtigten des Wahlkreises, jedoch höchstens von 2 000 Stimmberechtigten persönlich unterzeichnet sein.

Wahlgesetze der Länder der Bundesrepublik Deutschland stellen es fest, dass in jedem Wahlvorschlag eine Vertrauensperson und eine stellvertretende Vertrauensperson bezeichnet werden sollen (z. B. § 18 Abs. 1 LWG Saarland, „ 27 Abs. 1 S. 1 LWG Schleswig-Holstein). Das ist für die Sicherung der Verantwortlichkeit im Wahlrecht sehr wichtig. Bestimmung einer Vertrauensperson und besonders einer stellvertretenden Vertrauensperson ist auch bei der operativen Lösung der Probleme, die im Wahlverfahren aufkommen können, sehr effektiv.

Eine wichtige Garantie der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt ist die Pflicht der Wahlbewerber ihre Zustimmung der Teilnahme an der Wahl schriftlich zu erklären (z. B., § 10 Abs. 7 LWG Berlin, § 19 S. 1 LWG Niedersachsen).

Kreiswahlvorschläge sind dem Kreiswahlleiter (der Kreiswahlleiterin), Landeswahlvorschläge dem Landeswahlleiter (der Landeswahlleiterin) schriftlich einzureichen (z. B. § 19 Abs. 1 LWG Saarland). Danach werden die Wahlvorschläge geprüft. Stellt ein Kreiswahlleiter (eine Kreiswahlleiterin) bei einem Kreiswahlvorschlag Mängel fest, so benachrichtigt er (oder sie) sofort die Vertrauensperson und fordert sie auf, behebbare Mängel rechtzeitig zu beseitigen (z. B. § 27 Abs. 1 LWG Thüringen). Bei der Landtagslistenreicherung und -prüfung gilt das gleiche.

Gemäß Wahlgesetzgebung der meisten Länder der Bundesrepublik Deutschland kann ein Wahlvorschlag nach Ablauf der Einreichungsfrist nur durch gemeinsame schriftliche Erklärung der Vertrauensperson und der stellvertretenden Vertrauensperson und nur dann geändert werden, wenn eine Bewerberin oder ein Bewerber stirbt oder die Wählbarkeit verliert (z. B. § 21 LWG Saarland).

Ein Kreiswahlvorschlag kann auch durch gemeinsame schriftliche Erklärung der Vertrauensperson und der stellvertretenden Vertrauensperson zurückgenommen werden, solange nicht über seine Zulassung entschieden ist (z. B. § 25 S. 1 LWG Mecklenburg-Vorpommern). In manchen Ländern der BRD ist es auch festgesetzt, dass ein von Wahlberechtigten unterzeichneter Kreiswahlvorschlag von der Mehrheit der Unterzeichner durch eine schriftliche, öffentlich beglaubigte Erklärung zurückgenommen werden kann (z. B. § 23 LWG Sachsen). Das ist eine sehr

demokratische Entscheidung. Problem liegt aber darin, dass die Mehrheit der Unterzeichner ist mit der Mehrheit der Wahlberechtigten, die einem Wahlbewerber als ihren Vertreter ansehen, nicht immer gleich.

Die Landeslisten können auch geändert werden; die einzelnen Wahlbewerber können aus den Listen ausgeschnitten werden. Nach den Wahlgesetzen der Länder der BRD tritt bei Ausscheiden von einer Person an ihrer Stelle die nächste Person aus der Liste derselben Partei.

Im Rahmen der festgesetzten Fristen entscheiden die Wahlorgane der Länder der Bundesrepublik Deutschland über die Zulassung der Wahlvorschläge. Regelmässig haben sie ein Recht, diejenige Wahlvorschläge zurückzuweisen, die verspätet eingereicht sind oder den Anforderungen nicht entsprechen, die durch Landeswahlgesetzgebung aufgestellt sind (z. B. § 34 Abs. 1 S. 2 LWG Bayern). Weist der Wahlausschuss einen Wahlvorschlag ganz oder teilweise zurück, so kann Beschwerde erhoben werden. Form, Frist und Verfahren sind in Wahlgesetzen sowie in Wahlordnungen der Bundesländer bestimmt.

Letztlich werden die zugelassene Wahlvorschläge öffentlich bekannt gemacht (z. B. § 24 Abs. 1 LWG Bremen, § 26 Abs. 2 LWG Hamburg).

SUMMARY

The article analyses regulation of candidates' promotion in legislation acts of regions of the Federal Republic of Germany. This field is very interesting for research, because all sixteen federal lands of Germany regulate their elections differently. The analysis shows that the way of candidates' promotion in various federal "lands" of Germany is not the same. In some regions the candidates' promotion - rules are very democratic, but not incontrovertible. The examples from the legislation of "lands" of the Federal Republic of Germany are being adduced. The author emphasizes that electoral legislation of the federal "lands" of Germany reflects typical German traditions and specific features and conditions of these regions.

Key-words: candidates' promotion, federal lands, elections.

L. Griškevič

Lithuania

Vilnius University

Research adviser – dr. Z Namavičius

SEPARATION OF POWERS AND THE EXECUTIVE IN THE USA

The USA Constitution enacted by Convention in Philadelphia in 1787 did not define the separation of powers: one will not find such words there. Still, it is obvious now that Founding Fathers had such an idea in their minds and the Constitution was constrained in such a way that the powers would be not only separated but also balanced. Time after time, some discussions concerning the objects of the separation of powers occur. One side claims that the separation of powers and checks and balances exist just for the prevention of tyranny, others reply that the efficiency of government should also be taken into account. Likely, it is narrow-minded to envisage only one object of the separation of powers. In 1787 Constitution the tyranny prevention was the main, because “in republican government, the legislative authority necessarily predominates” [2] but not the only object to achieve. Madison named the Federalist [3] No. 48 “These Departments Should Not Be So Far Separated as to Have No Constitutional Control Over Each Other”. Though J. Madison argued that it should led to the concentration of powers and the lost of freedom it also would stick the government in the endless disputes and polemics. He saw the “the greatest of all reflections on human nature” [2] in the government.

J. Madison was the one who defended the separation of powers doctrine stated in the Constitution in the Federalist’s articles. It was governmental experience of states [4, P. 13] which led to the powers of the Congress and checks upon it. The Framers were afraid of the boundless powers of the legislature. J. Madison cited T. Jefferson “One hundred and seventy-three despots would surely be as oppressive as one. <...> An *elective despotism* was not the government we fought for; but one which should not only be founded on free principles, but in which the powers of government should be so divided and balanced among several bodies of magistracy, as that no one could transcend their legal limits, without being effectually checked and restrained by the others” [2]. But after 1973 J. Madison proclaimed “It is necessary to adhere to the “fundamental doctrine of the Constitution that the power to declare war is fully and exclusively vested in the legislature” [5].

During two centuries the balance of powers in the government was not stable. Only the judiciary power grew consistently, the legislature and the executive were exchanging dominance [6, P. 649] subject to political situation and historical issues. There is a lot of concern of growing presidential power in the USA today, but where was this concern during the last century? Maybe the scholars were concerned but not the congressmen (maybe except rare exceptions like Watergate). Many scholars are blaming the President for his constitutional powers abuse and creating the imperial

government. But other scholars have begun to maintain the same about the Congress some time ago. [8] The Congress practice shows that this institution was delegating functions to the executive constantly [9] and only now there is some willingness to control the executive more strictly. But other question should be raised then – will the Congress be able to handle with all the situations the executive does. The Congress delegated many functions to the executive because could not handle with new challenges arisen. [1] Secondly, a big deal of laws is passed by the executive initiative in the Congress. A lot of time is wasted for supervision of the agents they have created. The other part of time is spent to supervise the implementation of laws by creating various commissions. [9] So here comes the old argument for the executive – it is the executive to react fast and adequate to any emergence, it is the executive to be widely seen by the public (the source of all the governmental powers), it is the executive to be clearly observed by other checks. Seemingly, this and much more reasons scenario led to the present situation in balancing the powers in the USA.

The President power today has become stronger than ever. Recent Samuel A. Alito appointment for the Supreme Court clears that the Supreme Court will be looking towards the strong President for the next decades.

There could be a reason to doubt about the S. Calabresi and J. Lindgren opinion about the President's role in the USA custody and foreign policy as well. [12] They claim that in the custody policy the President simply do not have enough powers under Constitution and in foreign policy everything depends on the sum of money given by Congress. But the latest history gives us opposite examples. In 1995 President B. Clinton signed an executive order which prohibited the federal government from doing business with companies that hire permanent replacements for workers who are on Strike [13]. It is the best example of the interruption into the domestic affairs. Other example is President's G. W. Bush executive order enacting the "spying law". And now the man who proposed this document is leading the CIA (the military leads the civil organization) and it does not matter what the President is going to do, is he going to change it or not. This action is still the example of how a one person can violate the civil freedoms: no difference why he says he does so: for public safety or anything else. President F. D. Roosevelt was also claiming to act for the public good (truly he was seeking to have the Court in his pocket) when in 1937 he proposed to change the number of the judges in the Supreme Court of the USA [14]. President A. Lincoln was acting for the public save then he enacted the executive order letting arrest people having different ("not right") ideology [15]. A history can give more examples but this only support the standing that the President's power can be abusive and sometimes it is.

But does the USA (particularly the Congress) have another choice than just sitting around and watching how everything is going under the President's control? Perhaps it does. Lately, the congressmen have reminded that the President does not have the authority to start a war in Iran [16]. Still, it is not the reason to believe that the Congress have much power in this sector. Historically, it was foreseen that the President have no right to declare a war (still having the right to decide on the army disposure).

The Presidents in the USA exerted military force on foreign soil without

congressional authorization for many times: there were a hundred of such activities and only five of them were confirmed by the Congress as it was proclamation of a war. [19] Despite such a practice the Congress have enough powers to balance the President's activity by reducing the budget part for the Army or reducing the number of soldiers etc. One may argue the President would veto such a decision, but the Congress has a power to override the President's veto. There is other question – is the Congress able to do so? The legislative often (almost always) consists on the interests' balance and finally one interest prevails. [1] Often it happens to be a party subordination. So, according to the name of the article written by D. Levinson and R. Pildes [20], there is also “the separation of parties, not powers” and the opposite party will need several years to gain a vast majority in both the House of Representatives and the Senate, not taking into account that something extraordinary may happen (for instance 9/11). But is not it a sense of the separation of powers doctrine? “The great security against a gradual concentration of several powers in the same department, consist in giving to those who administer each department, the necessary constitutional means, and personal motive, to resist encroachments of the others” [2].

Still, the words written in the *Steel Seizure Case* [10] by Mr. Justice Jackson are truly worthy: “With all its defects, delays and inconveniences, men have discovered no technique for long preserving free government except that the Executive be under the law, and that the law be made by parliamentary deliberations”.

Finally, it could be stated, that the Congress of the USA is weak today and only it can try to change this situation. It seems like America has forgotten the founding objectives of the Constitution. It looks like the opinion prevail that the system does not matter, matters only the effectiveness. So, the USA is consequently receding from the objectives sought by Constitution. A lot depends on the ongoing Presidents in the future – there have been moments in the USA history when after the Presidential elections the powers went back to the Congress. Still, there is a question on the future of the “madisonian structure”. There was a successful implementation of Aristotel's golden mean in the USA governmental system. The Branches should try to keep on working the “checks and balances” system which survived and stood up for so many years. If it still exist.

LIST OF USED SOURCES:

1. Larry Kramer. The Lawmaking Power of the Federal Courts: Pace Law Review – 1992.
2. The Federalist No. 51.
usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/fed/federa51.htm.
3. The Federalist No. 48.
4. usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/fed/federa48.htm.
5. Мишин А. А. Принцип разделения властей в конституционном механизме США. Москва: Наука – 1984.
6. Rakove N. J. Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution. New York: Alfred A. Knopf – 1996. Quated in Gonsalves S. What James Madison would do?
<http://www.alternet.org/columnists/story/30997>.

7. Encyclopedia of Democratic Fought. Edited by Clarke P. B. And Foweraker J. Routledge, London and New York – 2001.
8. The White House. Richard Nixon. <http://www.whitehouse.gov/history/presidents/rn37.html>.
9. Levi Edward H., Some Aspects of Separation of Powers: Columbia Law Review – 1976.
10. Kurland Philip B., The Rise and Fall of the “Doctrine” of Separation of Powers: Michigan Law Review – 1986-1987.
11. The decision of the Supreme Court of the United States of America in 1952 case Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579.
12. Alliance for Justice. Report on the Nomination of Samuel A. Alito to the United States Supreme Court. <http://www.supremecourtwatch.org/alitofinal.pdf>.
13. Calabresi, Steven G. and Lindgren, James T. The President: Lighting Rod or King?: Yale Law Journal – 2006.
14. Vo Ch. Separation of Powers. <http://everything2.com/index.pl?node=separation%20of%20powers>.
15. Teaching with Documents: Constitutional Issues: Separation of Powers. www.archives.gov/education/lessons/separation-powers/.
16. Mathews K. M. Restoring The Imperial Presidency: An Examination Of President Bush’s New Emergency Powers: Hamline J. Pub. L. & Pol’y – 2001-2002.
17. Clinton: No Military Action on Iran without Congressional Authority, February 14, 2007. <http://clinton.senate.gov/news/statements/details.cfm?id=269287>.
18. The Federalist No.79. usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/fed/federa79.htm.
19. Germond J., Witcover J. To Declare War or Not to--A Constitutional Crisis?: San Diego Union, 14 December 1998, B11. Quoted in Bandow D. NATO's Balkan Disaster: Wilsonian Warmongering Gone Mad. http://muse.jhu.edu/demo/meiterranean_quarterly/v010/10.3bandow.html.
20. Gaziano T., Groves S. Walsh B. Congress's Iraq Resolutions: Without Resolve or Constitutional Purpose. www.heritage.org/research/Middleeast/wm1347.cfm.
21. Levinson D. J., Pildes R. H. Separation of Powers, not Parties: Harvard L. Rev. – 2006.

SUMMARY

This article deals with how the executive were gaining its powers during the history and what separation of powers between the executive and the legislative means today. The separation of powers though not mentioned in the USA Constitution was undoubtedly foreseen by the Founding Fathers. The powers of the judiciary, the legislative and the executive have to be separate but also they have to control each other. Such a system is called “checks and balances”. The USA is facing the executive dominance in governmental structure today and only the legislative have enough capacity to balance these powers.

Key-words: “checks and balances”, separation of powers, Founding Fathers.

P. Dzido

Polska

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej

Promotor naukowy – prof. Dr hab. Jan Szreniawski

**ZARZĄD POWIATU JAKO WYKONAWCZY ORGAN
SAMORZĄDU W POLSCE**

Wprowadzenie

Reforma samorządowa przyniosła obywatelom Polski kolejną sposobność do uzewnętrznienia potrzeby udziału w szeroko pojętej sferze działalności polityczno-społecznej. Wybór członków rad powiatowych niejednokrotnie nie idzie w parze z wiedzą o istocie ich funkcjonowania. Nie oznacza to bynajmniej, że odczucia zwykłych obywateli odnośnie tej sfery są bliskie obojętności. Swoista „młodość” powiatu jest jego zaletą, a kolejne lata funkcjonowania upewnią nas czy jego forma nie wymaga pewnej korekty.

Zarząd powiatu

Do organów powiatu ustawa o samorządzie powiatowym zalicza, oprócz rady, zarząd powiatu – organ wykonawczy. Zarząd sprawuje swe funkcje kolegalnie. W jego skład wchodzi starosta jako przewodniczący zarządu, jego zastępca oraz pozostali członkowie zarządu. Istotnym jest to, że członkostwa w zarządzie nie można łączyć z członkostwem w innym organie odmiennej jednostki samorządu terytorialnego, ani też pracą w administracji rządowej. Zakaz ten dotyczy również osób posiadających mandat posła i senatora. Celem tego przepisu jest uniknięcie konfliktu interesów potencjalnych członków zarządu, a także ograniczenie wpływu innych jednostek samorządu terytorialnego oraz administracji rządowej na działalność powiatu.

Zarząd składa się od 3 do 5 osób i jest w całości wybierany przez radę w ciągu 3 miesięcy od ogłoszenia wyników wyborów do rady powiatu. Wyboru starosty dokonuje się bezwzględną większością głosów ustawowego składu rady. Dla wyboru pozostałej części zarządu wystarczy zwykła większość uzyskana podczas obecności, co najmniej połowy ustawowego składu rady. Głosowanie jest tajne.

W doktrynie panuje spór czy członkami zarządu mogą zostać osoby spoza rady powiatu. Przeważa pogląd, iż takie rozwiązanie jest możliwe. Niewątpliwie jest natomiast, że niemożliwe jest powołanie członka zarządu bez zgody starosty, który przepisami ustawy o samorządzie powiatowym jest jako jedyny uprawniony do zgłaszania radzie kandydatów na członków zarządu.

Rada powiatu jest zobligowana do wyboru zarządu w okresie 3 miesięcy od ogłoszenia wyników wyborów. Jeśli nie uczyni tego w wyżej wskazanym terminie, wówczas ulega rozwiązaniu z mocy prawa. W ciągu kolejnych 3 miesięcy wojewoda zarządza wybory przedterminowe. W sytuacji, gdy rada powiatu ponownie nie wyłoni zarządu, Prezes Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw

administracji publicznej ustanawia komisarza rządowego, który uzyskuje uprawnienia tak rady jak i zarządu powiatu.

Obecnie pragnę zasygnalizować proces odwołania zarządu i poszczególnych jego członków. W związku z tym, że rada jest uprawniona do wyboru składu zarządu, posiada ona uprawnienie do odwołania osób wchodzących w skład zarządu, bądź też całego zarządu. W tym celu niezbędny jest wniosek minimum $\frac{1}{4}$ ustawowego składu rady. Wniosek winien być sformułowany pisemnie i niezbędnym jest, aby zawierał uzasadnienie odwołania. Do wniosku dołączona jest opinia komisji rewizyjnej w przedmiocie sprawy.

Do odwołania zarządu, poszczególnych jego członków potrzebna jest większość $\frac{3}{5}$ ustawowego składu rady. Głosowanie jest tajne. Ustawa jednoznacznie wskazuje, że głosowanie w kwestii odwołania może mieć miejsce po zapoznaniu się z opinią komisji rewizyjnej, nie wcześniej niż po upływie miesiąca od złożenia formalnego wniosku, co do odwołania. W sytuacji niepowodzenia grupy radnych popierających wniosek, mogą oni ponownie próbować swych sił po upływie minimum 6 miesięcy od poprzedniego głosowania.

Odmienne kwestią jest wniosek o odwołanie zarządu w związku z nieuzyskaniem przez niego absolutorium. Wniosek powyższy rozpoznaje rada na sesji zwołanej po upływie 14 dni od momentu podjęcia uchwały o nieudzieleniu absolutorium. Niezbędne jest zapoznanie się przez radę z opinią komisji rewizyjnej, regionalnej komisji obrachunkowej, uchwałą tej ostatniej w przedmiocie uchwały o nieudzieleniu zarządowi absolutorium. Do odwołania rady niezbędne jest uzyskanie $\frac{3}{5}$ głosów ustawowego składu rady. Głosowanie jest tajne.

Można śmiało stwierdzić, iż wymagania, co do odwołania zarządu są wysokie. Powodują one, iż cała procedura jest niezwykle skomplikowana i czasochłonna. Z drugiej strony zapobiega częstym zmianom zarządu, zawirowaniom personalnym, niepewności działania. Wymagalna większość $\frac{3}{5}$ głosów daje znaczny komfort funkcjonowania. Jest poważną barierą dla grupy osób, które zgłaszają wniosek, niezależnie czy jest on uzasadniony, czy też nie. W razie nieuzyskania wymaganej liczby głosów, zarząd pełni swe funkcje mimo nieudzielenia mu absolutorium.

Należy pamiętać, iż odwołanie, ewentualnie rezygnacja starosty pociąga za sobą odwołanie całego składu zarządu, czy też odpowiednio jego rezygnację.

Sam starosta może wnioskować o odwołanie poszczególnych członków zarządu. W tym przypadku wymagania, co do liczby głosów są mniejsze, niż jak to ma miejsce przy wniosku radnych, czy też procedurze następującej po uchwale o nieudzieleniu zarządowi absolutorium. Wystarczy zwykła większość głosów w obecności minimum połowy ustawowego składu rady. Jeśli takowa większość zostanie osiągnięta, nowego członka zarządu należy wybrać w okresie jednego miesiąca od chwili odwołania. W przypadku odwołania całego zarządu termin ten wynosi 3 miesiące.

Ustawa reguluje także sytuację, gdy sam radny składa rezygnację z pełnienia swej funkcji. Rada przyjmuje jego rezygnację w formie uchwały po upływie miesiąca od złożenia przez radnego stosownego oświadczenia. Nie podjęcie decyzji w powyższym terminie oznacza przyjęcie dymisji. Za dzień jej przyjęcia uważa się ostatni dzień miesiąca, w którym uchwała winna zapaść.

Po szczegółowym omówieniu kwestii odwołania zarządu i jego poszczególnych członków pragnę przedstawić podstawowe zadania zarządu. Kwestię tą reguluje art.32 ustawy powiatowej. W ust.1 tegoż artykułu ustawodawca wskazuje na zarząd jako podstawowego wykonawcę uchwał rady powiatu. Ponadto nakazuje wypełniać zadania powiatu „określone przepisami prawa”. Katalog jest ogólny i otwarty. Przykładowe zadania zarządu przedstawione są w ust.2. i tak według przepisów ustawy zarząd zajmuje się przygotowaniem uchwał, następnie ich wykonaniem. W jego gestii leży szeroko pojęte gospodarowanie mieniem powiatu. Jest podstawowym wykonawcą budżetu uchwalonego przez radę powiatu. Decyduje także o powierzeniu odpowiednim osobom kierowania poszczególnymi jednostkami organizacyjnymi.

Do innych zadań powiatu, które można bezpośrednio wskazać, czy też pośrednio wyinterpretować z przepisów, należy zaliczyć wydawanie decyzji administracyjnych, powiatowych przepisów porządkowych, szczegółowe prace nad projektem budżetu, następnie wydawanie decyzji w celu jego wykonania.

Rozmiar zadań i ich skomplikowany charakter sprawiają potrzebę budowy sprawnej administracji w celu realizacji obowiązków nałożonych przez ustawę. W tym też służyć ma starostwo powiatowe. Jego strukturę oraz funkcję przedstawię wraz z omówieniem instytucji starosty i jego administracji.

W tym miejscu zamierzam się skupić na przedstawieniu instytucji starosty i administracji skupionej wokół tego urzędu.

Starosta jest przewodniczącym zarządu powiatu – organu kolegialnego. W związku z powyższym organizuje on prace zarządu, a w wyjątkowych sytuacjach może wykonywać kompetencje całego zarządu. Chodzi tu o sprawy niecierpiące zwłoki oraz stany zagrożenia. Jednak jego decyzje podjęte w zastępstwie zarządu wymagają akceptacji na następnym posiedzeniu organu wykonawczego powiatu. Istotnym jest fakt, że starosta nie jest uprawniony do wydawania przepisów porządkowych.

Ustawa szczegółowo reguluje uprawnienia starosty. Kształtuje ona pozycję przewodniczącego zarządu jako osoby reprezentującej powiaty w stosunkach zewnętrznych. Ponadto oddaje w jego ręce organizację działalności zarządu i starostwa powiatowego, również kierowanie bieżącymi sprawami samorządu powiatowego.

Starosta zwołuje i przewodniczy obradom zarządu. On też przygotowuje plan dyskusji i projekt porządku obrad. W celu zapewnienia płynnej pracy zarządu wraz z podległym mu starostwem powiatowym zapewnia niezbędne materiały i techniczną obsługę posiedzeń zarządu.

Inne znaczące uprawnienia starosty to zwierzchnictwo służbowe nad kierownikami jednostek organizacyjnych powiatu oraz nad pracownikami starostwa. W stosunku podległym są wobec starosty także powiatowe inspekcje, służby czy też staże.

Spółeczeństwo odbiera instytucję starosty dosyć jednostronnie, często zapominając, iż jest to zazwyczaj osoba w dużym stopniu zależna od woli większości radnych, którzy stanowią jego ważne zaplecze polityczne. Na starostę spada zwykle polityczna odpowiedzialność za niepowodzenia, które mogą być spowodowane nie

tylę jego czy zarządu postępowaniem, ale wynikają z niefrasobliwości lub tzw. „wesolej polityki” rady powiatu. Z tego punktu uważam, że niezwykle istotnym jest, aby na czele zarządu powiatu stała osoba o silnej pozycji moralnej i politycznej w danej społeczności. Rozwiązaniem najlepszym z możliwych jest sytuacja, gdy lider frakcji, która uzyskała najwięcej miejsc w radzie powiatu zostawał niejako automatycznie przewodniczącym zarządu. Analiza funkcjonowania powiatu pokazuje jednak inną regułę. Niezwykle trudne jest zbudowanie stabilnej większości w radzie powiatu, która jest w stanie dojść do porozumienia najpierw kwestiach personalnych, a w następnej kolejności stanowić gwarancję spokojnej i wydajnej pracy zarządu.

Dla zmiany tej sytuacji często słychać opinie o potrzebie zmiany systemu przeliczania głosów w wyborach do rady powiatu. Mówi się także o potrzebie nowelizacji ustawy o samorządzie powiatowym w kierunku przyznania staroście większych uprawnień i faktycznym uniezależnieniu go od często niestabilnej i zmiennej w swej polityce rady powiatu. Wiązałoby się to z ustanowieniem bezpośredniego wyboru starosty przez wspólną samorządową, a w konsekwencji stawiało ten urząd na równi z funkcją wójta, burmistrza czy prezydenta.

Konieczność zmian jest moim zdaniem nieunikniona. W przeciwnym razie samorządowi powiatowemu grozi nadmierne upolitycznienie, co w dalszej kolejności pociągnie za sobą falę partyjnictwa i spowoduje osłabienie ogólnej istoty samorządności w Polsce.

Na wyżej przedstawiony stan faktyczny ma też wpływ wola ustawodawcy, który w wielu sytuacjach nie określił ściśle uprawnień starosty. Brak takiej regulacji odnośnie reprezentowania powiatu przez starostę na zewnątrz. W związku z tym można domniemywać, iż istotą tej reprezentacji będą jedynie faktyczne czynności o charakterze niewładczym. W konsekwencji w sprawach majątkowych ustawodawca przyjął zasadę reprezentacji łącznej, pozbawiając tym samym starostę prawa składania samodzielnych oświadczeń woli dotyczących problemów majątkowych.

Z drugiej strony starosta uzyskał możliwość niezależnego wobec rady i reszty zarządu działania wobec spraw niecierpiących zwłoki, kiedy istnieje zagrożenie dla dobra publicznego czy też istnieje realne zagrożenie dla zdrowia i życia mieszkańców wspólnoty samorządowej. Starosta podejmuje wszelkie czynności, które uzna za stosowne dla odśunięcia istniejącego zagrożenia. Tu jednak również ustawodawca wprowadził dwa ograniczenia. Starosta nie jest uprawniony do wydawania przepisów porządkowych. Ponadto w zakresie podjętych przez niego czynności jest on zobowiązany do przedłożenia ich do zatwierdzenia zarządowi na najbliższym posiedzeniu.

Jak wynika z powyższej analizy pozycja i rola starosty nie jest jednoznaczna. W sprawowaniu swej funkcji napotyka on przeszkody, które w istotny sposób hamują jego działania. W moim mniemaniu należy zastanowić się nad koniecznością zmian legislacyjnych, które w znacznym stopniu umocniłyby pozycję tego urzędu, czyniąc jednocześnie odpornym na polityczne gry i zawirowania.

Skuteczne i prężne działania powiatu nie ma miejsca bez integralnego kolektywu urzędników. Na skuteczność działania powiatu mają niebagatelny wpływ sekretarz powiatu, skarbnik i starostwo powiatowe.

Urząd sekretarza i skarbnika ze swej specyfiki wymaga pewnych konkretnych kwalifikacji. Wyboru dokonuje rada powiatu. Starosta przedstawia kandydatów, więc to on faktycznie wskazuje osoby, z którymi pragnie współpracować. Skarbnik i sekretarz wydatnie włączają się w pracę zarządu. Posiadają także tzw. głos doradczy

podczas obrad rady, także obrad poszczególnych komisji.

Do zadań sekretarza należy zaliczyć opiekę nad organizacyjną i merytoryczną obsługą obrad rady i zarządu. Koordynuje on bieżącą działalność starostwa i jednostek organizacyjnych powiatu. Czuwa nad terminowym regulowaniem zobowiązań. Realizuje zadania zlecone mu przez zarząd powiatu, bądź samego starostę.

Skarbnik jest, inaczej mówiąc, głównym księgowym powiatu. Oczywistym jest, że kompetencje tego urzędu dotyczą przede wszystkim spraw majątkowych. Ustawa o samorządzie powiatowym jednoznacznie wskazuje, iż szereg czynności jest obwarowany obligatoryjną kontrasygnatą skarbnika. Jeśli taka nie ma miejsca, czynnikiem zobowiązującym skarbnika do jej udzielenia jest pisemne polecenie starosty. Skarbnik dokonuje kontrasygnaty, jednocześnie powiadamia radę powiatu i regionalną izbę obrachunkową o fakcie polecenia ze strony starosty.

Sprawne funkcjonowanie samorządu, jego organów uzależnione jest od sprawnej administracji pomocniczej. W powiecie funkcję to spełnia starostwo powiatowe. Z jego pomocy korzysta nie tylko starosta (jakby wskazywała nazwa), lecz także zarząd powiatu, rada, komisje. Organizację i strukturę starostwa określa statut organizacyjny, uchwalany na wniosek zarządu przez radę powiatu. W miastach na prawach powiatu funkcje starostwa pełni urząd miasta.

Wnioski

Przeprowadzona analiza zasad funkcjonowania zarządu powiatu pozwala mi pozytywnie odnieść się do jego konstrukcji. Ustawodawca niewątpliwie stworzył sprawny schemat funkcjonowania oparty na budowie samorządu gminnego z dużą ilością uzasadnionych odmienności.

Niewątpliwie struktura starostwa powinna być dostosowana do koncepcji działania zarządu. Jest to nowa jednostka organizacyjna i w związku z tym brak jest jeszcze doświadczeń odnośnie jej funkcjonowania. Należy mieć nadzieję, że wraz z upływem kolejnych kadencji samorządowych zostanie wypracowany modelowy kształt starostwa powiatowego. Powyższy artykuł może być podstawą do dalszej analizy samorządu powiatowego, szczegółowej i być może nastawionej na sferę zdecydowanie bardziej praktyczną.

LITERATURA:

1. Dolnicki, B. (2003): Samorząd terytorialny. Kraków.
2. Dolnicki, B. (2005): Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz. Kraków.
3. Dolnicki, B. (1999): Prawo samorządu terytorialnego; Kraków.
4. Leoński, Z. (2004): Zarys prawa administracyjnego. Warszawa.
5. Leoński, Z. (2002): Samorząd terytorialny w RP. Warszawa.
6. Niewiadomski, Z (2001): Samorząd terytorialny. Ustrój i gospodarka. Warszawa.
7. Szreniawski, J (2000): Wstęp do nauki administracji. Lublin.

SUMMARY

This article deals with the presentation of the district authorities. The author also makes the analysis and the interpretation of the Polish law in this field. The main goal of the research is to find out and describe the characteristic features of administrative district activity. The author elucidates the influence of other local governments.

Key-words: district authorities, administrative district activity, local governments

Розділ III

Дослідження у галузі цивільного права і процесу

В. Голей

Україна

Національна академія Служби безпеки України

Науковий керівник – д. ю. н., проф. Л. Стрельбицька

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОКУМЕНТАРНОГО АКРЕДИТИВУ НА МІЖНАРОДНОМУ ТА ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНОМУ РІВНЯХ

Значне поширення у міжнародній торгівлі протягом останнього століття розрахунків з використанням акредитива зумовило збільшення вимог до стандартизованого оформлення акредитивних документів, а також необхідність у забезпеченні якісного правового регулювання цієї операції.

Особливістю правового регулювання відносин за акредитивом є відсутність у національних законодавствах багатьох держав систематизованих норм, безпосередньо призначених для регулювання цього питання. У науковій літературі зазначається, що інститут документарного акредитива, незважаючи на велике практичне значення, часто не включається до цивільних чи торгових кодексів, якщо не торкатися норм, які регулюють валютні і фінансові операції в міжнародному обігу [1,136]. Так, у США використання акредитива хоча і регулюється Уніфікованим торговельним кодексом (Uniform Commercial Code), однак штати Алабама, Арізона, Міссурі і Нью-Йорк прийняли поправку до параграфа 5 Уніфікованого торговельного кодексу, відповідно до якої сторони можуть обирати право, яким буде регулюватися акредитив, тобто регулювання акредитива буде підпадати під дію або Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів, або Уніфікованого торговельного кодексу.

Іншою особливістю правового регулювання відносин за акредитивом є те, що його розвиток здійснювався не шляхом укладення міжнародних конвенцій, якими запроваджувалися відповідні уніфіковані закони, як, наприклад, у випадку з векселями та чеками, а шляхом уніфікації і кодифікації банківських і торгових звичаїв у документах факультативного характеру. Таким систематизованим зведенням є Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів [1, с.137]. Більшість авторів визначають, що перше видання Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів було здійснено Паризькою Міжнародною Торговельною Палатою на Віденському конгресі в 1933 р. (хоча Л. А. Лунц зазначає інший рік прийняття цього документа – 1929 [2, с.341]). Ці правила періодично (раз на 8–10 років) доповнюються і змінюються залежно від тенденцій розвитку міжнародної торгівлі і розрахунків. Вони переглядалися у 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 рр. Остання з вказаних редакцій (публікація Міжнародної Торговельної Палати №500) набула чинності з 1.01.1994 р.

Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів визначають види акредитивів, спосіб і порядок їх виконання і переказу, зобов'язання і відповідальність банків, умови, яким повинні відповідати документи, наводять тлумачення різних термінів, вирішують інші питання, які виникають у практиці проведення розрахунків акредитивами.

Порівняно з попередніми редакціями в Уніфікованих правилах та звичаях для документарних акредитивів останньої редакції з'явилося багато нововведень. Так, було встановлено принцип безвідзивності акредитиву; уточнено основні принципи, а саме принцип незалежності акредитива від контракту і принцип суворого формалізму (або суворої відповідності); більш чітко розмежовано функції банків (банку-емітента, підтверджуючого, виконуючого й авізуючого банків); визначено критерії для перевірки банками документів, включено статті, які стосуються спеціальних транспортних документів.

Однак, незважаючи на важливість Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів для регулювання відносин щодо використання акредитива у зовнішньоекономічних відносинах, правова природа цього документа не є чітко визначеною. Про це свідчить факт наявності різних точок зору з цього питання у представників міжнародно-правової науки, які вони висловлюють у своїх наукових працях. Основні з них полягають у тому, що Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів за своєю природою вважаються міжнародним договором, зведенням норм звичаєвого міжнародного права або узвичаєнь.

Так, В. Б. Колісник у своєму дослідженні поділяє міжнародні правові джерела з питань регулювання акредитива на три групи:

- ✓ міжнародні конвенції та інші міжнародні нормативні акти;
- ✓ міжнародні платіжні угоди і міжбанківські угоди про порядок організації роботи взаємних розрахунків і з інших питань;
- ✓ Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів та інші банківські правила і звичаї, що кодифікуються і видаються Міжнародною Торговельною Палатою, ЮНСІТРАЛ [3, с. 35].

Таким чином, В. Б. Колісник включає Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів до банківських правил та звичаїв, які видаються міжнародними організаціями.

Фахівці в галузі банківського права К. Гавальда і Ж. Стуфле підкреслюють, що хоча Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів і схвалені Комісією ООН з міжнародного права, вони залишаються професійним інструментом банкірів і не мають офіційного статусу. Тобто ці Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів є приватною (неофіційною) кодифікацією і певною мірою уніфікацією звичаїв ділового обороту [4, с.384].

Г. А. Тосунян вважає, що Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів є збірником звичаїв ділового обороту, який має міжнародний характер. Він зазначає, що для визнання звичаю чи узвичаєння звичаєм ділового обороту необхідні такі умови:

- ✓ правило поведінки має бути таким, що склалося, тобто достатньо постійним і визначеним;
- ✓ воно має застосовуватися широко, а не мати вузькоспеціальний, приватний характер;
- ✓ сфера застосування правила обмежується підприємницькими відносинами;
- ✓ воно не має бути передбачено законодавством [5, с.137].

Для того, щоб визнати звичай звичаєм ділового обороту, потрібна сукупність вищеназаних критеріїв, але регулювання акредитива нормами законодавства виключає один із критеріїв, за якими можна віднести акредитив до банківських звичаїв ділового обороту. Звичаями ділового обороту можна вважати радше загальні принципи здійснення банківської діяльності і стереотипи поведінки, наприклад принцип банківської безпеки, відповідно до якого формується звичай банків здійснювати обмін відомостями про боржників за кредитами. Інколи подібні правила та звичаї формально закріплюються у деяких умовних актах, які називаються стандартами. Так, у Великобританії в березні 1992 р. банки, будівельні товариства і компанії, що виготовляють кредитні картки, опублікували зведення правил, в яких містяться мінімальні стандарти банківської практики, де особлива увага приділена правам клієнтів.

Тому питання застосування Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів вирішується залежно від пануючої у тій чи іншій країні доктрини і принципів колізійного права. Таким чином, можна виділити п'ять груп країн, в яких суттєво відрізняється правовий статус Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів.

По-перше, це група країн, в яких Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів набувають ролі джерела права і які за своєю правовою природою наближаються до міжнародно-правових актів, мають ознаку нормативності і характер припису. В таких країнах положення Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів знаходять прояв у національному законодавстві.

Друга група країн вважає, що Уніфіковані правила та звичаї для

документарних акредитивів є міжнародним звичаєм. І оскільки вони широко відомі світовому співтовариству, Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів автоматично застосовуються у взаємовідносинах сторін контракту, якщо тільки сторони прямо не виключили дію цього документа. В цьому значенні Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів набувають юридичної сили не як результат волевиявлення сторін контракту, а внаслідок їх прийняття міжнародним співтовариством в цілому.

У третій групі країн Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів виступають в якості торговельних узвичаєнь, які широко застосовуються у банківській практиці в усьому світі.

Четверта група країн визначає Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів як документ, який, з одного боку, має договірну природу, а з іншого – повністю підпорядковується нормам національного законодавства чи радше не повинен їм суперечити. Акредитив у таких країнах регулюється Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів тільки в межах, визначених договором сторін, тобто вони набувають юридично-обов'язкового характеру шляхом їх інкорпорації в угоду сторін. Якщо ж сторони не зазначають, чи підпадає акредитив під дію Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів, то в такому випадку застосовується національне законодавство.

П'ята група країн взагалі не визнає Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів, отже, в такому випадку вони не будуть застосовуватися, якщо тільки їх текст не включається до тексту акредитива.

Певна визначеність зберігається при вирішенні питання взаємовідносин між банком-емітентом та заявником, але відносини бенефіціар – банк-емітент, бенефіціар – підтверджуючий банк і заявник – підтверджуючий банк не є повністю визначеними, тому в певних випадках викликають плутанину. Частково причиною цього є відмінність у принципах і нормах міжнародного приватного права в різних країнах, частково це пояснюється неповнотою врегулювання окремих питань нормами Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів. Існує так звана “homeward trend”, тобто тенденція банків застосовувати своє національне право майже до всіх відносин, що виникають між учасниками акредитивної операції, але зараз дедалі більшого значення у міжнародній банківській практиці набуває принцип *lex loci solutionis*, тобто принцип надання переваги закону місця знаходження банку, який здійснює платіж (тобто виконуючого банку).

Якщо проаналізувати чинне українське законодавство, то нормативно-правовим актом, який регулює акредитивну форму розрахунків, є Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті. Її нормами (розділ 7) передбачено, що якщо це передбачено в тексті договору між бенефіціаром і заявником акредитива, то розрахунки за акредитивами регулюються Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів в редакції 1993 р. в частині, що не суперечать чинному законодавству, зокрема нормативно-правовим актам Національного банку України. Вважаємо, що це положення не відповідає банківській практиці, оскільки в договорі між

бенефіціаром і заявником не завжди обумовлюється регулювання акредитива Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів, але банки все одно застосовують цей документ для регулювання правовідносин між сторонами акредитиву. Тому пропонуємо закріпити в Інструкції про безготівкові розрахунки в національній валюті положення, суть якого полягає в тому, що розрахунки за акредитивом регулюються Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів, незалежно від того, чи передбачено це в тексті договору, на підставі якого відкривається акредитив.

Також необхідно зауважити, що Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті регулює розрахунки в національній валюті, але акредитивна форма розрахунків застосовується переважно в міжнародній торгівлі і частіше за все передбачає розрахунки в іноземній валюті. Для впорядкування правового регулювання акредитивної форм розрахунків Президентом був прийнятий Указ “Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб’єкти підприємницької діяльності України”, згідно з нормами якого розрахунки за зовнішньоекономічними контрактами здійснюються відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів [6]. Ця норма має не диспозитивний, а імперативний характер, оскільки передбачена можливість визнання договорів недійсними, якщо вони не відповідають вимогам вказаного Указу.

На підставі вищезазначеного можна зробити висновок, що правове регулювання акредитивної форми розрахунків здійснюється на міжнародному та внутрішньодержавному рівні.

Виходячи з викладеного, пропонується у національному законодавстві визначити Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів як міжнародно-правовий акт, який має обов’язкову силу, застосовується на території України безпосередньо і має пріоритет перед національним законодавством у випадку колізії між ними. А надалі необхідним кроком було б приведення у відповідність до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів національного законодавства України, а саме затвердження Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів в якості Закону України, який регулює застосування акредитивної форми розрахунків з використанням іноземної валюти.

ЛІТЕРАТУРА

1. Волков Л. Б. Документарное инкассо и аккредитивы в расчетах с развивающимися и развитыми капиталистическими странами // Валютные отношения во внешней торговле СССР. Правовые вопросы / Под ред. А. Б. Альтшулера. – М.: Международные отношения, 1968. – С. 136-185.
2. Луиц Л. А. Курс международного частного права: В 3-х т.– М.: Юридическая литература, 1975. – Т. 2. – 504 с.
3. Колісник В. Б. Правові основи акредитивної форми безготівкових розрахунків: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1994. – 162 с.

4. *Гавальда С., Стуфле Ж.* Банковское право (Учреждения – Счета – Операции) / Пер. с франц. – М.: Финстатинформ, 1996. – 580 с.
5. *Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М.* Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. – М.: Юрист, 1999. – 448 с.
6. Указ Президента “Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб’єкти підприємницької діяльності України” від 4 жовтня 1994 р. №566/94.

SUMMARY

This article is devoted to the actual and extremely important problem concerning documentary letter of credit. This issue needs legal regulation both on national and international levels. In legal regulation correct usage of Unified rules and precedents for documentary letters of credit, as the source of regulation in this sphere, plays a very important role.

Key-words: documentary letter of credit, legal regulation.

А. Польщикова

Россия

Белгородский государственный университет

Научный руководитель – д.ю.н., доц. С.Тычинин

**ПРОБЕЛЫ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ
ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ И ИСПОЛЬЗОВАНИЯ
ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ В ОБЩЕЖИТИЯХ ПО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И УКРАИНЫ**

Конституция РФ в ст. 40 [1] закрепила право каждого на жилище, в то же время возложила на органы государственной власти и органы местного самоуправления обязанность поощрять жилищное строительство и бесплатно или за доступную плату предоставлять малоимущим гражданам жилище. Конституция Украины в ст.47 также закрепляет право граждан на жилище [2]. Право граждан Украины на жилище установлено и в ст.1 ЖК Украины [3]. Именно поэтому решение жилищной проблемы является одной из важнейших задач как для Российского государства и общества [4], так и украинского.

Глава 10 раздела IV Жилищного кодекса РФ от 29 декабря 2004 г. [5] впервые вводит на федеральном уровне комплексное правовое регулирование режима предоставления специализированных жилых помещений и пользования ими. В настоящее время существует 7 видов жилых помещений, относящихся к специализированному жилищному фонду. В прежнем жилищном законодательстве были соответствующие нормы, в частности ст. 1 и 12 Закона «Об основах федеральной жилищной политики» от 24 декабря 1992 г. [6], ст.101 – 110 ЖК РСФСР от 24 июня 1983 г. [7], касающиеся служебных помещений и общежитий, и ст.108.1 – 108.3 - о фондах жилья для временного поселения.

К сожалению, содержание термина «специализированные жилые помещения» в ЖК Украины не раскрывается. ЖК Украины выделяет только служебные жилые помещения (глава 3), жилые помещения в общежитиях (глава 4) и жилые помещения фонда жилья для временного проживания (глава 4.1).

Таким образом, одной из форм [8] реализации гражданами Российской Федерации и Украины права на жилище в современных условиях является предоставление им жилого помещения в специализированных домах, и в частности в общежитиях. В настоящее время различные организации имеют на своем балансе общежития.

Почти 4% населения России проживает сейчас в общежитиях, а это 4 721 тыс. человека [9, с.281]. Только в Белгороде расположено 113 общежитий с общим количеством проживающих в них более 26,5 тыс. человек. Достаточно большой их процент – молодые семьи, не обладающие средствами, необходимыми для приобретения индивидуальной жилой площади.

В Украине насчитывается 13 500 общежитий, общая их площадь – 24 млн

кв. м, что составляет почти 2,5% общего количества жилья, существующего в государстве. По самым скромным подсчетам, улучшения жилищных условий ожидают около 2 млн человек. Нужно отметить, что плотность проживания в общежитиях в основном в несколько раз выше нормы.

Также согласно распоряжению Кабинета Министров Украины от 27 ноября 2006 г. № 667-р «Об утверждении концепции Государственной программы «Студенческое и ученическое общежитие» на 2007 – 2010 гг. в Украине на 2709,1 тыс. студентов в общежитиях проживает 467,7 тыс. Общая площадь общежитий – около 8,1 млн кв. м. На одного студента приходится 4 кв. м., хотя норма предоставления не должна быть меньше 6 кв. метров. На сегодня в проведении капитального ремонта нуждаются 70 общежитий общей площадью 203 823 кв. м., реконструкции – 50 общежитий. Анализируя причины возникновения проблем, связанных с общежитиями, выделяют следующие:

- ✓ размещение большинства общежитий в старых домах (30 – 40 лет), которые требуют капитального ремонта;
- ✓ недостаток финансирования постройки новых общежитий, а также капитального ремонта ранее построенных общежитий;
- ✓ недостаток обеспеченности общежитий новым инженерным и бытовым оборудованием.

Проблемы проживания в общежитиях имеют комплексный характер, и для их разрешения требуется координации деятельности центральных и местных органов власти и органов местного самоуправления. И в первую очередь необходимо создать устойчивую нормативно-правовую базу для разрешения проблем, связанных с предоставлением и использованием жилых помещений в общежитиях на основе долгосрочной социальной политики государства.

Правовой режим жилых помещений, находящихся в общежитиях, имеет ряд существенных особенностей. Жилая площадь для проживания в общежитиях предприятий, учреждений и организаций предоставляется гражданам лишь временно – на период работы (службы) или учебы в этих заведениях. Других оснований для предоставления жилого помещения в общежитии ЖК РФ не знает. Однако ЖК Украины в ст. 127 дополняет эти основания: для временного проживания лиц, которые отбывали наказание в виде ограничения воли или лишения свободы на определенный срок и нуждаются в улучшении жилищных условий или обитаемая площадь которых временно заселена или которым вернуть прежнее обитаемое помещение нет возможности, а также лиц, которые нуждаются в медицинской помощи в связи с заболеванием на туберкулез, используются специальные общежития.

В качестве специального основания возникновения права на жилище выступает договор найма специализированного жилого помещения (ст. 100 ЖК РФ). Типовой договор найма специализированного жилого помещения утвержден постановлением Правительства Российской Федерации [10]. Следует указать, что договор найма специализированного жилого помещения является новеллой жилищного законодательства. Безусловно, ранее действовавшее законодательство предусматривало необходимость заключения с гражданами, пользующимися специализированными жилыми помещениями, определенного

рода договоров. При этом не существовало полного нормативного регулирования этого вида договоров найма. Теперь же законодатель выделил такие договоры в отдельную группу и нормативно закрепил требования к ним и условия их заключения. В Украине согласно ст. 129 ЖК УССР единственным основанием для вселения на предоставленную обитаемую площадь в общежитии является ордер, выдаваемый на основании решения администрации предприятия, учреждения.

Согласно п.2 ст. 94 ЖК РФ законодателем разрешается использования под общежития помещений, находящихся в жилых домах. В литературе такой подход подвергся справедливой критике[11]. Согласно же ст. 127 ЖК Украины под общежития предоставляются специально построенные или переоборудуемые для этой цели обитаемые дома.

Основным нормативным документом, регламентирующим порядок предоставления и пользования жилыми помещениями в общежитиях в России, является Примерное положение об общежитиях, утвержденное Постановлением Совета Министров РСФСР от 11 августа 1988 г. N 328 [12]. В Украине также продолжает действовать Постановление Совета Министров Украинской ССР от 3 июня 1986 г. № 208 «Об утверждении Примерного положения об общежитиях» и Санитарные правила обустройства, оборудования и содержания общежитий для работающих, студентов, учащейся молодежи, утвержденные Главным государственным санитарным врачом СССР № 4719 от 1 ноября 1988 г.

Ни ЖК РФ, ни ЖК Украины не предусматривает разграничения общежитий по категориям (для одиноких граждан, семейные, смешанные), по качественному состоянию (с общими комнатами, с отдельными комнатами, в домах коридорной планировки, в домах квартирной планировки и т. д.). Неясен и порядок заселения общежитий (в Примерном положении об общежитиях от 11 августа 1988 г. № 328 термина «заселение» вообще нет). Порядок же «предоставления общежитий», установленный Примерным положением, явно устарел, так как в данном действии предусмотрено участие, наряду с администрацией, профсоюзным комитетом, и несуществующего комитета комсомола. Не регламентированы также вопросы регистрации, переселения граждан в связи с изменением статуса жилой площади общежития и права проживающих в общежитии в связи с такими изменениями.

Считаем необходимым Правительствам РФ и Украины принять новое положение об общежитиях, где бы в полной мере были учтены все пробелы в регулировании правоотношений, связанные с правовым режимом предоставления и использования жилых помещений в общежитиях.

ЛИТЕРАТУРА

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1992 г. // Российская газета. –1993. – 25 дек.
2. Конституция (Основной Закон) Украины: Принята Верховной Радой Украины 28 июня 1996 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. –1996г. – № 30.

3. Жилищный кодекс Украины /Утвержден Законом от 30 июня 1983 г. // Ведомости Верховной Рады Украины.— Приложение к № 51.— Ст.1122.
4. Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 24.04.2002 г. № 2695 «О концепции жилищной политики Российской Федерации» // СЗ. – 2002. - № 17. – Ст.1657.
5. Жилищный кодекс РФ. ФЗ от 29.12.2004 № 189-ФЗ // СЗ РФ. - 2005. - № 1 (ч. I) – Ст. 14.
6. Ведомости Съезда народных депутатов РФ и ВС РФ. – 1993. – № 3.— Ст. 99.
7. Ведомости ВС РСФСР. –1983. – № 26. – Ст. 883.
8. Пчелинцева Л. М. Проблемы реализации прав граждан РФ на жилище // Хозяйство и право. – 2004.- № 5. – С. 10-27.
9. Российский статистический ежегодник. Госкомстат России. – М., 2005.
10. Об утверждении правил отнесения жилого помещения к специализированному жилищному фонду и типовых договоров найма специализированных жилых помещений. Постановление Правительства РФ от 26.01.2006 № 42 // СЗ РФ. – 2006. – № 6. – Ст. 697.
11. Шешко Г.Ф. Жилые помещения специализированного жилищного фонда. Предоставление, пользование, выселение // Жилищное право. – 2006. – №1. – С. 16–27; Комментарий к Жилищному кодексу РФ / Под. ред. М.Ю. Тихомирова. – М.: Изд. М. Ю. Тихомирова, 2005.
12. Собрание постановлений Правительства РСФСР. – 1988. –N 17. – Ст. 95.

SUMMARY

The article deals with norms of Housing codes of Russia and Ukraine and other subordinate legislation to reveal gaps in normative regulation of granting and use of special premises and, in particular, in hostels premises. It is stressed that legal relations are regulated besides Housing codes of Russian Federation and Ukraine as well as by Provisional position about hostels of August, 11, 1988, and of June, 3, 1986 accordingly. The author emphasizes that such questions, as the resettlement of citizens in connection with the change of the status of a floor space of a hostel, differentiations of hostels on categories and the qualitative condition of a problem of registration in a hostel, and also other questions having essential value in housing legal relation regulation, were found unregulated.

Key-words: hostels, residential premises, granting hostels, use of hostels.

К. Форостина

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

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

**ЗАКОНОДАВЧІ НОВЕЛИ ЩОДО ЗАМІНИ
НЕНАЛЕЖНОГО ВІДПОВІДАЧА ЗА НОВИМ ЦПК
УКРАЇНИ**

У порядку позовного провадження суд розглядає цивільну справу, яка впливає зі спору двох протилежних сторін, що є лише передбачуваними суб'єктами спірного правовідношення [3, с.85]. Ця передбачуваність полягає в тому, що сам позивач, звертаючись до суду, вказує потенційного порушника свого права, який з огляду на таку вказівку набуває статусу відповідача (п.2 ч.2 ст.119 ЦПК України), але в ході судового розгляду може з'ясуватися, що відповідач є неналежним. Поняття неналежного відповідача не розкривається законодавцем, який обмежується закріпленням процедури заміни такого відповідача в ст.33 ЦПК України. Однак це питання досліджується у рамках науки цивільного процесу. Неналежним відповідачем є особа, яка не має відповідати за пред'явленим позовом. Це означає, що відповідач, який дійсно є суб'єктом порушених, оспорюваних чи невизнаних матеріальних правовідносин, визнається належним. Така належність визначається за нормами матеріального права [6, с.124]. Пред'явлення позову до неналежного відповідача може пояснюватися тим, що позивачі внаслідок юридичної неосвіченості висувають вимоги не до тих осіб, які повинні відповідати за законом. Наприклад, відповідно до ст. 1172 ЦК України юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, завдану їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків; замовник відшкодовує шкоду, завдану іншій особі підрядником, якщо він діяв за завданням замовника. Шкода, завдана джерелом підвищеної небезпеки, відшкодовується особою, яка на відповідній правовій підставі (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди) володіє транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом, використання, зберігання або утримання якого створює підвищену небезпеку (ст.1187 ЦК України). Однак на практиці нерідко трапляються випадки, коли в позовній заяві в якості відповідача вказуються шофер, тракторист замість юридичної особи, що виступає власником транспортного засобу, або інші працівники, діями яких було заподіяно шкоду, замість особи, що використовує їх найману працю.

Тому помилковим є твердження, що неналежний відповідач – це сам процесуальний статус особи, яка не повинна відповідати за позовом та щодо якої виключається «передбачення», яке мало місце при пред'явленні позову про його відповідальність перед відповідачем [9, с.152], оскільки неналежність цієї сторони в процесі – це лише ознака особи, яка перебуває у процесуальному статусі відповідача, що з огляду на вимоги матеріального права не повинна

відшкодовувати за завдану шкоду, оскільки законодавець в імперативному порядку закріпив тих суб'єктів, що повинні нести таку відповідальність.

За новим ЦПК України, цей інститут передбачає заміну лише відповідача, хоча попередня редакція кодексу містила положення про заміну й позивача. Деякі науковці підтримують нововведення законодавця і пояснюють причини відмови від заміни неналежного позивача порушенням у цьому випадку принципу диспозитивності [9, с.152; 6, с.128], сутність якого полягає ось у чому: право тільки заінтересованої особи на пред'явлення позову, право позивача визначати предмет позову і розмір позовних вимог, право вимагати від суду певний спосіб захисту свого права, право сторін розпоряджатися своїми правами [4, с.35]. Ст. 105 ЦПК 1963 р. передбачала, що суд, встановивши під час розгляду справи, яка позов пред'явлено не тією особою, що має право вимоги, може за згодою позивача допустити заміну первісного позивача належним позивачем. Так, у даному випадку як і з неналежним відповідачем для того, щоб з'ясувати цю належність, потрібно звертатися до норм матеріального права. Подання позову неналежною особою означає те, що позовна вимога висловлена не суб'єктом спірного правовідношення [6, с.24]. Заміна неналежного позивача допускалася на підставі ст.105 старого ЦПК лише за наявності згоди самого неналежного позивача на вибуття з процесу, суд не міг самостійно усунути цю особу з процесу, тому що ця дія була б порушенням права на судовий захист, незаконною відмовою у правосудді. Визнавши позивача неналежним, суд, звичайно, не задовольнить позов, але такий позивач також має право на винесення рішення по справі щодо нього [8, с.24]. Вступ у справу належного позивача відбувається теж за його волевиявленням. Відповідно до принципом диспозитивності суд може розглядати справу лише в межах та за ініціювання позивача. Вступ у справу належного позивача має відбуватися за загальними правилами подання позову [8, с.25]. Хоча досить важко погодитись із такою позицією, оскільки це вже будуть спеціальні правила для нового позивача, він буде обмежений у праві вибору відповідача, буде пов'язаний вимогами, заявленими неналежним позивачем (хоча він може змінити предмет позову). ЦПК 1963 р. закріпив й іншу процесуальну модель щодо дій суду при встановленні неналежності позивача. Якщо особа, що пред'явила позов, не погоджується на заміну її іншою особою, а належний позивач дає згоду на вступ у процес, то заміна не відбувається, але належний позивач набуває статусу третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору.

Отож законодавець відмовився від заміни неналежного позивача, закріпивши лише інститут заміни неналежного відповідача, хоча потрібно відзначити, що порівняно з ЦПК 1963 р. процедура такої заміни виписана досить неоднозначно. За ч.1 ст.33 ЦПК України суд має право виключно за клопотанням позивача здійснити такі дії, не припиняючи розгляду справи:

- ✓ замінити первісного відповідача належним відповідачем;
- ✓ залучити до участі у справі іншу особу як співвідповідача.

Заміна відповідача здійснюється лише за ініціативою позивача, який з цією метою подає клопотання, що містить не лише згоду позивача, а й прохання про відповідну заміну. Яку саме з наведених дій необхідно вчинити – визначає суд з

урахуванням думки інших осіб, які беруть участь у справі, і вирішальну роль у цьому випадку може відігравати згода неналежного відповідача на заміну. Однак видається дивним, що відповідач, який у процесі намагається захиститися від претензій позивача і має за мету домогтися винесення рішення судом на його користь, буде проти того, щоб звільнитися від цього тягаря і просто вийти з процесу. Проте в судах позицію неналежного відповідача враховують, якщо він вимагає розгляду справи по суті і прийняття щодо нього рішення про відмову у задоволенні позову як реабілітуючої підстави. Існує думка, що така практика є необґрунтованою, адже сама заміна неналежного відповідача вже означає, що ця особа жодним чином не посягала на права, свободи чи інтереси позивача [6, с.126]. Однак це твердження теж не відповідає дійсності, оскільки заміна відповідача за ознакою неналежності не підтверджує факт, що неналежний відповідач не порушував право, це може встановити суд лише в результаті повного розгляду справи при постановленні рішення. Можна зробити висновок, що заміна неналежного відповідача відбувається за клопотанням позивача, коли відсутні будь-які процесуальні перешкоди для такої заміни, а залучення особи, яка вважається належним відповідачем як співвідповідача, здійснюється за відсутності згоди первинного відповідача бути заміненним [7, с.107], оскільки він може залишатися зацікавленим у справі: мати інтерес у відшкодуванні понесених ним витрат до цього моменту, дослідженні доказів, одержанні копій документів, які долучені до справи. Пріоритетним для відповідача в цьому випадку виступає право на відшкодування витрат, на яке він може претендувати лише за умови винесення рішення щодо нього (ст. 88 ЦПК України).

Певні труднощі виникають у практичному застосуванні законодавчого положення, що закріплено в ч.1 ст.33 ЦПК України, де йде мова про право суду залучити до участі у справі іншу особу як співвідповідача у відсутності на це згоди позивача. З огляду на це можна припустити, що суд має право замінити неналежного відповідача належним з власної ініціативи та за згодою позивача, а у разі відсутності такої згоди суд залучає до участі у справі іншу особу як співвідповідача. Якщо проаналізувати положення старого ЦПК, то він містив таку конструкцію в ч. 1 ст.105 ЦПК 1963 р.: суд наділяється відповідними повноваженнями на здійснення заміни, встановивши під час розгляду справи неналежність. Таке формулювання не дає вичерпної відповіді на те, яким чином могла здійснюватися заміна – з власної ініціативи чи за клопотанням, а лише вказує на те, що суд мав дійти висновку про неналежність, але в ч.3 ст. 105 зазначалось ідентичне до нового ЦПК положення: якщо позивач не згоден на заміну відповідача іншою особою, суд може притягти цю особу як другого відповідача, і не викликала сумніву позиція, що ініціатива заміни могла бути виражена і судом, і позивачем [9, с.78].

За сучасного стану цивільно-процесуального закону, якщо суд мав би право замінити неналежного відповідача з власної ініціативи, це порушувало б принцип диспозитивності цивільного процесу, адже відповідача до справи притягав би суд, а не позивач. Тому вважається, що суд повинен розглянути позов щодо тих відповідачів, яких зазначив позивач [6, с.125]. У випадку, коли суд дійде висновку, що відповідач визначений неправильно, то може

проінформувати про це позивача та про можливість заміни, але приводом до здійснення заміни може бути лише клопотання позивача, а якщо такого не буде подано, суд повинен розглядати справу далі. Тому пропонується просто вилучити це положення з кодексу.

Досить невдалим є застосування щодо цього інституту поняття «співвідповідача», адже цей термін характерний для інституту співучасті (хоча сам законодавець поняття «співвідповідачі» не застосовує щодо участі у справі кількох відповідачів), науковці вказують на те, що було більш вдалим словосполучення «другий відповідач», яке застосовувалось у старому ЦПК.

Заміна чи притягнення судом другого відповідача допускається лише до ухвалення рішення суду. Це питання вирішується ухвалою суду, яка оформляється окремим документом і надсилається належному відповідачу (другому) і є підставою для його участі у справі. Відповідності до ч.2 ст. 33 ЦПК України після заміни відповідача або залучення до участі у справі співвідповідача справа за клопотанням нового або залученого відповідача розглядається заново, цією нормою була змінена процесуальна форма відповідно до вимог кодексу 1963 р. розгляд справи починався заново незалежно від волевиявлення нового відповідача.

Інститут зміни суб'єктного складу зазнав значних змін у зв'язку з прийняттям нового ЦПК України, але цими законодавчими новелами не враховано науково розроблених позицій щодо заміни неналежного відповідача. Ст. 33 ЦПК України потребує удосконалення: визначення умов, за яких має проводитися безпосередня заміна, та умов, коли інша особа має залучатися як співвідповідач; виключення можливості залучення співвідповідача за відсутності згоди позивача, адже суд не може бути ініціатором такої процесуальної дії, що суперечить принципу диспозитивності; відмова від використання терміна «співвідповідач», який не відповідає статусу особи залученої судом як відповідач у цій ситуації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільно-процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р.: Офіційний текст. – К.: Атака, 2004. – 160 с.
2. Цивільно-процесуальний кодекс України від 18.07.1963 // ВВР. – 1963. – № 30. – ст. 464.
3. *Абрамов С. Н.* Гражданский процесс. – М., 1948.
4. *Васьковський Е. В.* Курс гражданского процесса. – М., 1913.
5. *Зейкан Я. П.* Коментар Цивільно-процесуального кодексу України: – К.: Юридична практика, 2005.
6. *Кравчук В. М., Угриновська О. І.* Науково-практичний коментар Цивільно-процесуального кодексу України. – К.: Істина, 2006. – 944 с.
7. Цивільно-процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар // За ред. Тертишнікова В. І. – Х., 2002.
8. *Фондаминский И. Д.* Сторони в советском гражданском процессе. – Алма-Ата, 1961. – 35 с.

9. *Фурса С. Я.* Науково-практичний коментар Цивільно-процесуального кодексу України. – К., 2006.
10. *Щеглов К.* Субъекты судебного гражданского процесса. – 1979.

SUMMARY

In this article the institute of improper defendant change in civil process is under consideration. A lawmaker does not define the concept of improper defendant in the Code of Civil Procedure. The procedure of such a change is only described in art. 33. The author stresses that the New Code of Civil rocedure declines the improper complainant change because this practical action contravenes the principle of dispositiveness.

Key-words: civil proceeding, improper defendant change, plaintiff.

О. Харіна

Україна

Київський міжнародний університет

Науковий керівник – доц. Коротков Іван Борисович

**ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЗА УГОДОЮ
ПРО ТОРГОВЕЛЬНІ АСПЕКТИ ПРАВ
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Актуальність дослідження особливостей правового регулювання права інтелектуальної власності в рамках ТРІПС полягає в тому, що воно має практичне значення для вдосконалення правового регулювання сфери інтелектуальної власності в Україні у зв'язку із майбутнім вступом до Світової Організації Торгівлі (далі – СОТ). Спеціалісти в цій сфері не можуть дійти спільного висновку щодо співвідношення позитивних та негативних наслідків вступу до СОТ. Однак безперечно очевидною для всіх є потреба реформування законодавства України в сфері інтелектуальної власності.

Чинні міжнародні договори з охорони промислової власності, авторського права та суміжних прав заклали основні принципи охорони об'єктів інтелектуальної власності. Проте вони не містять детальних процедур та засобів захисту прав інтелектуальної власності. Моніторинг цих договорів здійснюється у рамках Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ).

Однак на сьогодні ВОІВ уже не є єдиною міжнародною організацією у сфері інтелектуальної власності. СОТ теж робить важливий внесок у процес регулювання відносин зі створення, легітимації, використання та охорони результатів інтелектуальної творчої діяльності. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності ТРІПС (додаток 1С до Марракеської угоди про заснування СОТ) набула чинності 01 січня 1995 р. ТРІПС – перша багатостороння угода, що регулює охорону та використання широкого кола об'єктів інтелектуальної власності з точки зору інтересів розвитку міжнародної торгівлі [1, с.71]. Основною причиною, що викликала необхідність обговорення проблем інтелектуальної власності в рамках ГАТТ/СОТ, була недосконалість існуючого рівня правового регулювання питань патентів, товарних знаків та авторського права.

Укладення подібного багатостороннього договору в рамках ГАТТ/СОТ, а не ВОІВ є виправданим та обумовленим неможливістю досягти в системі ВОІВ належного рівня охорони, що відповідала б стрімким темпам технічного прогресу в сучасних умовах. Це можна пояснити рядом факторів: відсутність механізму забезпечення виконання зобов'язань за конвенціями ВОІВ; сама структура ВОІВ, де супротивні держави мають право *veto*; система об'єднань країн-учасниць ВОІВ за групами (промислово розвинуті; ті, що розвиваються), що не дозволяє приймати узгоджені рішення.

ГАТТ/COT же, на відміну від ВОІВ, має право приймати більш дієві та глобальні рішення, а також саме COT володіє актуальним механізмом вирішення міжнародних спорів [2, с.8].

Угода ТРІПС має на меті уніфікувати підхід щодо захисту прав інтелектуальної власності і створити єдину систему принципів та правил. Окрім того, запорукою ТРІПС виступає ефективний механізм розв'язання спорів у рамках COT. Завдяки прийняттю ТРІПС та підвищенню стандартів захисту прав інтелектуальної власності кожна держава-член COT має можливість використати процедуру розв'язання спорів в органі COT з вирішення спорів, заявивши про невідповідність національного законодавства іншого члена COT положенням ТРІПС.

Головною метою прийняття такої багатосторонньої угоди є забезпечення охорони прав інтелектуальної власності при здійсненні міжнародної торгівлі і дотримання у зв'язку з цим основних принципів ГАТТ: національного режиму, режиму найбільшого сприяння та транспарентності (відкритості, гласності). Ця Угода COT покликана забезпечити захист усіх традиційних видів прав на інтелектуальну власність—авторських прав, суміжних прав, прав на промислову власність і прав на закриту комерційну інформацію [3, с.319].

Необхідно звернути увагу на те, що ТРІПС має ряд значних особливостей: акцент робиться саме на правозастосовчій практиці. В Угоді докладно викладено вимоги до національних законодавств з охорони прав інтелектуальної власності. ТРІПС є практично першою міжнародною угодою в сфері інтелектуальної власності, що докладно регламентує широкий спектр охорони і використання прав інтелектуальної власності. В угоді уніфіковано судові процедури, що дозволяє власникам прав значно ефективніше вимагати їх дотримання. В Угоді ТРІПС значну увагу приділено забезпеченню процедур, що дозволяють запобігати порушенню прав інтелектуальної власності. Підкреслюється, що такі процедури не повинні створювати перешкод на шляху торгівлі, а також вони не повинні стати підставою для зловживань у цій сфері.

Частина I Угоди містить загальні положення та основні принципи. Тут необхідно виділити закріплення національного режиму у ст. 3 (громадянам інших іноземних держав надається режим не менш сприятливий, ніж режим, що надається власним громадянам), режиму нації, яка користується найбільшими перевагами, — ст. 4 (будь-яка перевага, сприяння, пільга або імунітет, що надається Членом громадянам будь-якої іншої країни, повинні бути негайно і безумовно надані громадянам усіх інших Членів).

Частина II — Стандарти щодо наявності, сфери дії та використання прав інтелектуальної власності. Ця частина Угоди містить норми і стандарти, що стосуються регулювання питань, пов'язаних із конкретними об'єктами права інтелектуальної власності. Розділ 1: Авторське право і суміжні права (ст. 9—14). Розділ 2: Товарні знаки (ст. 15—21). Розділ 3: Географічні зазначення (ст. 22—24). Розділ 4: Промислові зразки (ст. 25—26). Розділ 5: Патенти (ст. 27—34). Розділ 6: Компонування (топографії) інтегральних мікросхем (ст. 35—38). Розділ 7: Захист нерозголошеної інформації (ст. 39). Розділ 8: Контроль за практикою антиконкурентних дій у договірних ліцензіях (ст. 40).

Частина III – “Захист прав інтелектуальної власності”. Ця частина угоди є найбільш важливою, оскільки включає не тільки загальні зобов'язання, а й цивільно-правові та адміністративні процедури й засоби правового захисту.

Частину IV ТРІПС присвячено набуттю прав інтелектуальної власності. Тут передбачається простота і прийнятність процедур реєстрації.

Частина V – “Запобігання та врегулювання суперечок” (ст. 63, 64) Згідно з принципом прозорості ці заходи передбачають публікації і надання країнам-членам СОТ інформації (крім конфіденційної) та повідомлення до Ради ТРІПС.

Частина VI – “Домовленості на перехідний період”. Ця частина Угоди стосується різних термінів приведення національних законодавств, інструкцій і правил у відповідність до положень ТРІПС, деяких винятків для країн, що розвиваються, а також вимоги не вживати будь-яких заходів, які б спровокували зниження рівня захисту прав інтелектуальної власності.

Частина VII – “Інституційні домовленості: заключні положення”.

Особливістю ТРІПС є те, що частина основних положень ТРІПС відбиває норми, що вже містяться у базових багатосторонніх конвенціях і угодах з питань прав інтелектуальної власності, і є адекватною їм, а частина положень виходить за рамки цих міжнародних договорів.

Члени СОТ взяли на себе зобов'язання, що процедури щодо захисту прав інтелектуальної власності, передбачені їхнім законодавством, повинні забезпечувати ефективні заходи проти будь-яких дій, що порушують права інтелектуальної власності [4, с.360]. Ці процедури повинні застосовуватись таким чином, щоб уникнути створення бар'єрів для законної торгівлі та забезпечити гарантії проти зловживань, а саме: бути справедливими та рівними для всіх; не повинні бути безпідставно ускладненими; вартість їх здійснення не повинна бути високою; не містити безпідставних часових обмежень або невинуватених затримок; обґрунтоване рішення по суті справи бажано викласти у письмовій формі; рішення має бути доступним для сторін судочинства без невинуватених затримок; рішення по суті справи повинні базуватись лише на свідченнях, щодо яких сторонам було надано можливість бути почутими; сторони повинні мати можливість апеляції до суду щодо адміністративних рішень та, за дотриманням положень законодавства певного Члена СОТ, апеляції щодо юридичних аспектів першого судового рішення по суті справи.

Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності є досить загальною як щодо предмета регулювання, так і щодо своєї суб'єктної сфери. Мету та принципи ТРІПС, як і всього пакету Угод СОТ, можна охарактеризувати як усунення перешкод у здійсненні міжнародної торгівлі. В цьому випадку під такими перешкодами маються на увазі порушення прав інтелектуальної власності, що мають відповідні наслідки в економічній і торговельній сферах. ТРІПС спрямована у першу чергу на захист законних прав та інтересів, шляхом встановлення адекватного правового режиму. Такий адекватний правовий режим встановлюється зваженим поєднанням двох джерел – чинного міжнародного права в цій сфері, а також основних принципів ГАТТ-94. Основною ідеєю є встановлення належного рівня захисту, але з умовою,

щоби такий захист не став перепоною для розвитку міжнародної торгівлі.

Таким чином, ТРІПС є першою та єдиною угодою, що регулює усі найважливіші аспекти інтелектуальної власності та надає цьому сектору правовий режим мінімального міжнародного захисту, який складається з досить дієвих засобів як міжнародного, так і національного характеру. ТРІПС має ряд незаперечних переваг. Цим договором було не тільки уніфіковано систему міжнародних норм у сфері інтелектуальної власності, а також введено в дію деякі нові та надзвичайно актуальні положення щодо процесу врегулювання спорів у цій сфері, стосовно виконання гарантованих прав та щодо національного контролю, а також стосовно координування боротьби з „піратством”.

Іншою особливістю ТРІПС є закріплення детальних стандартів захисту прав. Необхідність цього пов'язувалася країнами-членами СОТ із впровадженням єдиних процедур та засобів судового захисту в країнах з різними правовими системами, відсутністю ефективних правових засобів, які б запобігали переміщенню контрафактної продукції через державні кордони, необхідністю запровадження попередніх судових наказів та термінових засобів судового захисту, забезпеченням єдиного підходу до відшкодування заподіяної шкоди та кримінальної відповідальності тощо. Угода ТРІПС закріплює загальні зобов'язання щодо захисту прав, цивільно-правові та адміністративні процедури і засоби правового захисту, тимчасові заходи, спеціальні вимоги на кордоні та кримінальні процедури [5, с.33].

Приведення законодавства України у відповідальність до Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності є невід'ємною умовою вступу України до Світової організації торгівлі. Робота над гармонізацією законодавства почалася ще десятиріччя тому, проте ще й сьогодні певні положення ТРІПС не знайшли відображення у законодавстві України.

В Україні функціонує великий масив нормативно-правових актів у сфері регулювання права інтелектуальної власності. Однак доводиться констатувати достатньо низький рівень захисту інтелектуальної власності. Необхідно виділити такі ключові проблеми організації та забезпечення функціонування системи охорони інтелектуальної власності в Україні: відсутність належної координації діяльності органів державного управління, недостатня ефективність діяльності структур, що забезпечують захист прав інтелектуальної власності; відсутність системи підготовки та перепідготовки спеціалістів у сфері інтелектуальної власності, науково-методичного забезпечення цього процесу; нерозвиненість системи надання послуг у галузі охорони інтелектуальної власності; недоліки вартісної оцінки, обліку та статистики у сфері інтелектуальної власності.

Єдиним можливим варіантом приведення національного законодавства відповідно до положень Угоди ТРІПС на сьогодні залишається послідовне прийняття змін до десятка законів у сфері охорони інтелектуальної власності. Щодо запровадження в Україні цивільно-правових та адміністративних процедур та засобів правового захисту, то цей процес потребує не лише формального відображення відповідних норм Угоди ТРІПС у законодавстві України, а й проведення значної роботи з навчання суддів, працівників

прокуратури, органів внутрішніх справ, створення та розвиток організацій, що управляють майновими правами авторів на колективній основі, ініціювання судових прецедентів із захисту прав тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Григорян С. А. Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) // Государство и право. – 2000. – №4. – С. 71-80.
2. Андросчук Г., Крайнев П., Кавасс И. Право интеллектуальной собственности: торговые аспекты. – К.: Ін Юре, 2000. – 164 с.
3. Захаров А. В., Данилова Е. В. и др. Основы торговой политики и правила ВТО. – М.: Международные отношения, 2005. – 448 с.
4. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності 1994 року (ТРИПС) // Система світової торгівлі ГАТТ/СОР в документах. – К.: УАЗТ, 2000. – с. 345-371.
5. Захист прав інтелектуальної власності в контексті вступу до СОР: Навч. посібник / За ред. В. Т Пятницького – К.: UEPLAC; К.I.C; УАЗТ, 2001. – 80 с.

SUMMARY

The article deals with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which is a treaty administered by the World Trade Organization (WTO) which sets down minimum standards for many forms of intellectual property regulation.

The author emphasizes that unlike other treaties on intellectual property, TRIPS has a powerful enforcement mechanism. States can be disciplined through the WTO's dispute settlement mechanism. It means that the provisions of the agreement are subject to the integrated WTO dispute settlement mechanism.

Key-words: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), World Trade Organization (WTO), intellectual property.

Розділ IV

Дослідження у галузі трудового права

В. Гураш

Україна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Науковий керівник – доц. З. Я. Козак

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ЛІЗИНГОВОЇ ПРАЦІ

Оновлення виробничої бази, автоматизація, комп'ютеризація, структурні економічні перетворення, зростання сфери послуг і невиробничих галузей економіки спричиняють необхідність пошуку нових механізмів регулювання трудових відносин, які б дозволили більш ефективно використовувати трудові ресурси в умовах ринку. Поширення набувають нові форми зайнятості, зокрема, лізингова праця, що є досить своєрідним явищем у механізмі використання трудових ресурсів та покликана мобілізувати управління персоналом.

Лізингова праця, як комплекс правовідносин, ґрунтується на трьохсторонній взаємодії приватного агентства зайнятості, працівника і підприємства-користувача щодо використання здатності людини до праці. Тому, ці відносини відрізняються від традиційних трудових відносин, як за суб'єктним складом, так і за змістом.

Формально роботодавцем для працівника є приватне агентство зайнятості, проте трудову функцію працівник виконує в іншого суб'єкта – підприємства-користувача. Як наслідок, „лізинговий працівник стає „службою двох господарів” – агентства, котре наймає цього працівника, та підприємства, яке тимчасово фактично використовує його працю” [1, с. 52].

Приватне агентство зайнятості укладає трудовий договір з працівником. Після цього на підставі цивільно-правового договору підприємство-користувач

„позичає” працю працівника у приватного агентства зайнятості. Я. Кривой вказує, що “для працівника, позикові трудові відносини передбачають певним чином подвійність: він укладає трудовий договір з агентством позикової праці. Однак, фактично працює там, куди його скеровано виконувати трудову функцію” [2, с.15]. При цьому працівник підпорядковується правилам внутрішньо-трудового розпорядку, режиму робочого часу підприємства-користувача. Оплату праці працівника здійснює приватне агентство зайнятості. Останньому також належить дисциплінарна влада щодо працівника. Обов’язки з приводу забезпечення трудових прав лізингових працівників розподіляються між приватним агентством зайнятості та підприємством-користувачем. Відповідно до Конвенції № 181 Міжнародної організації праці “Про приватні агентства зайнятості” (1997 р.) такий розподіл здійснюється державою згідно з національним законодавством та практикою його застосування /3/. Наведені факти вказують, що роботодавцем лізингового працівника є як приватне агентство зайнятості, так і підприємство-користувач.

Така ситуація здатна викликати певні труднощі у правозастосовчій практиці. У науковій літературі існує позиція, що “з точки зору трудового права відносини лізингу праці передбачають укладення двох трудових договорів. У цьому випадку предметом обох трудових договорів є виконання однієї і тієї ж трудової функції. Лише роботодавцем в одному випадку виступає приватне агентство зайнятості, а в іншому – підприємство-користувач” [4, с. 43]. Логічним вирішенням цієї проблеми є визначення відносин лізингової праці, як єдиного комплексу. У такому разі, відносини між лізинговим працівником та підприємством-користувачем існують лише у комплексі відносин лізингової праці. Вони мають (несамостійний) похідний характер і перебувають у прямій залежності від інших елементів цілісного комплексу відносин лізингу праці. Такий підхід дозволяє вирішити питання щодо юридичного оформлення відносин лізингового працівника та підприємства-користувача. Зокрема, враховуючи комплексність відносин лізингової праці, немає жодної потреби укладати трудовий договір між лізинговим працівником та підприємством-користувачем. Його відсутність компенсується трудовим договором між приватним агентством зайнятості та лізинговим працівником і відповідним цивільно-правовим договором між приватним агентством зайнятості та підприємством-користувачем, якими передбачено умови щодо регулювання відносин лізингового працівника та підприємства-користувача.

Юридичною підставою виникнення комплексу відносин лізингу праці є різні за своєю галузевою приналежністю договори. Зокрема, відносини між приватним агентством зайнятості та лізинговим працівником виникають на підставі укладеного трудового договору. Предметом останнього є праця лізингового працівника. Однак, Т. Коршунова ставить під сумнів трудовий характер відносин лізингового працівника та приватного агентства зайнятості. Вказаний науковець наводить наступні аргументи: “приватне агентство зайнятості не володіє усіма правами та обов’язками роботодавця, передбаченими законодавством. Не випадково його називають формальним роботодавцем. Працівник виконує трудову функцію на користь іншого суб’єкта. Крім того,

лізинговий працівник не підпорядковується і фактично не може підпорядковуватися процедурам контролю приватного агентства зайнятості. Тому, відносини працівника та підприємства-користувача не можна з упевненістю віднести до трудових” [5]. Не погоджуємося з наведеним твердженням. Відносини лізингового працівника та підприємства-користувача виникають з приводу здатності цього працівника виконувати певну трудову функцію, обумовлену трудовим договором. Інша річ, що вказані трудові відносини є дещо специфічними. Як вказує І. Кісельов “Особливість трудового договору лізингового агентства та лізингового працівника полягає у змісті трудової діяльності працівника: він погоджується виконувати різну за своїм характером роботу на користь клієнтів лізингового агентства. Звідси, особливості взаємних трудових прав і обов’язків лізингового агентства та працівника, порівняно з традиційним трудовим договором” [6, с. 106]. Вважаємо, що відносини між приватним агентством зайнятості та лізинговим працівником за своєю правовою природою є трудовими. А тому, на них поширюється дія трудового законодавства. Однак, чинним трудовим законодавством України не передбачено правових норм, які б враховували особливості вказаних відносин. Тому, власне і відсутній механізм забезпечення виконання прав та обов’язків приватного агентства зайнятості і лізингового працівника. Доцільним видається, визначити трудовий договір між лізинговим працівником та приватним агентством зайнятості на законодавчому рівні, як особливий вид трудового договору.

Підставою виникнення правовідносин приватного агентства зайнятості та підприємства-користувача є укладений цивільно-правовий договір. Предметом останнього є праця лізингового працівника. Опоненти узаконення лізингової праці вказують, що “Карл Маркс з повагою називав працю товаром. З недавнього часу товаром став сам працівник. Його можливо продавати і купувати за визначену ціну. Це явище отримало назву лізингової праці” [7]. Такі закиди є цілком безпідставними. Предметом вказаного договору є не сам працівник, а його праця, на яку він вільно погоджується. Адже, трудова функція, як істотна умова, обумовлюється у трудовому договорі. Як наслідок, предмет цивільно-правового договору обмежується трудовою функцією працівника, обумовленої трудовим договором. Для приватного агентства зайнятості діяльність з лізингу працівників є свого роду підприємницькою /8/. Відносини приватного агентства зайнятості та підприємства-користувача є цивільно-правовими, а тому до них потрібно застосовувати норми цивільного законодавства.

У відносинах лізингового працівника та підприємства-користувача, на перший погляд відсутня формальна правова підстава. Більше того, деякі науковці вказують на відсутність формальних відносин працівника та підприємства-користувача, як на необхідну ознаку відносин лізингу праці загалом /9/. І. Кісельов вважає, що “відносини лізингового працівника та підприємства-користувача породжуються цивільно-правовим договором. Однак, вказані відносини за своєю правовою природою є трудовими, хоча і особливого роду (*sui generis*)” [10, с. 109]. Все ж, комплексний характер відносин лізингу

праці вказує на дещо інші висновки. У трудовому договорі приватного агентства зайнятості та працівника обумовлено трудову функцію працівника, яку він виконує на користь підприємства-користувача. Вказана умова стосується відносин лізингового працівника та підприємства-користувача, адже працівник первинно погоджується працювати на підприємстві-користувачі. Суб'єкт підприємства-користувача конкретизується у цивільно-правовому договорі між підприємством-користувачем та лізинговим працівником. Тому, вважаємо, що юридичною підставою виникнення, існування, зміни та припинення правовідносин між працівником та підприємством-користувачем є трудовий договір приватного агентства зайнятості і працівника та цивільно-правовий договір приватного агентства зайнятості і підприємства-користувача. Звідси, може виникнути запитання про правову природу відносин лізингового працівника та підприємства-користувача. Враховуючи факти, що: вказані відносини виникають з приводу виконання працівником трудової функції; працівник працює під наглядом і за завданнями підприємства-користувача; працівник повинен виконувати накази та розпорядження уповноважених осіб підприємства-користувача, а також дотримувати правил охорони та дисципліни праці підприємства-користувача відносини лізингового працівника та підприємства-користувача слід визначити трудовими. Отже, лізингова праця, як комплекс відносин, що регулюються нормами різних галузей права, є міжгалузевим інститутом.

Цікавим є факт, що законодавство зарубіжних держав, яке спрямоване на регулювання відносин лізингової праці однозначно підходить до визначення суті цих відносин. Зокрема, відповідно до Закону Федеративної Республіки Німеччини (далі – ФРН) “Про агентства лізингової праці” (Law on employment agencies) /11/ визначено, що у відносинах лізингової праці завжди беруть участь три суб'єкта: лізингодавець, лізингоодержувач та лізинговий працівник. Лізингодавець зобов'язується забезпечувати лізингоодержувача працівниками. При цьому, лізингодавець залишається роботодавцем для працівника, який передається у лізинг. Також, відносини між лізингодавцем та лізингоодержувачем оформляються не трудовим договором, а договором цивільно-правового характеру. У Законі Королівства Швеція “Про лізинг працівників” (Labor leasing act) /12/ та Законі Австралійського Союзу “Про здорові та безпечні умови праці” (Occupational Health and Safety Act) /13/ суть поняття лізингової праці є аналогічними.

Аналізуючи Конвенції Міжнародної організації праці, законодавство зарубіжних держав та наукові напрацювання, можна виокремити наступні ознаки лізингової праці:

- ✓ Кількісний та якісний склад суб'єктів правовідносин лізингу праці завжди передбачає наявність трьох суб'єктів: працівника, формального роботодавця (приватного агентства зайнятості), фактичного роботодавця (підприємство-користувача).
- ✓ Відносини лізингової праці мають комплексний характер.

- ✓ Роздвоєння суб'єкта роботодавця та наявність субсидіарної відповідальності приватного агентства зайнятості та підприємства-користувача щодо лізингового працівника.
- ✓ Предметом цивільно-правового договору між приватним агентством зайнятості та підприємством-користувачем є праця працівника, який перебуває у штаті приватного агентства зайнятості.
- ✓ Відносини лізингу праці повинні регулюватися нормами трудового та цивільного права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Киселев И. Я. Концепция правового регулирования заемного труда // И.Киселев, Б.Карабельников, Э.Черкасов, С.Кукса, В. Юдкин, А.Леонов, В.Свачкаренко // Хозяйство и право.—2004. № 2 с.52 – 60.
2. Кривой Я. Позикова праця як новий інститут на ринку праці // Юридична газета.—2006. №17 с.15.
3. PrivateEmployment Agencies Convention, 1997 // <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.m>;
4. Киселев И.Я. Концепция правового регулирования заемного труда // И.Киселев, Б.Карабельников, Э.Черкасов, С.Кукса, В. Юдкин, А.Леонов, В.Свачкаренко // Хозяйство и право.—2004. № 3 с.40 – 48;
5. Коршунова Т.Ю. Рекрутмент – Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд) // http://www.hr-portal.ru/alt_articles.php?lng=ru&pg;
6. Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада.-М.—«Бизнес-школа».»Интер-Синтез»ООО «Журнал «Управление персоналом»ю-2003р—160с;
7. Нуртдинова А Заемный труд: Особенности организации и возможности правового регулирования // Хозяйство и право. -2004. № 9. С. 22 – 30;
8. Киселев И.Я. Концепция правового регулирования заемного труда // И.Киселев, Б.Карабельников, Э.Черкасов, С.Кукса, В. Юдкин, А.Леонов, В.Свачкаренко // Хозяйство и право.—2004. № 2 с.52 – 60;
9. Смирных Л.И Заемный труд: Экономическая теория, опыт стран ЭС и России // http://www.recep.ru/files/documents/Smirnych_Labor_leasing_ru.pdf;
10. Коршунова Т.Ю. Рекрутмент – Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд)// http://www.hr-portal.ru/alt_articles.php?lng=ru&pg;
11. Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада.-М.—«Бизнес-школа».»Интер-Синтез»ООО «Журнал «Управление персоналом»ю-2003р—160с;

12. Employee leasing in Germany: the hiring out of an employee // http://www.law.uiuc.edu/publications/CLL&PJ/archive/vol_23/issue_1/SchurenArticle23-1.pdf
13. The legal regulation of employment agencies and employment leasing companies in Sweden // http://www.law.uiuc.edu/publications/cll&pj/archive/vol_23/issue_1/NyströmArticle23-1.pdf
14. The OHS Regulatory Challenges Posed by agency Workers: Evidence from Australia // <http://www.ohs.anu.edu.au/publications/pdf/RJ.labour%20hire%20paper.pdf>

SUMMARY

The article defines leasing employment notion. Leasing employment is a legal relationship among a private agency of employment, leasing employee and a client-company. The author explains the structure of relations between the parties of leasing employment. There exists a co-employment relation in which both the private agency of employment and the client-companies have an employment relationship with an employee. In this way three parties are involved in the hiring out of labour arrangement: private agency of employment, leasing employee and user-company (the third party). The author emphasizes that leasing employment relations are not regulated by the legislation of Ukraine.

Key-words: leasing employment, client-company, private agency employment.

О. Плига

Україна

Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

Науковий керівник – Червяцова Аліна Олегівна

ПРАВО НА ПРИВАТНІСТЬ: ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИВАТНОСТІ ПРАЦІВНИКІВ

Право на недоторканість приватного життя має багато аспектів та сфер прояву. Однією зі сфер, яка в Україні залишається найменш дослідженою й найбільш проблемною з точки зору правового забезпечення, є сфера трудової діяльності. Це обумовлено кількома чинниками: по-перше, відсутністю чіткого підходу до визначення права на приватність як на законодавчому, так і на науковому рівнях, по-друге, невірним уявленням про трудову діяльність як сферу, яка виключає будь-які прояви приватності.

На відміну від України, західноєвропейські держави, США та Канада мають значні здобутки у цьому напрямку, що є результатами наукового вивчення проблеми забезпечення права на недоторканість приватного життя на робочому місці («privacy in the workplace»).

Проблема забезпечення права на приватність працівників гостро постала на початку 90-х років XX ст. як результат науково-технічної революції, внаслідок якої якісно змінилися методи спостереження, суттєво збільшилися обсяги інформації, яку можна отримати таким шляхом.

Нажаль, багато керівників використовують інформацію, отриману в результаті спостереження за робітницями на робочому місці, для впливу на робітника у своїх інтересах. Наприклад, розповсюдженою стає практика вирішення трудових питань з використанням даних про окремі аспекти приватного життя працівників, які не пов'язані з трудовою діяльністю, і були отримані роботодавцями в результаті таємного спостереження.

Серед менеджерів та керівників підприємств досить поширеною є думка, що прийняття працівника на роботу є «його згодою жертвувати частиною своїх особистих прав в обмін на зарплату» [4, с. 56]. Вважається, що природа трудового договору не передбачає наявності будь-якого приватного життя, окремого від функціонування підприємства, а тому підприємство має право здійснювати контроль за використанням наданих працівникам ресурсів. Правовий захист за таких обставин є дуже слабким, оскільки контроль часто включається до умов працевлаштування. Технології, за допомогою яких здійснюється контроль, різноманітні (відеоспостереження, прослуховування телефонних розмов, спеціальні комп'ютерні та стільникові програми тощо), вони постійно вдосконалюються й фіксують інформацію щодо всіх аспектів життя працівників. Стеження та контроль стають запланованими частинами сучасних інформаційних систем [1, с. 37].

Роботодавці вважають контроль за персоналом своїм природним правом,

адже все, що створює співробітник на робочому місці і в робочий час, – власність компанії. Наймач прагне знати, що робить його персонал і на що витрачає час. Причини для такого контролю начебто існують: забезпечення безпеки, перевірка лояльності співробітників, контроль за використанням ресурсів та дисципліною тощо. З цього робиться висновок, що згода працівника на збір інформації про його поведінку на робочому місці не потрібна.

Останнім часом суттєво збільшилася кількість випадків, коли компанії звільняють працівників за використання Інтернету та електронної пошти в особистих цілях. У 2006 році експерти American Management Association та The Policy Institute провели дослідження, присвячене проблемам моніторингу за співробітниками. Згідно з результатами дослідження, 26% опитаних компаній звільняли у 2005 році працівників за використання Інтернету в особистих цілях, 25% – за несанкціоноване користування електронною поштою і 6% – за розмови по офісним телефонам [2, с.12].

У 2003 році „American Management Association” та „The Policy Institute” провели огляд систем спостереження за працівниками. Результати вражають: з 1627 опитаних керівників американських компаній 82% визнали, що використовують ті або інші форми електронного контролю або фізичного нагляду, з них у 63% компаній відстежують звернення до інтернет-ресурсів, а близько 47% (!) – зберігають і переглядають електронну пошту своїх співробітників [5, с.1].

Водночас спостерігається зворотній процес: за результатами досліджень, проведених у 1991 р. серед працівників США, 62% були не згодні з використанням відеонагляду (у тому числі 38% – категорично проти). Постійне перебування “під ковпаком” негативно впливає на стан здоров’я працівника, у тому числі й психічний. Дослідження, проведені Департаментом США по технологіях, підтвердили, що нагляд викликає стрес і хвороби, пов’язані зі стресовим станом. „Людина завжди напружено сприймає ситуацію, коли за нею спостерігають або контролюють її приватне життя, - пояснюють ситуацію психологи. – Це стосується практично будь-якої сфери життя, у тому числі і роботи” [6, с. 1].

Деякі науковці вважають, що дуже часто посилений контроль не виправданий і являє собою репресивну міру. Вони переконані, що більш ефективним засобом забезпечення лояльності співробітників є побудова мотиваційних схем. Інші не згодні з цим і стверджують, що у роботодавця є право контролювати своїх співробітників: «Наймач має право припустити, що співробітник використовує Інтернет і пошту за призначенням, тобто для роботи, отже, в моніторингу електронної пошти співробітників немає нічого незаконного» [6, с. 1].

Зазначене свідчить про необхідність пошуку компромісу між наданням законодавчого захисту права на захист приватного життя на робочому місці та забезпеченням можливості здійснювати моніторинг робочих місць менеджерами та керівниками підприємств у межах роботи з персоналом.

Як спосіб правового розв’язання зазначеної проблеми, заслуговує на увагу досвід Великобританії, де минулого року було прийнято новий кодекс про

захист приватного життя службовців. Цей акт заборонив роботодавцям здійснювати тотальний контроль за своїми співробітниками: відстежувати число відвідувань інтернет-сайтів і перевіряти електронні повідомлення, не довівши необхідності такого контролю. Річ у тому, що англійців стало турбувати зародження в британських офісах “культури взаємної підозрілості”. Підстав для турбування було більш ніж достатньо: за результатами дослідження 2002 року, проведеного на замовлення юридичної фірми „Klegal” і журналу „Personal”, близько 20% всіх компаній постійно спостерігали за тим, як використовують їх співробітники Інтернет і електронну пошту; при цьому 10% з них не попереджували про це працівників [3, с. 28].

Прикладом правового регулювання забезпечення права на приватність працівників є також Американський акт про таємницю електронних комунікацій 1986 року, який прямо забороняє роботодавцям перехоплювати особисті розмови та листи працівників.

Розвинуте трудове та інформаційне законодавство мають такі країни, як Австрія, ФРН та Швеція, де роботодавець зобов'язаний погоджувати з працівником питання щодо спостереження на робочому місці [1, с. 38].

У Російській Федерації в новому Трудовому кодексі РФ 2002 року міститься розділ «Захист персональних даних працівника», де йдеться про порядок отримання, зберігання, передачі та іншого використання інформації про працівника.

Європейський Суд з прав людини створив кілька прецедентів шляхом розгляду подібних питань. Так, у справі „Halford v. UK” було встановлено, що дія статті 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року “Право на повагу до приватного та сімейного життя” поширюється на телефонні переговори, як службові, так і приватні, які проводяться по телефону, встановленому в офісі.

У справі „Niemetz v. Germany” Суд вирішив, що у понятті “право на недоторканість житла” термін “житло” включає службові приміщення, у тому числі робоче місце особи [7, с. 769].

Чинний Кодекс законів про працю України не містить спеціальних норм щодо захисту права на недоторканість приватного життя працівників, попри існуючу нагальну потребу в правовому регулюванні.

На нашу думку, здійснення контролю за працівниками є сферою правил внутрішнього трудового розпорядку. Принципи та межі здійснення контролю мають бути закріплені на законодавчому рівні й конкретизовані у відповідному локальному акті – правилах внутрішнього трудового розпорядку. З положеннями останнього працівника слід обов'язково ознайомити під розпис.

Для забезпечення права на приватність працівників необхідно, щоб правила внутрішнього розпорядку містили не просто вказівку на наявність систем стеження, але й приводили обґрунтування виробничої необхідності встановлення, наприклад, відеокамер. Крім цього, в кожному робочому приміщенні, де встановлено систему стеження, повинна бути відповідна табличка.

Слід також суворо регламентувати питання показу і тиражування (розповсюдження) отриманої в офісі відео-, аудіо- та іншої інформації. Наприклад, відеозапис, що зафіксував яку-небудь провину працівника, може бути переглянутий лише його безпосереднім начальником і керівником організації, оскільки саме від них залежить питання про накладення стягнення.

Демонстрація такого запису іншим особам, зокрема, співробітникам працівника, який провинився (наприклад, для “повчання”) є порушенням приватності.

Слушною, на наш погляд, є думка про необхідність розробки та прийняття окремого нормативно-правового акту, або внесення змін і доповнень до чинного Кодексу законів про працю України з метою забезпечення детального правового регулювання підстав та меж здійснення моніторингу за діяльністю працівника на робочому місці.

Отже, українське законодавство ще має пройти у цьому напрямку шлях, який, сподіваємося, не буде занадто довгим. Проведення наукових досліджень, запозичення світового досвіду сприятимуть тому, що рівень забезпечення права на приватність працівника відповідатиме міжнародним стандартам.

ЛІТЕРАТУРА:

1. *Лихова С.* Кримінальна відповідальність за порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку чи через комп'ютер.// Конкуренція. – 2005. – № 2. – С. 35-40.
2. Приватність і права людини: Міжнародний огляд законодавства та практики його застосування щодо приватності.// Свобода висловлювань і приватність. – 1999. – № 2. – С. 11-13.
3. *Романов Р.* Право на приватність в Україні.// Свобода висловлювань і приватність. – 2005. – № 2. – С. 26-30.
4. *Серьогін В. О.* Актуальні проблеми забезпечення конституційного права особи на недоторканість приватного життя під час її перебування на робочому місці.// Наукові записки Харківського економіко-правового університету. – 2005. – № 2. – С. 53-64.
5. <http://airclimat.com.ua/>
6. <http://hrliga.com/>
7. *Niemetz v Germany.* Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: в 2т. Т.1./ Председатель редакц. Коллегии, к.ю.н., проф. В.А.Туманов. – М.: Издательство НОРМА, 2001. – 856 с., С. 768-774.

SUMMARY

The article is dedicated to the problems of the guarantee of the right to privacy in the workplace. Nowadays, monitoring and observance of the workers is accomplished at many enterprises, while the legislative substantiation of this control is absent. Practice indicates that many employers are misusing control, using the obtained private information about a worker in their interests. In order to suppress this disturbance of the right to privacy of workers, the author suggests establishing the responsibility for this disturbance.

Key-words: right to privacy, employer, worker, disturbance.

Розділ V

Медичне право

Т. Заварза

Україна

Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

Науковий керівник – доц. І. В. Венедиктова

ПРОБЛЕМИ ЗБЕРЕЖЕННЯ ЛІКАРСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ

Відповідно до ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, не мають права розголошувати ці відомості, крім передбачених законодавчими актами випадків. При використанні інформації, що становить лікарську таємницю, в навчальному процесі, науково-дослідній роботі, в тому числі у випадках її публікації у спеціальній літературі, повинна бути забезпечена анонімність пацієнта. Одним із обов'язків медичних працівників є збереження лікарської таємниці, яку становлять відомості про пацієнта, одержані шляхом використання службового становища. Дане питання – це один з проблемних аспектів стосунків між лікарем і пацієнтом, що не знайшов широкого відображення у сучасній науковій літературі, адже вважається, що закріплена у Кримінальному кодексі України відповідальності за незаконне розголошення лікарської таємниці та відбиття проблеми її розголошення у різноманітних процесуальних актах остаточно регламентує рамки взаємовідносин пацієнта і лікаря. Між тим при реалізації зазначених положень виникає ряд проблем, що при сумлінному виконанні лікарем свого обов'язку спричиняють шкоду третім особам.

Ще в давнину лікарі усвідомлювали необхідність зберігати таємниці своїх пацієнтів. У «Клятві Гіппократа» говориться: «Я присягаюся Апполоном-

лікарем, Ескулапом, Гігією і Панацеєю...що б я не бачив, що б я не чув при спілкуванні з людьми при виконанні своїх обов'язків або навіть поза ними, я буду мовчати про те, чого не слід розголошувати і вважаю мовчання своїм обов'язком». Лікарська таємниця визнана на законодавчому рівні поряд із адвокатською або нотаріальною і є умовою зрозумілою та природною при візиті лікаря. Заборона розголошення лікарської таємниці прописана не лише у Основах законодавства України про охорону здоров'я, а й у Кримінально-процесуальному кодексі, де у п.1 ч.1 ст. 69 зазначено: не можуть бути допитані як свідки лікарі – з приводу того, що їм довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності, якщо вони не звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості; а у п.2 ч.1 ст. 51 Цивільного процесуального кодексу говориться: не підлягають допиту як свідки особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з їхнім службовим чи професійним становищем, – про такі відомості. Тож виникає ситуація, за якої лікар не може втрутитися у судовий процес із даними про захворювання особи, які мають значення для вироку. Дилема криється також у ситуації, коли лікар за родом своєї діяльності має дані про психічну хворобу викликаного свідка, з причини якої той не може давати адекватні свідчення (це може бути тимчасовий психічний розлад) і не може повідомити про це.

Поширення практики сімейних лікарів і всебічна підтримка її державою дозволяє змодельовати ситуацію, за якої сімейний лікар дізнається про те, що його хворий на сифіліс чи тяжку генетичну хворобу пацієнт зібрався укласти шлюб, як має вчинити він в цьому випадку – залишитися байдужим спостерігачем? Однак лікарська професія по суті своїй не визнає байдужості. А між тим окремою статтею діючого Кримінального кодексу є ст. 145 «Незаконне розголошення лікарської таємниці», що передбачає відповідальність за умисне розголошення лікарської таємниці особою, якій вона стала відома у зв'язку з виконанням професійних чи службових обов'язків, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки. Розміщення даного діяння серед кримінально караних є безумовним свідченням приділення законодавцем особливої уваги правовідносинам у цій сфері. Лікарською таємницею визнаються відомості про стан здоров'я пацієнта, перебіг його хвороби, засоби лікування, інтимні та сімейні сторони життя, що стали відомі лікарю у зв'язку з виконанням своєї роботи. Потрібно зазначити, що в українського лікаря шансів потрапити за ґрати за вказаний злочин набагато більше, ніж у його колег в інших державах, оскільки порушення лікарської таємниці може відбуватися лише в окремих випадках, які передбачені законодавством, а таких підстав, як небезпека для здоров'я оточуючих для розголошення лікарської таємниці окремому колу осіб не існує. Органи правосуддя, правоохоронні органи, в окремих випадках родичі, а також роботодавці при проведенні медичних оглядів можуть дізнатися про захворювання пацієнта.

Заслуговує на увагу вирішення цього питання російськими колегами, що у липсопаді 1994 р. затвердили «Етичний кодекс російського лікаря», де визначили підстави, за яких розголошення лікарської таємниці не є злочином, це:

- ✓ розголошення лікарської таємниці з метою професійних консультацій;
- ✓ з метою проведення наукових досліджень, оцінок ефективності лікувально-оздоровчих програм, експертизи якості медичного допомоги і учбового процесу;
- ✓ коли у лікаря немає іншої можливості попередити спричинення значної шкоди самому пацієнту або оточуючим;
- ✓ за рішенням суду.

У подальшому даний кодекс вдосконалювався і зараз російський законодавець розрізняє поняття медичної та лікарської таємниці. Однак в Україні, окрім закріплення лікарської таємниці у ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я та Кримінальному кодексі, не спостерігається тенденції до більш детального вергулювання даної пролеми. Тому українські лікарі стикаються з позовами до суду за поінформовання родичів пацієнта та за розголошення лікарської таємниці оточуючим хворого. Віднесення розголошення лікарської таємниці до кримінально караних діянь свідчить про нагальну потребу детально врегулювати всі аспекти цього питання.

Українське законодавство змушує лікарів відмовляти собі у проявах людяності, що можуть бути засуджені як у цивільному, так і в кримінальному порядку. Український лікар не може:

- ✓ попередити людину, що може постраждати від безпосереднього спілкування з хворим, без його згоди;
- ✓ розкрити лікарську таємницю з метою професійних консультацій.

Проте дедалі більше проблем виникає не стільки у зв'язку з ненаданням лікарям певних можливостей у цій сфері, а з причин нехтування медиками своїми посадових обов'язків. Не лише недоліки законодавства є причиною неналежного виконання лікарями свого етичного обов'язку. Низька професійна культура лікарів – це одна з передумов недодержання лікарської таємниці. Відомо, що українські лікарі не набто переймаються умовами зберігання медичних карток пацієнтів, при бажанні будь-хто може ознайомитися з медичними справами, що складаються на стіл медсестри. З метою навчання студентам медичних закладів дозволяють (і, навіть, заохочують!) вивчати медичні картки пацієнтів, які перебувають на лікуванні. Лікарська таємниця лишається однією з проблем, вирішення якої може зачекати, оскільки існують проблеми значно важливіші, а, між тим, скарги на неетичність лікарської поведінки не зникають. Питання, що для лікаря є не дуже важливим, подекуди перетворюється на одне з ключових для пацієнтів, які страждають дерматологічними, венеричними, статевими захворюваннями. Інформація ж про стан пацієнта продовжує залишатися для лікаря тією, що може бути представлена кожному, хто назветься родичем пацієнта, при цьому не потрібно підтверджувати родинні зв'язки та пред'являти документи.

Однією з важливих проблем збереження лікарської таємниці є, на нашу думку, збереження інформації про пацієнта після проведення медичних оглядів. Законодавець вказує на обов'язок лікаря після проведення медичного огляду у деяких категорій професій усі результати обстеження, що проводяться лікарями-спеціалістами (у тому числі лабораторних, клінічних та інших досліджень), обов'язково занести до особистої медичної книжки. На підставі результатів обстеження лікар повинен зробити висновок щодо можливості допущення працівника до роботи. Частими є випадки, коли ще до встановлення остаточного діагнозу роботодавець попереджається про те, що у його робітника можливо наявні протипоказання до певного виду діяльності. Взагалі усі закони та

постанови, що регулюють питання проведення медичних оглядів не мають жодних вказівок на обов'язок лікаря зберігати лікарську таємницю, а між тим медичні книжки знаходяться у роботодавця, який не заборонено розголошувати відомості, що одержані з неї. При цьому не враховується положення ст. 286 ЦК, яка встановлює: забороняється вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування фізичної особи. Лікарська таємниця ніби відступає перед обов'язковими медичними оглядами. Кожна шкільна медсестра вважає за необхідне повідомити клас про хворобу, якою занедужав їх товариш, не замислюючись над подальшою долею цієї доитини в колективі. Ось тут і виявляється головна проблема збереження лікарської таємниці: з одного боку це не закріплена законом можливість лікаря попередити осіб, що можуть захворіти в результаті спілкування з хворим про ризик і з іншого боку обов'язок піклуватися про інтереси свого пацієнта. Однак для попередження близького оточення хворого мають бути об'єктивні причини: небажання самого хворого убезпечити родичів та знайомих; неможливість пацієнта зробити це у зв'язку з ненаданням йому повної медичної інформації.

Врегульовуючи питання лікарської таємниці законодавець не залишає лікарю можливості чинити згідно з нормами людської моралі, що як відомо є одними із опосередкованих джерел права. Лікар не може діяти у рамках людяності, що не заважає йому порушувати норми зберігання медичних книжок та надавати інформацію про стан пацієнта усім, хто назветься родичем. Законом не закріплено обов'язок лікаря перевіряти достовірність рідства. Відмічають, що українські лікарі працюють в екстремальних умовах, однак подекуди ці умови погіршуються законодавчо. Прояви моралі, принаймні щодо лікарської таємниці, нашим медикам заборонені. А між тим тихе обурення пацієнтів на неетичну поведінку медичного персоналу зростає. І той, хто намагається віднайти правильні слова аби переконати оточуючих у тому, що поставлений лікарем діагноз не заважатиме спілкуванню, розуміє, хто відкрив його таємницю, а тому звертається до правосуддя, однак отримує досить нечітку відповідь на запитання: а чи є в Україні лікарська таємниця?

ЛІТЕРАТУРА:

1. *Данилевский В. Я.* Врач и его призвание, – Х, 1921.
2. Законодавство України про охорону здоров'я. – К.: КНТ, 2004.
3. *Плаксин В.* Охорона лікарської таємниці: її вирішення на практиці // *Право України.* – 1996. – № 1.
4. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України "Про інформацію" та статті 12 Закону України „Про прокуратуру” (справа К. Г. Устименка) м. Київ. – 30 жовтня 1997 року.

SUMMARY

The article concerns the keeping of medical privacy. A series of actual problems, which appear in doctor's practice and also the ways of solving these problems, are elucidated in this article. The author investigates the experience of the Russian lawmakers in regulating this problem. The author emphasizes that one of the main shortcomings of the Ukrainian legislation is the legislative limitation of freedom of doctor's actions with the aim of social necessity.

Key-words: medical privacy, freedom of doctor's actions, social necessity.

Розділ VI

Проблеми кримінального права, процесу і кримінології

W. Wardowski

Poland

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Research adviser – prof. dr hab. Józef Skoczylas

OGÓLNE ZAGADNIENIA PRZESTĘPSTWA W ŚWIETLE POLSKIEGO PRAWA KARNEGO

Polski kodeks karny oraz znajdujące się poza nim ustawy dodatkowe stanowią podstawowe źródło materialnego prawa karnego. Jednakże nigdzie nie jest dokładnie określona legalna definicja przestępstwa. Można jednak na podstawie art. 1 § 1-3 k.k., w którym zawarte są warunki odpowiedzialności stwierdzić, że: przez przestępstwo rozumiemy czyn człowieka zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary jako zbrodnia lub występki, bezprawny, zawiniony i społecznie szkodliwy w stopniu wyższym od znikomego. Definicja utworzona powyżej jest definicją formalno – materialną. Do głównych elementów definicji przestępstwa należą: czyn człowieka; społeczna szkodliwość; karalność; wina sprawcy i bezprawność.

Przez czyn człowieka w prawie karnym rozumiemy tylko i wyłącznie zewnętrzne zachowanie się człowieka. Jednakże nie ma legalnej definicji tego pojęcia, a próba zdefiniowania wchodzi w zakres filozofii i teorii prawa karnego i jest odmiennie kształtowana w różnych koncepcjach teoretycznych. Zachowanie może być tylko wytworem woli człowieka, a zachowanie wyłącznie pod wpływem przymusu fizycznego czynem nie jest, jeżeli sprawca nie mógł się oprzeć tej sile (*vis absoluta*).

W polskim prawie karnym zdefiniowane jest pojęcie czynu zabronionego (art. 115 §1 k.k.). Obecnie istnieje kilka sposobów rozumienia tego pojęcia. Należą do nich, następujące koncepcje czynu:

Vivat justitia!

- ✓ wartościująca;
- ✓ socjologiczna;
- ✓ naturalistyczna;
- ✓ kazualna;
- ✓ finalna.

Ciekawym aspektem prawa karnego jest brak czynu w znaczeniu prawnokarnym przy pozorach czynu. Mówimy tu o sytuacji gdy dane zachowanie nie stanowi podstawy odpowiedzialności karnej. Czynem w świetle prawa karnego jest:

1. działanie;
2. zaniechanie, które może dzielić się na:
 - ✓ przestępstwa formalne (właściwe z zaniechania), gdzie sprawcą może być każdy,
 - ✓ przestępstwa skutkowe (niewłaściwe z zaniechania), gdzie sprawcą może być tylko gwarant (art. 2 k.k.).

Opis przestępstwa musi zawierać ustawowe znamiona, a dotyczą one:

1. podmiotu przestępstwa;
2. przedmiotu ochrony;
3. strony przedmiotowej, w skład której wchodzi:
 - ✓ czyn,
 - ✓ związek przyczynowy,
 - ✓ czas i miejsce popełnienia czynu zabronionego, jeżeli należą do znamion,
 - ✓ przedmiot czynności wykonawczej – czyli osoba lub rzecz, na której zostało popełnione przestępstwo,
 - ✓ skutek, gdy mamy do czynienia z przestępstwami skutkowo – materialnymi,
 - ✓ okoliczności, w których dokonano przestępstwa.

Reasumując możemy stwierdzić, że pojęcie czynu zabronionego jest węższe od pojęcia czynu w ogóle. Wnioskujemy to m.in. na podstawie wcześniejszych rozważań oraz z art. 115 § 1 obecnego k.k., w myśl którego czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej.

Spółeczna szkodliwość będąca elementem materialnym przez, który rozumiemy ujemną wartość zachowania z punktu widzenia przyjętych w społeczeństwie założeń aksjologicznych, dopiero w kodeksie karnym z 1997 r. została w ten sposób nazwana. Obecnie ustawodawca zrezygnował z wprowadzenia społecznej szkodliwości jako elementu warunkującego odpowiedzialność karną. Kodeks karny posiada jedynie zasadę, w myśl której nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, którego społeczna szkodliwość jest znikoma w postaci art. 1 § 2 k.k. Powyższy zabieg został wprowadzony w myśl zasady nullum crimen sine periculo sociali – nie ma przestępstwa bez społecznej szkodliwości, gdzie została jej nadana ranga normy konstytucyjnej. Społeczna szkodliwość podlega stopniowaniu, gdzie obok stopnia znikomego (art. 1 § 2 k.k.) występuje określenie szkodliwości o stopniu, który „nie jest znaczny” (art. 66 § 1 k.k.). Nie należy także zapominać, że obowiązkiem sądu przy wymierzaniu kary jest uwzględnienie stopnia społecznej szkodliwości czynu (art. 53 § 1 k.k.). Występują różne koncepcje społecznej szkodliwości czynu wśród, których wyróżniamy:

- ✓ kierunek obiektywistyczny, gdzie społeczna szkodliwość rozumiana jest wyłącznie przedmiotowo; decyduje zatem tylko rodzaj dobra, rozmiar szkody, okoliczności czynu i sposób zachowania się sprawcy;
- ✓ kierunek uniwersalny, posiadający wymienione wyżej elementy przedmiotowe i elementy podmiotowe związane z czynem (zamiar, nieumyślność, motyw i pobudki działania) i ze sprawcą; do elementów związanych ze sprawcą zaliczamy: dotychczasowy sposób życia, ewentualną wcześniejszą karalność, cechy charakteru i osobowości;
- ✓ kierunek kompleksowy, który znalazł uznanie ustawodawcy poprzez wprowadzenie go do art. 115 § 2 k.k.; ten przedmiotowo-podmiotowy charakter społecznej szkodliwości czynu posiada największą liczbę zwolenników w polskiej doktrynie karnej.

Następny element przestępstwa stanowi karalność oznaczająca, że dany czyn jest zabroniony pod groźbą kary kryminalnej. Przez karalność trzeba rozumieć karę grożącą, a nie wymierzaną. W obecnym kodeksie możemy odnaleźć wiele przepisów uchylających karalność. Są to przepisy dotyczące:

- ✓ czynnego żalu (art. 15, 17, 23 k.k.);
- ✓ odstąpienia od wymierzenia kary (art. 25 § 3, 26 § 3, 61, 217 §2 k.k.);
- ✓ abolicji, polegającej na zakazie wszczynania postępowania, na nakazie umorzenia postępowania już wszczętego lub na zatarciu skazania.

Kolejny składnik przestępstwa stanowi wina. Dawniej prawo łączyło jedynie odpowiedzialność karną z samym przedmiotowym związkiem między zachowaniem się człowieka a ujemnym skutkiem jego postępowania. Jednak wraz z rozwojem prawa karnego uwzględniono element subiektywny w zachowaniu sprawcy, który określono mianem winy. Zostało to też uwzględnione, w art. 1 § 3 k.k. mówiącego, że nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu. Artykuł ten wyraża rzymską maksymę: *nullum crimen sine culpa* – żadna zbrodnia bez winy. Wyjaśnia to sytuację, gdy osoby niepełnosprawne czy nieletni nie mogą popełnić przestępstwa, a jedynie czyn zabroniony. Oznacza to, że nie można wobec nich orzekać kar, a jedynie środki zabezpieczające. Pomimo iż wystąpienie przestępstwa uzależnione jest od winy, nie została ona zdefiniowana przez ustawodawcę. W prawie karnym ukształtowały się dwie teorie winy:

1. normatywna, której twórcami byli J. Goldschmidt, B. Freudenthal i R. Frank w Niemczech w XX w.; głównym założeniem ich teorii było to, że wina nie wyczerpuje się w przeżyciu psychicznym, tylko na możliwości dokonania oceny – podjęcia przez sprawcę wadliwej decyzji woli i wadliwego postępowania; główną przyczyną zarzutu jest naruszenie przez niego normy postępowania wyznaczonej jako powinność zachowania się zgodnego z prawem, przy założeniu, że sprawca znajduje się w normalnej sytuacji motywacyjnej; teoria normatywna dzieliła się na dwie dodatkowe teorie:
 - ✓ normatywną kompleksową, która przez winę rozumie zarzut i element umyślności lub nieumyślności czynu;
 - ✓ normatywną czystą, która przez winę ujmuje sam zarzut, nie uwzględniając elementów psychicznych.

2. psychologiczna, która za winę rozumiała stosunek psychiczny sprawcy do czynu, którego dokonał; na gruncie szkoły klasycznej prawa karnego, winę rozumiano jako węzeł psychiczny łączący sprawcę z czynem; teoria ta oddzielała winę od czynu; wynikało więc z niej, że aby udowodnić winę trzeba odtworzyć przeżycia psychiczne sprawcy; teoria ta dzieliła się na dwie teorie:
- ✓ woli – cechującą się tym, iż wina polegała na złym zamiarze (*dolus malus*); winę traktowano jedynie jako złą wolę sprawcy;
 - ✓ wyobrażenia – mówiącą, że wina jest niczym innym jak świadomością sprawcy o potencjalnej możliwości popełnienia czynu zabronionego, która zarazem nie powstrzymuje sprawcy przed podjęciem tegoż czynu; głównym przedstawicielem tej teorii był F. Liszt.

Teoria psychologiczna posiada dwa mankamenty. Pierwszym z nich jest brak możliwości przypisania winy niedbalstwu, gdzie występuje brak świadomości i woli. Drugim jest problem tego, iż samo nastawienie psychiczne nie może być samo w sobie winą.

W polskiej doktrynie prawa karnego przewagę ma normatywna teoria winy, szczególnie czysta teoria winy, mające swe podstawy w finalnej teorii czynu wg, której czyn jest świadomym i finalnym zachowaniem człowieka. W tej koncepcji sprawca musi posiadać świadomość znamion czynu zabronionego i pragnąć go, wina stanowi tylko ocenę jego zachowania.

Do okoliczności wyłączających winę należą:

- ✓ nieletniość (art. 10 k.k.);
- ✓ rozkaz (art. 318 k.k.);
- ✓ błąd w stosunku do określenia kontratypu lub okoliczności wyłączającej winę (art. 29 k.k.);
- ✓ niepoczytalność (art. 31 k.k.);
- ✓ stan wyższej konieczności (art. 26 § 2 k.k.).

Natomiast do okoliczności dających możliwość przypisania winy należą:

1. zdolność rozpoznawania bezprawności czynu (art. 30 k.k.);
2. normalna sytuacja motywacyjna;
3. zdolność do zawinienia, uwarunkowana przez:
 - ✓ poczytalność, dająca możliwość kierowania postępowaniem i rozpoznania znaczenia czynu;
 - ✓ ukończeniem pewnego wieku – w polskim prawie karnym jest to 17 lat (art. 10 § 1 k.k.).

Do ostatniego niezbędnego elementu przestępstwa należy bezprawność przez którą rozumiemy sprzeczność czynu z normami prawa (poprzez naruszenie normy prawnokarnej). Ażeby uznać dany czyn za bezprawny muszą wystąpić odpowiednie ustawowe znamiona czynu zabronionego. W pewnych przypadkach mogą wystąpić okoliczności powodujące, że czyn nie jest uznany za bezprawny. Okoliczności te noszą nazwę kontratypów, przykładem może być obrona konieczna. Kontratyp możemy zdefiniować jako okoliczność wyłączającą bezprawność, powodując, że zachowanie formalnie uznane za przestępstwo, nie jest nim. Kontratyp legalizuje czyn zabroniony i możemy je podzielić na:

1. kodeksowe: dozwolona krytyka (art. 213 k.k.), obrona konieczna (art. 25 k.k.), ostateczna potrzeba w wojsku (art. 319 k.k.), stan wyższej konieczności (art. 26 § 1 k.k.), dozwolone ryzyko (art. 27 k.k.);
2. pozakodeksowe: zabiegi lecznicze, ryzyko sportowe, przerwanie ciąży, zgoda pokrzywdzonego, działanie w ramach uprawnień i obowiązków, karcenie małoletnich.

Reasumując bezprawność jest zbieżnością formalnego zakazu karnego i braku kontratyphu (elementu wyłączającego bezprawność).

Podsumowując możemy stwierdzić, że w kodeksie karnym z 1997 r. przestępstwo posiada charakter formalno – materialny. Oznacza to, że dla uznania czynu zabronionego za przestępstwo nie wystarczy samo formalne naruszenie przepisu, lecz także musi on w sobie posiadać materialnie ujemną treść czyli społeczną szkodliwość. Natomiast do elementów formalnych zaliczamy czyn człowieka, karalność, czyli zachowanie zabronione przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary, winę i bezprawność. Wszystkie wymienione składniki są cechami konstytutywnymi przestępstwa.

BIBLIOGRAFIA:

1. Buchała K., Zoll A.: Polskie prawo karne, Wyd. PWN, Warszawa 1997.
2. Cieślak M.: Polskie Prawo karne, Warszawa 1990.
3. Śliwiński S.: Prawo karne materialne, Warszawa 1946.
4. Świda W.: Prawo karne, Warszawa 1989.
5. Szewczuk W.: Psychologia Wyd. Szkolne i Pedagogiczne, Warszawa 1990.
6. Wolter W: Zarys systemu prawa karnego, t. II.
7. Zoll A.: Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994.
8. Orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie 2000, nr 7-8.
9. Państwo i Prawo 1980, nr 7.
10. Prokuratura i Prawo 1997, nr 2.
11. Wojskowy Przegląd Prawniczy 1955, nr 3.

SUMMARY

The article shows that the definition of crime was presented with all its elements. Since the concept does not contain the legal definition, an attempt to reconstruct the undertaken provision in the present Codex of Criminal Law of 1997 is made. Based on this, a formal and material definition arose. Elements of crime were described in depth in: a person's act, social damage, punishment, guilt of the culprit etc.

Key-words: definition of crime, person's act, social damage, punishment.

А. Кузьмин

Россия

Смоленский гуманитарный университет

Научный руководитель – к.ю.н., доцент Э.Г. Шкредова

**КВАЛИФИКАЦИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ СО
СПЕЦИАЛЬНЫМ ИСПОЛНИТЕЛЕМ**

В уголовно-правовой литературе для обозначения исследуемых преступлений чаще всего используется термин “преступления со специальным субъектом” [1, с. 166; 2, с. 50], реже – “преступления со специальным составом” [3, с. 4]. Вместе с тем, как отмечает А. И. Рарог, “это наименование является неточным, поскольку в нормах Особенной части УК предусматривается уголовная ответственность лиц, непосредственно совершивших описанные в диспозициях преступления. А соучастниками (организаторами, подстрекателями и пособниками) таких преступлений, по общему правилу, могут быть и лица, не обладающие специальным признаком” [4, с. 264].

Общее решение вопроса о квалификации действий лиц, не обладающих специальным признаком, но принимающих участие в преступлении со специальным исполнителем, отражено в ч. 4 ст. 34 УК РФ: “Лицо, не являющееся субъектом преступления, специально указанным в соответствующей статье Особенной части настоящего Кодекса, участвовавшее в совершении преступления, предусмотренного этой статьей, несет уголовную ответственность за данное преступление в качестве его организатора, подстрекателя либо пособника”. Как видно, уголовный закон допускает возможность соучастия в преступлениях со специальным исполнителем. Однако лицо, не обладающее признаками специального исполнителя, может быть только организатором, подстрекателем или пособником при его совершении и никак не исполнителем (соисполнителем). В уголовно-правовой литературе данный вопрос в большей части решается подобным же образом [2, с. 50, 51; 5].

Между тем возникает вопрос: во всех ли таких преступлениях могут принимать участие в качестве организаторов, подстрекателей или пособников лица, не обладающие специальным признаком, т. е. во всех ли случаях можно применять положения ч. 4 ст. 34 УК? Так, Н. Иванов, ориентируясь на данную норму, считает, что “лицо, достигшее возраста уголовной ответственности, но не имеющее необходимых признаков специального субъекта вовлечения несовершеннолетнего в совершение преступления, может выполнять роль подстрекателя, пособника или организатора, и его действия следует квалифицировать с указанием выполняемой роли” [2, с. 50]. Представляется, что повышенный возраст привлечения к уголовной ответственности распространяется и на других соучастников, а не только на исполнителя, т. е. соучастие в лице несовершеннолетних в данном случае невозможно (в конечном счете ст. 150 УК направлена на защиту несовершеннолетних). Вместе с тем не

исключается ответственность несовершеннолетних за подстрекательство (организацию, пособничество) к конкретному преступлению.

Кроме того, соучастие в принципе невозможно в преступлении со специальным субъектом, когда специальный признак носит сугубо личностный характер и не отражается на характере и степени общественной опасности самого деяния [4, с. 267], например при убийстве матерью новорожденного ребенка. В данном случае смягчающие обстоятельства (например психотравмирующая ситуация) относятся исключительно к личности виновной, а, соответственно, не могут оказывать влияния на квалификацию действий других лиц. Поэтому здесь не применимо правило ч. 4 ст. 34 УК. Представляется, что соучастники в данном случае будут нести ответственность за убийство [3, с. 5; 4, с. 269, 270], причем за его квалифицированный состав (т. е. по п. “в” ч. 2 ст. 105 УК со ссылкой на ст. 33 УК либо без таковой).

В плане возможности соучастия и квалификации действий соучастников немалый интерес представляют преступления, схожие по всем признакам состава, за исключением субъекта преступления. Например, шпионаж как форма государственной измены (ст. 275 УК) может быть совершен только гражданином Российской Федерации, а субъектом шпионажа как самостоятельного преступления (ст. 276 УК) – только иностранный гражданин или лицо без гражданства (иных субъектов не существует). По мнению Н. Иванова, гражданин РФ, принимавший участие в сборе сведений, составляющих государственную тайну, “будет отвечать и как исполнитель (соисполнитель) шпионажа и по ст. 275 УК (государственная измена), ибо в этой норме точно зафиксировано, кто может быть субъектом преступления” [2, с. 51]. Допускает соучастие граждан РФ в шпионаже и С. Аветисян [3, с. 6]. Представляется, что в этих преступлениях соучастие (граждан РФ в шпионаже, и наоборот, иностранных граждан в государственной измене) не возможно ни в виде соисполнительства, ни в виде действий организатора, подстрекателя или пособника. Как отметил А. И. Рарог, в таких преступлениях “аналогичные действия гражданина Российской Федерации могут квалифицироваться только как государственная измена либо в форме шпионажа, если он был соисполнителем, либо в форме оказания иной помощи в проведении враждебной деятельности в ущерб внешней безопасности РФ, если он оказывал содействие иностранному шпиону” [4, с. 271].

Проблема квалификации действий лиц, не обладающих признаком специального субъекта, возникает применительно к случаям, когда такие лица вместе со специальным субъектом непосредственно совершают действия, образующие объективную сторону преступления. Такое соисполнительство невозможно при совершении подавляющего большинства преступлений со специальным исполнителем. Однако в отдельных случаях возможно совместное выполнение части объективной стороны специальным исполнителем и лицом, не обладающим специальным признаком.

Так, при изнасиловании может быть только лицо мужского пола. При этом, как разъяснил Верховный Суд РФ в постановлении Пленума от 15 июня 2004 г. № 11 “О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного Кодекса Российской Федерации”, если каждый соучастник выполнил хотя бы часть объективной стороны преступления, например, применял к потерпевшей физическое или психическое насилие, то он является соисполнителем [6]. Как справедливо отметил Б. В. Волженкин, “принадлежность к женскому полу никак не мешает лицу совершить такие

действия, входящие в объективную сторону изнасилования, как физическое насилие или угрозы в отношении потерпевшей” [7, с. 15]. Таким образом, в данном преступлении женщина выполняет функцию соисполнителя. Однако из буквального толкования ч. 4 ст. 34 УК РФ следует, что деяния таких соисполнителей должны квалифицироваться как действия организаторов, подстрекателей или пособников. Но при этом их действия (т. е. действия соисполнителей) не подпадают ни под одну из этих ролей, т. е. при квалификации не возможна ссылка ни на одну из трех частей (ч. 3-5) ст. 33 УК РФ. По мнению А. И. Рарога, “выходом из этого тупика могло бы стать исключение из ч. 2 ст. 33 взятого в скобки слова «соисполнители», исключение ч. 2 из ст. 34, дополнение ч. 3 ст. 34 указанием на соисполнителя и, наконец, дополнение ч. 4 ст. 34 УК указанием на то, что лицо, не обладающее признаком специального субъекта, может нести за него уголовную ответственность в качестве соисполнителя. Все эти преобразования позволили бы: а) термин «соисполнитель» применять только к исполнителю преступления со специальным субъектом, не обладающему специальным признаком; б) квалифицировать действия таких лиц как соисполнителей преступления со специальным исполнителем; в) при квалификации их действий ссылаться на ч. 2 ст. 33 УК, из чего будет видно, что лицо непосредственно участвовало в совершении преступления, но не обладало признаком специального исполнителя” [4, с. 274]. На наш взгляд, достаточно внести коррективы в ст. 34 УК РФ (как это сделал, например, Р. С. Рыжов [1, с. 169, 170]), изложив ч. 4 в следующей редакции: “Лицо, не являющееся субъектом преступления, специально указанным в соответствующей статье Особенной части настоящего Кодекса, участвовавшее в совершении преступления, предусмотренного этой статьей, несет уголовную ответственность за данное преступление в качестве его организатора, подстрекателя либо пособника. В случаях, когда часть из совокупных действий, образующих объективную сторону таких преступлений, может совершить любой субъект, то он несет ответственность в качестве соисполнителя”. Такое уточнение, по нашему мнению, внесет определенную ясность в вопрос о соучастии в преступлениях со специальным исполнителем.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Рыжов Р. С.* Уголовная ответственность соучастников преступления: Дисс. ... канд. юрид. наук / Р. С. Рыжов. – Рязань, 2003.
2. *Иванов Н.* Соучастие со специальным субъектом // *Российская юстиция*. – 2001. – № 3.
3. *Аветисян С.* Проблемы соучастия в преступлении со специальным субъектом (специальным составом) // *Уголовное право*. – 2004. – № 1.
4. *Рарог А. И.* Квалификация преступлений по субъективным признакам – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.
5. *Курс уголовного права: Общая часть*. – Т. 1: Учебник для вузов. / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой (авт. главы – В. С. Комиссаров). – М., 2002. – Электронный ресурс // Справочная правовая система “Гарант”.
6. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2004 г. № 11 “О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного Кодекса Российской Федерации // *Российская газета*. – 2004. – 29 июня.
7. *Волженкин Б. В.* Некоторые проблемы соучастия в преступлениях, совершаемых специальными субъектами // *Уголовное право*. – 2000. – № 1.

А. Марку

Україна

Українська академія банківської справи Національного Банку України

Науковий керівник – ст. викладач, проф. П. Маланчук

ПРОБЛЕМИ ВВЕДЕННЯ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

На сучасному етапі розвитку в Україні відбувається процес становлення демократичної, соціальної та правової держави. Він характеризується гуманізацією суспільства, що передбачає внесення змін до усіх сфер життя суспільства.

Більшість існуючих проблем прямо чи опосередковано пов'язані з реалізацією прав і свобод людини і громадянина, забезпеченням їх гарантій та захистом порушених прав.

Актуальним питанням у кримінальному процесі на сьогодні є примирення обвинуваченого (підсудного) з потерпілим, оскільки на практиці процес примирення характеризується недостатньою законодавчою урегульованістю, що призводить до неоднорідного тлумачення закону. Ось чому належним чином я вирішила дослідити і проаналізувати введення інституту медіації у нашої державі.

Науковці, насамперед Шаланська І.В., дотримуються думки, що для успішного функціонування судової системи в Україні необхідно запровадити процедуру примирення у кримінальних справах середньої і невеликої тяжкості, що, на їх думку, зменшить зростання злочинності у нашої державі [1, с.83].

На сьогодні модель нашого правосуддя не досить вдала та ще не повністю сформована в частині процедури примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим, однак, вважаю, що немає необхідності вирішувати цю проблему суто шляхом наслідування усталеної практики зарубіжних країн.

Ст. 46 Кримінального кодексу України (надалі – КК України) передбачає звільнення особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, у випадку відшкодування завданих ним збитків або усунення заподіяної шкоди.

Відповідно до п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України „Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності” від 23.12.2005 року №12 звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова держави від застосування щодо особи, котра вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених Кримінальним кодексом України, у порядку, встановленому Кримінально-процесуальним кодексом України (надалі – КПК України).

Процедура примирення складається з двох елементів: акту прощення та

відшкодування завданих особою матеріальних збитків або усунення заподіяної шкоди. На думку Дроздова О., акт прощення є обов'язковим елементом примирення, на відміну від додаткового елементу відшкодування завданих особою збитків або усунення заподіяної шкоди [2, с.60].

Примирення обвинуваченого (підсудного) з потерпілим є досить складним процесом в силу його недостатньої законодавчої врегульованості.

Так, примирення обвинуваченого (підсудного) з потерпілим зазначається в п. 6 ч. 1 ст. 6 КПК України як обставина, що виключає провадження в кримінальній справі, що зумовлює закриття порушеної кримінальної справи, а ст. 7-1 КПК України передбачає порядок закриття провадження в кримінальній справі у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим.

Виходячи з ч. 1 ст. 8 КПК України законодавець за прокурором і слідчим закріпив право виносити мотивовану постанову про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності за наявності зазначених у ст.46 КК України підстав.

Звільнення особи від відповідальності має більш процесуальний характер, оскільки матеріальне право встановлює лише умови для звільнення особи від кримінальної відповідальності, а процес здійснення відбувається шляхом закриття провадження кримінальної справи судом [2, с.58].

Виходячи з ч.2 ст. 8 КПК України для суду звільнення обвинуваченого, підсудного від відповідальності та закриття провадження у зв'язку з їх примиренням з потерпілим на підставі подання є обов'язком, на відміну від прокурора та слідчого.

Безперечно питання щодо звільнення обвинуваченого, підсудного від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим повинен вирішувати суд. Але все ж вважаю необґрунтованим положення законодавця, який за умов вчинення особою вперше злочину невеликої тяжкості у випадку примирення з потерпілим та відшкодування завданих збитків наділяє прокурора, слідчого правом звернення до суду щодо вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності обвинуваченого, підсудного у зв'язку з примиренням з потерпілим, а суд – обов'язком за наявності цих же умов звільнити обвинуваченого, підсудного від кримінальної відповідальності.

Погоджуючись з думкою Дроздова О., вважаю за необхідне замінити в ч. 1 ст. 8 КПК України слово „вправі” на „зобов'язані за згодою обвинуваченого, потерпілого”, що забезпечить належну реалізацію ст. 46 КК України [2, с.58].

Наступним негативним моментом вважаю з точки зору матеріального права необхідність, на думку багатьох вчених, у зв'язку з процесом гуманізації суспільства розширити підстави звільнення від відповідальності у зв'язку з примиренням винуватого з потерпілим.

Насамперед, на думку Шаланської І.В., слід, крім злочинів невеликої тяжкості, звільняти особу від відповідальності у випадках примирення з потерпілим також при вчиненні злочинів середньої тяжкості [1, с.83].

Оцінюючи зазначену думку, слід підкреслити невиправданість такого положення з точки зору принципу справедливості, адже цим практично

прирівнюються умови звільнення від відповідальності за злочини середньої і невеликої тяжкості, що є недопустимим.

Цікавою в юридичній літературі є думка науковців, насамперед Сухарьової Н.Д., про можливість розширення умов звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим шляхом включення до вже існуючих умов також умови про відсутність у таких осіб раніше факту звільнення від відповідальності особи за nereабілітуючими обставинами [3, с.100].

Вважаю, що ст. 46 КК України необхідно доповнити ч. 2: „обвинувачений, підсудний може бути звільнений від кримінальної відповідальності за умов, крім передбачених ч.1 ст. 46 КК України, відсутності раніше факту звільнення від відповідальності за nereабілітуючими обставинами” з метою попередження вчинення повторних злочинів.

Ще одним процесуальним питанням є порядок закріплення результатів примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим.

Так, КПК України не визначає процесуальний порядок закріплення результатів примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим, що є досить важливим питанням.

Необхідно ввести єдиний процесуальний порядок примирення шляхом закріплення результатів примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим в „акті примирення”. Доречним є включення до КПК України ст. 8-1, у якій закріпити основні вимоги до „акту примирення”.

Багато уваги вітчизняні і зарубіжні науковці приділили питанням створення професійної спільноти медіаторів, повноваження яких включало б організацію і проведення примирних процедур у кримінальних справах, а також вирішення цих кримінальних справ.

На мій погляд, створення професійної спільноти медіаторів, як окремої структури, є необґрунтованим на сучасному етапі в нашій державі в силу таких причин:

- ✓ за Конституцією України єдиним органом, який здійснює правосуддя в Україні є суд;
- ✓ функцію медіаторів вже здійснюють прокурор, слідчий, суддя.

Отже, зазначене вище дає змогу стверджувати, що створення як окремої структури професійної спілки медіаторів виключає таку необхідність.

Таким чином, на підставі поданого аналізу проблем введення інституту медіації у кримінальному процесі України пропоную наступні шляхи подолання існуючих недоліків правосуддя щодо питання примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим:

1. Замінити в ч. 1 ст. 8 КПК України слово „вправі” на „зобов'язані за згодою обвинуваченого, потерпілого”, що забезпечить належну реалізацію положення, що надає право звільняти винувату особу від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим.

2. Включити до КПК України ст. 8-1, у якій би процесуальним документом

закріплення результатів примирення визнавався „акт примирення” обвинуваченого, підсудного з потерпілим, а також закріплювалися основні правила складання цього „акту” та вимоги до нього.

3. Доповнити КПК України ст. 8-2 такого змісту: „Участь захисника за вимогою обвинуваченого, підсудного у переговорах і процедурі примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим, а також забезпечення належного оформлення „акту примирення” є обов’язковим”.

4. Доповнити ст. 46 КК України ч. 2: „Обвинувачений, підсудний може бути звільнений від кримінальної відповідальності, за умови відсутності раніше факту звільнення від відповідальності за не реабілітуючими обставинами”.

ЛІТЕРАТУРА

1. *Шаланська І.* Впровадження програм примирення (медіації) у кримінальне судочинство України // Аналітика. –2006. –№ 8(50). – С.82-83.
2. *Дроздов О.* Правове регулювання звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв’язку з примиренням з потерпілим в сфері кримінального судочинства // Юридичний журнал.–2006. –№ 6(48). – С.58-62.
3. *Сухарева Н. Д.* Перспективы развития института освобождения от уголовной ответственности // Государство и право.–2005. –№ 7. – С.98-100.

Є. Назимко

Україна

Донецький юридичний інститут ЛДУВС України

Науковий керівник – к. ю. н., доц. М. Палій

ПРОПАГАНДА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ЯК ФАКТОР ПРОТИДІЇ КРИМІНАЛЬНІЙ СУБКУЛЬТУРИ

Наслідком недостатньо обміркованої тактики політичного та соціально-економічного реформування України, явно недостатнього рівня правової пропаганди став не тільки комплекс економічних, соціальних та інших причин, які сприяють суттєвому зростанню злочинності, а й зміни системи моральних критеріїв, розмивання у масовій свідомості межі між нормою та девіантністю, правослухняною поведінкою та злочинністю. Це обумовлює розповсюдження у суспільстві *духовних і моральних цінностей, норм, традицій та різних ритуалів, які впорядковують, регламентують життя та кримінальну діяльність злочинних спільнот, чим сприяють збереженню та розвитку їхньої життєдіяльності, згуртованості, кримінальної активності та мобільності, спадкоємності поколінь правопорушників та кримінальних груп – кримінальної субкультури* [1, с. 172].

Треба погодитися з О. В. Старковим, на думку якого кримінальна субкультура, розвиваючись у суспільній свідомості кримінального світу, втручаючись у протистояння із загальносуспільною культурою, підживлює криміногенні мотивації у соціумі. Чим більше стає носіїв цих мотивацій, тим сильнішою стає кримінальна субкультура, яка за певних історичних умов (як, наприклад, у наш час) може загрожувати соціуму і дійсно вже в деяких верствах нашого суспільства завоювала, підкорила собі загальнолюдську культуру. Кримінальні звичаї пристосовуються до непостійного мікросередовища, тобто ним можна управляти та на нього можна впливати, хоча це і дуже складний, неоднозначний та тривалий процес, який вимагає *особливого підходу та засобів впливу* [2, с. 164].

На нашу думку, до цих *особливих засобів впливу* повинна належати *пропаганда кримінального законодавства в місцях позбавлення волі*, яка зможе вплинути на детермінанти поведінки засуджених, створюючи їх позитивну спрямованість щодо суспільства та негативне ставлення до кримінальних мікрогруп шляхом *доведення до них усієї не вигідності вчинення злочину*.

У теорії та практиці застосування позбавлення волі залишається дискусійним питання щодо можливості протидії розвитку кримінальної субкультури серед засуджених до цього виду покарання. З одного боку, засуджені формально залишаються членами суспільства, а з іншого – із суспільства виключаються через специфічні умови відбування покарання. Це неминуче призводить до втрати ними суспільно корисних зв'язків і, як наслідок,

відчуження від суспільства, сприйняття норм поведінки, прийнятих невеликою негативно спрямованою щодо суспільства групою.

Це зумовлює триваючу дискусію про заходи протидії кримінальній субкультури. Автори не повністю розділяють думку О. Г. Колба який вважає, що ці заходи полягають лише в посиленні кримінально-правової репресії за вчинення злочинів:

- ✓ законодавчого закріплення більш суворих санкцій за вчинення злочинів проти правосуддя;
- ✓ введення норми, яка б позбавляла засудженого права на умовно-дострокове звільнення від відбування покарання та заміни покарання більш м'яким у випадках вчинення ним злочину в місцях позбавлення волі;
- ✓ розроблення більш жорстких правил застосування помилування до засуджених-рецидивістів, які вчинили злочини в установах виконання покарань [3, с. 349].

Як свідчить проведене нами опитування засуджених до позбавлення волі Макіївської ВТК № 32 (м. Макіївка Донецької області) та практика судів загальної юрисдикції, жорсткі репресивні заходи втрачають свою ефективність: з кількості осіб, які вчинили злочин у 2005 р., раніше були судимими і мали не зняту або непогашену судимість 42,3 тис. осіб, або 24,2% загальної кількості засуджених [4, с. 65].

Отож для ефективної протидії кримінальній субкультури ми пропонуємо не посилювати заходи кримінально-правової репресії, а розробити **«Програму проведення пропаганди кримінального законодавства в місцях позбавлення волі»**, яка буде сприяти формуванню суспільно корисної мотивації поведінки засуджених через доведення до їх відома норм кримінального права, що створить умови формування у засуджених настанов правослухняної поведінки *шляхом переконання* у необхідності її дотримання, а *не шляхом залякування* жорсткими санкціями норм Кримінального кодексу (далі – КК) України.

Виходячи із структури КК України, можна розробити два напрями пропаганди кримінального законодавства у місцях позбавлення волі: пропаганду норм Загальної частини КК України та пропаганду норм Особливої частини КК України.

До першого напрямку мають бути віднесені заходи пропаганди ст. 17, 31, 74–87, 88–91, 104–107, 108 КК України та положень, які логічно впливають з них. Наприклад, зміст ст. 17 КК України «Добровільна відмова при незакінченому злочині» можна пропагувати таким чином:

«Якщо Ви намагаєтесь вчинити злочин, але на стадії готування чи замаху, при усвідомленні можливості доведення його до кінця, вирішуєте остаточно за власною волею припинити злочинне діяння, то Ви не підлягаєте кримінальній відповідальності, якщо фактично вчинене Вами діяння не містить склад іншого злочину». Одночасно засудженим необхідно пояснити поняття закінченого та незакінченого злочину (за ст. 13 КК України) і види незакінченого злочину (ст. 14 та 15 КК України).

Щодо пропаганди норм Особливої частини КК України в місцях позбавлення волі, то необхідно проводити пропаганду статей КК України, за якими найчастіше вчинюються злочинні діяння, для всіх засуджених з метою впливу на розповсюджену психологічну готовність кримінально налаштованих членів суспільства до вчинення несанкціонованих дій. Наприклад, до ст. 152 КК України «Зґвалтування»:

«Маючи статеві зносини із застосуванням насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи, чи замислювалися Ви хоч раз, чого коштувала Ваша мінлива похіть тим людям, щодо яких Ви здійснили це діяння: занедбана честь, гідність... можливо, хтось з них вже ніколи не повернеться до нормального життя, не зможе насолоджуватися життям, перестане радіти оточуючому середовищу, чи взагалі – вчинить самогубство... Для неї це питання життя або смерті, для Вас – розваги».

Особливу увагу необхідно звернути на пропаганду норм XVIII розділу Особливої частини КК України «Злочини проти правосуддя», тому що вчинення цих діянь можна очікувати від засуджених у першу чергу. Необхідно висвітлити ті наслідки, які можуть настати для засудженого за втечу з місць позбавлення волі або з-під варти (ст. 393 КК України), дії, що дезорганізують роботу виправних установ (ст. 392 КК України), та ін., через перспективу спокійного відбування покарання та вчасного (або навіть дострокового!) звільнення від відбування покарання.

Необхідно пояснити засудженим, що за вчинення цих злочинів, як свідчить практика судів загальної юрисдикції, покарання, як правило, призначається за принципом часткового складання призначених покарань (ст. 71 КК України), що призводить до збільшення загального терміну позбавлення волі від шести місяців до одного-двох років [5, с. 173]. Інформацію можна викласти у формі запитання: **«Чи вважаєте Ви, що 2 роки Вашого життя коштують цього вчинку?»**.

Аналіз статистичних даних дослідження науковців Академії управління МВС Російської Федерації та побудованої відповідно до цих даних Є. Казаковою діаграми впливу кримінальної субкультури на зміну особистості та поведінки засуджених до покарання, у вигляді позбавлення волі, свідчить про недостатню ефективність основних профілактичних засобів щодо осіб, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі. У перші три роки засуджені відчують розрив звичних соціальних зв'язків та громадський осуд. Втрата корисних соціальних зв'язків та мотивації до суспільно корисної поведінки настають на п'ятий рік відбування покарання, що призводить до регресу особистості. Після 10 років відбування покарання, через негативний вплив мікросередовища та властивих йому рис кримінальної субкультури, виправлення взагалі немає жодного сенсу. У зв'язку з цим механізм протидії кримінальній субкультурі має полягати у впливі на засуджених засобами пропаганди кримінального законодавства через доведення до їхньої уваги всієї не вигідності вчинення злочину. Про що свідчать і результати проведеного нами анкетування як засуджених до позбавлення волі, так і працівників Макіївської ВТК № 32 (м.

Макіївка Донецької області) [6, с. 174].

Під час розгляду значення пропаганди кримінального законодавства щодо осіб, які засуджені до покарання у вигляді позбавлення волі, виникає запитання щодо можливості протидії кримінальній субкультурі стосовно засуджених до довічного позбавлення волі. Здавалося б, всі заходи в цьому випадку втрачають свою ефективність і піддають сумніву досягнення основного принципу пенітенціарної педагогіки – принципу виправлення засудженого. Саме в цьому разі, на нашу думку, необхідно *звернутися до пропаганди кримінального законодавства*.

Це обумовлено тим, що соціальні, політичні й економічні зміни в суспільстві можуть стати чинниками переосмислення більшості сталих положень теорії та практики кримінально-правових покарань: до особи може бути застосоване помилування, передбачене ст. 87 КК України; особа може бути звільнена від відбування довічного позбавлення волі на підставах, передбачених ст. 74 КК України (наприклад депеналізація, декриміналізація). Тому головним завданням виправних закладів має бути створення такого мікросередовища та умов відбування покарання, які б у повному обсязі сприяли блокуванню кримінальної субкультури. Це, на нашу думку, – доведення до відома засуджених змісту заохочувальних норм, передбачених КК України, шляхом використання можливостей пропаганди кримінального законодавства в місцях позбавлення волі. Для того, щоб зберегти соціальну адаптованість особи, необхідно виробити в неї стимули для збереження контактів з суспільством. Отож, наприклад, нагадування їй, що ***«актом про помилування може бути здійснена заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років (ч. 2 ст. 87 КК України)»***, буде сприяти формуванню суспільної спрямованості засудженого та протидіяти впливу кримінальної субкультури.

Концептуальне положення – засудження не повинно базуватися на основі виключення людини із суспільного спілкування, на жорстких умовах відбування покарання у вигляді позбавлення волі. Це, вважають автори, сприяє позитивному ставленню засуджених до елементів кримінальної субкультури, їх сприйняттю, культивуванню та поширенню. Як зазначає О. М. Литвак, «в Україні приниження людської гідності та насильство не є, так би мовити, *de jure* компонентами покарання у виді позбавлення волі, але *de facto* супроводжують в'язня протягом всього строку перебування у слідчих ізоляторах, колоніях, тюрмах» [7, с. 264].

Таким чином, під пропагандою кримінального законодавства у місцях позбавлення волі слід розуміти системне поширення, поглиблене роз'яснення норм кримінального права щодо осіб, які засуджені до позбавлення волі, з метою протидії поширенню та становленню кримінальної субкультури, соціальної адаптації засудженого до умов відбування покарання, формування у засуджених готовності, вмінь та навичок у вирішенні соціальних проблем, відвернення негативних наслідків засудження, розвитку суспільно корисної мотивації поведінки засудженого в умовах ізоляції від суспільства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Криминология: приглашение к дискуссии: Монография / Авт. кол: А. В. Баляба, Э. В. Виленская, Э. А. Дидоренко, Б. Г. Розовский. – Луганск: РИО ЛИВД, 2000. – 318 с.
2. Преступность среди социальных подсистем. Новые концепции и отрасли криминологии / Под ред. Д. А. Шестакова. – С.Пб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 353 с.
3. Колб. О. Г. Запобігання злочинності у місцях позбавлення волі: Навч. посіб. – Луцьк: РВВ «Вежа» Волин. держ. ун-ту ім. Лесі Українки, 2005. – 494 с.
4. Назимко Є. С. Пропаганда кримінального законодавства як фактор протидії кримінальній субкультурі // Наукова робота курсантів та студентів / Науково-дослідна робота Донецького юридичного інституту у 2006 році: події та творчі здобутки: Матеріали підсумкової наук. конф. – Донецьк: ДЮІ ЛДУВС, 2006. – С.64, 65.
5. Маслюк А. М. Вплив релігійних чинників на виховання неповнолітніх засуджених // Проблеми пенітенціарної теорії і практики / Редкол.: В. М. Синьов (голов. ред.) та ін. – К.: КІВС, 2002. – 167 с.
6. Назимко Є. С., Курочка М. В. Вплив громадських організацій на виправлення злочинця під час відбування покарання у виді позбавлення волі на певний строк // Права людини у філософському, політологічному, соціологічному та правовому вимірах. Тези II Міжнародної наукової студентської конференції. – Харків: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2006. – с.172-175.
7. Литвак О. М. Держава і злочинність: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 304 с.

SUMMARY

In the article the definition of propaganda of the criminal laws, as the independent object of criminal-legal and of criminology researches is given. The author proposes practical recommendations of the further perfection in the field of criminal subculture resistance.

Key words: propaganda of the criminal laws, criminal subculture, social orientation.

А. Уланова

Россия

Мордовский государственный университет Н.П. Огарева

Научный руководитель – доц. С. В. Анощенко

**ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЫ
КОНФИСКАЦИИ ИМУЩЕСТВА**

Конфискация как вид наказания российскому уголовному праву известна исстари. В России общая конфискация имущества называлась уже в “Русской Правде”, будучи составной частью такого наказания, как поток и разграбление. «Потоком называлось лишение личных прав, а разграблением — лишение прав имущественных; и то и другое составляло одно наказание».

В первые годы после Октябрьской революции 1917 г. конфискация имущества применялась довольно часто и явилась одной из форм экспроприации, уничтожения пролетариатом частной собственности на основные средства производства.

Уголовный кодекс РСФСР 1922 г., впервые установивший исчерпывающий перечень наказаний, значительное место уделил этому виду наказания: из 200 статей 55 упоминали об общей конфискации, которая относилась к основным видам наказания. Кроме того, согласно ст. 50 УК РСФСР 1922 г. суд в качестве дополнительной меры мог присоединить конфискацию к другим видам наказания за различные преступления.

Уголовный кодекс РСФСР 1960 г. содержал уже только 27 статей, санкции которых предусматривали общую конфискацию имущества. А Уголовный кодекс РСФСР 1960 г. с изменениями и дополнениями на 3 марта 1996 г. предусматривал конфискацию имущества в 45 статьях [3, с.52].

В Уголовном кодексе РФ 1996 г. конфискация имущества представляла собой дополнительную меру наказания и заключалась в принудительном безвозмездном изъятии в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного (ч.1 ст.52 УК РФ). Но Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. №162-ФЗ конфискация имущества была исключена из Уголовного кодекса Российской Федерации. А 27 июля 2006 г. снова введена Федеральным законом №153-ФЗ в Уголовный кодекс Российской Федерации. В настоящее время законодатель придал ей иное значение – иной меры уголовно-правового характера, применяемой наряду с наказанием.

Представляется необходимым рассмотреть юридическую природу конфискации имущества как меры уголовно-правового характера и меры наказания.

Сразу следует отметить, что определения и конфискации имущества как меры уголовно-правового характера, и конфискации имущества как меры наказания схожи, да и в практическом плане конфискация имущества мало чем

отличается от наказания. Так, А. И. Чучаев отмечает, что сущность конфискации фактически не изменилась [4, с.12]. Итак, сущность конфискации имущества как меры уголовно-правового характера выражается в принудительном безвозмездном обращении по решению суда в собственность государства соответствующего имущества и применяется к преступлениям, указанным в ч.1 ст. 104.1 УК РФ. Конфискация имущества как мера наказания представляла собой принудительное безвозмездное изъятие в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного (ч.1 ст.52 УК РФ).

Нельзя не отметить, что остались все признаки уголовного наказания:

- ✓ конфискация имущества, бесспорно, остается мерой государственного принуждения так же, как любой вид наказания и любая мера уголовно-правового характера. Конфискация осуществляется в собственность государства. Выявляя негативные черты в конфискации имущества как меры наказания, согласимся с адвокатом А. Бубон, который считает, что подавляющее большинство имущественных преступлений совершалось и совершается по сей день отнюдь не против государственной, а против частной собственности граждан и предприятий. Если иметь в поле зрения этот факт, то становится понятно, что сама возможность изъятия в доход государства (конфискации) имущества осужденного означает потенциальную возможность ущемления интересов потерпевшего по уголовному делу. Гражданин, пострадавший от преступления, имеет обоснованное право требовать компенсации своих убытков, причиненных противоправными действиями. Такая компенсация возможна только при наличии у подсудимого (осужденного) достаточного количества имущества [2, с.68, 69];
- ✓ назначается решением суда. В данном случае вопрос будет интересовать правоприменителей. Что понимать под решением суда? Можно ли к таким решениям отнести не только обвинительный приговор, но и постановления (определения) о применении к лицу, совершившему в состоянии невменяемости деяние, запрещенное уголовным законом, принудительных мер медицинского характера (ст. 443 УПК), о прекращении уголовного дела в отношении несовершеннолетнего обвиняемого с применением принудительной меры воспитательного воздействия (ст. 427 УПК), а также о прекращении уголовного дела по иным не реабилитирующим подсудимого основаниям: в связи с истечением сроков давности уголовного преследования, с примирением сторон или деятельным раскаянием, вследствие акта об амнистии (ст. 254 УПК). В данном случае следует согласиться с профессором П. С. Яни, который под решениями суда понимает только обвинительный приговор [5, с.131], также возможно, что решение суда следует понимать не как судебный акт, а как вывод суда о применении данной меры;
- ✓ конфискация применяется к лицу, признанному виновному в совершении преступления;

- ✓ конфискация по своей карательной сущности есть лишение и (или) ограничение осужденного в его имущественных правах.

Конфискация имущества выполняет такие же цели, как и наказание (ч. 2 ст. 43 УК). Во-первых, цель восстановления социальной справедливости при применении конфискации достигается вполне реально. Однако следует отметить, что конфискация как мера наказания применялась прежде всего в качестве дополнительной санкции за совершение имущественных и экономических преступлений. При этом стоимость конфискуемого имущества никак не соотносилась со стоимостью похищенного. В случае если в доход государства у осужденного конфисковывалось имущество, стоимость которого значительно превышала стоимость похищенного по данному конкретному уголовному делу, то считалось, что имущество все равно нажито преступным путем, хотя расследование этого и не выявило. Таким образом нарушалась презумпция невиновности.

В настоящее время законодатель исходит из того, что если имущество, полученное в результате совершения преступления, и (или) доходы от этого имущества были приобщены к имуществу, приобретенному законным путем, конфискации подлежит та часть этого имущества, которая соответствует стоимости приобщенных имущества и доходов от него (ч.2 ст.104-1 УК РФ).

Во-вторых, цель исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений достигается за счет того, что конфискация является весьма эффективным средством профилактики, подрывая экономическую основу организованной и иной преступности.

Существуют различия и в возможности применения. Если ранее, в соответствии с принципом законности, конфискация как наказание могла быть применена лишь в случае установления ее в санкции статьи Особенной части, то сейчас дело обстоит иначе. Не санкции, а специальная норма предусматривает случаи применения конфискации имущества. До вступления в силу ФЗ от 8 декабря 2003 г. конфискация имущества могла быть применена как в обязательном, так и в альтернативном порядке. Ныне существующая конфискация имущества применяется в зависимости от усмотрения суда. Правильнее сказать, что такое судебное решение должно быть обусловлено совокупностью доказательств о криминальном происхождении имущества субъекта преступления [1].

Различие состоит и в том, ранее была возможна полная конфискация имущества, а теперь конфискации подлежит лишь часть имущества криминального происхождения (полная конфискация гипотетически возможна, если будет установлено, что все имущество лица добыто преступным путем). Такой подход создает определенные трудности на практике, расширяет предмет доказывания (п. 8. ч. 1 ст. 73 УПК РФ в ред. Федерального закона № 153-ФЗ от 5 июля 2006 г.), но является более справедливым.

Таким образом, юридическая природа конфискации имущества как меры уголовно-правового характера определяется совокупностью двух следующих обстоятельств. Во-первых, основанием ее применения является установление виновности лица в совершении преступления (что роднит конфискацию с

наказанием). Во-вторых, установление наличие у виновного имущества криминального происхождения или имущества, прикосновенного к преступлению. Последнее обстоятельство придает специфику юридической природе конфискации имущества.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Анощенкова С. В., Чибулаева С. А.* Конфискация имущества как мера уголовно-правового характера // <http://sartracc.ru/>
2. *Бубон А.* О конфискации имущества // Человек и закон. – 2005. – №10.
3. *Липатов Д.В.* Генезис наказаний, ограничивающих имущественные права осужденного // Российский следователь. – 2006. – №5.
4. *Чучаев А. И.* Конфискация возвращена в Уголовный кодекс, но в другом качестве // Законность. – 2006. – № 9.
5. *Яни П. С.* Конфискация имущества и уголовная ответственность // Уголовное право. – 2006. – №6.

SUMMARY

And the Federal law of 2006 №153-FZ included the confiscation of property. Now lawyer has given to confiscation other meaning - other measure of criminal - legal character.

The article deals with the legal nature of property confiscation as a measure of criminal - legal nature and measure of punishment. The definitions property confiscation as measure of criminal - legal nature and as measure of punishment is similar. The author analyses circumstances which under person's guilt are established.

Key-words: property confiscation, measure of punishment, criminal-legal nature.

И. Филиппова

Россия

Мордовский государственный университет имени Н.П. Огарева

Научный руководитель – О.Н. Крапивина

**ПРОБЛЕМЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ОТДЕЛЬНЫХ
ФОРМ ХИЩЕНИЙ**

Несмотря на то, что в теории уголовного права выработана обширная база разграничения таких смежных составов, как кража, грабеж, разбой, на практике возникает много ошибок при их квалификации. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 г. № 29 “О судебной практике по делам о краже, грабеже, разбое” разрешает ряд вопросов. В частности, на практике часто возникает сложность в определении тайности либо открытости хищения. Постановление содержит нормы, раскрывающие данные способы. В обобщенном виде их можно представить следующим образом. Тайный способ предполагает следующее: 1) виновный полагает, что действует тайно, и действительно, никто его действий не видит; 2) виновный полагает, что действует тайно, но на самом деле есть свидетели, не понимающие противоправного характера поведения виновного или воспринимающие акт завладения как правомерный. Здесь речь идет о краже в присутствии спящего, пьяного, находящегося в бессознательном состоянии, изъятии имущества на глазах у лица, неспособного оценить преступный характер действий виновного в силу малолетства или психической болезни; 3) виновный полагает, что действует тайно, но есть свидетели его действий, которые понимают, что совершается хищение, но не обнаруживают себя; 4) виновный совершает хищение в присутствии собственника или иного владельца этого имущества, или посторонних лиц, но незаметно для них. Исходя из этого, открытое хищение предполагает совершение деяния в присутствии собственника или иного владельца имущества либо на виду у посторонних. Лицо, совершающее это преступление, сознает, что присутствующие при этом лица понимают противоправный характер его действий независимо от того, принимали ли они меры к пресечению этих действий или нет. Различие открытого и тайного способов хищения идет по объективному и субъективному критерию, последний выражается в намерении самого лица действовать тайно от всех лиц, непричастных к преступлению [1, с. 153].

Если в ходе совершения кражи действия виновного обнаруживаются, однако он, сознавая это, продолжает совершать незаконное изъятие или удержание имущества, содеянное следует квалифицировать как грабеж, а в случае применения насилия, опасного для жизни или здоровья, либо угрозы применения такого насилия – как разбой [2, с. 215].

Надлежит отметить еще один момент: посторонними лицами, в присутствии которых совершается хищение, следует считать тех, кто сознавал

характер преступных действий виновного и мог им помешать [3, с. 355].

Казалось, что Постановление Пленума ВС РФ от 27.12.2002 г. достаточно четко разграничило способы хищения, но можно привести следующий пример, показывающий, что правоприменители не всегда их различают. Г. совершил хищение сумки гражданки М. Данная сумка находилась на прилавке магазина. Дело было возбуждено по ст. 161 УК, хотя ни сама гражданка М., ни покупатели, ни продавец факта хищения не видели [4]. Этот случай на практике является не единственным. Довольно часто, если хищение совершается в людных местах, дело возбуждается по ст. 161 УК. Следователи мотивируют это тем, что при большом скоплении народа обязательно найдутся свидетели преступления, но в действительности не всегда так получается. В дальнейшем дело было переквалифицировано, и лицу вменили кражу. Интересный случай был в Кемеровской области. С. совершил хищение из квартиры П. С. знал, что гражданин П. является слепым. С. проник к нему в квартиру через окно. С. успел вынести из квартиры только магнитофон, т. к. хозяин квартиры проснулся, после чего С. скрылся. В дальнейшем было выяснено, что П. осознавал факт хищения, но в силу объективных причин не мог этого увидеть. Дело было возбуждено по ст. 158 УК РФ (кража) [5, с. 15]. В данном случае следователь не учел то, что, помимо факта наблюдения преступления, большую роль играет факт осознания противоправного поведения лица. Поэтому дело нужно было возбудить по факту совершения открытого хищения, эта ошибка позднее была исправлена, лицо было осуждено за грабеж с проникновением в жилище.

Постановление Пленума ВС РФ от 27.12.2002 г. дает однозначную трактовку случаев присутствия при преступлении близких родственников лица, совершающего деяние. В случае отсутствия противодействия этих лиц содеянное должно быть квалифицировано как кража. В статье 5 УПК РФ дается понятие близких родственников, которыми являются супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки. Несмотря на это, на практике достаточно много случаев, когда правоприменитель пренебрегает данным положением. Приведем пример. Братья М. и С. шли по улице, М. совершил хищение из машины, оказавшейся открытой. С. при этом не совершал никаких действий, он просто прошел мимо и дождался брата. Кроме С., факта хищения никто не видел. Действия братьев были квалифицированы как кража, совершенная группой лиц по предварительному сговору (п. “а” ч.2). Далее грабеж вменили только М. Как видим, и последующая квалификация была неверной. В дальнейшем М. был осужден по ч.1 ст. 158 УК, т. к. в данном случае соучастия не было [6].

Следует также отличать разбой, то есть нападение в целях хищения чужого имущества, совершенное с применением насилия, опасного для жизни или здоровья, либо с угрозой применения такого насилия, от грабежа. Они различаются по способу хищения: для грабежа характерен открытый способ, а для разбоя – нападение, под которым понимают внезапное применение насилия к потерпевшему, выражающее агрессивную интенсивность действий виновного. К нападению относятся также нанесение удара сзади, выстрел из засады, приведение потерпевшего в бессознательное состояние путем применения

опасных для жизни и здоровья сильнодействующих, ядовитых или одурманивающих веществ [7, с. 38].

На практике был случай, когда гражданин П. предложил попробовать гражданину Н. наркотическое вещество, последний согласился. П. знал, что после применения данного препарата Н. какое-то время не сможет оказывать ему сопротивление. Дождавшись удобного момента, П. взял у Н. телефон. Данное вещество по результатам экспертизы было признано опасным для жизни и здоровья, но дело было возбуждено по ст. 161 УК, следовательно объяснил это тем, что потерпевший добровольно принял вещество, иначе дело было бы возбуждено по факту разбоя [8]. Хотя в Постановлении Пленума ВС РФ от 27.12.2002 г. не указано на приведение потерпевшего в бессознательное состояние именно виновным. Отсюда можно сделать вывод, что добровольное принятие вышеуказанных веществ также не исключает нападения. Следовательно, действия лица должны быть квалифицированы как разбой.

К тому же грабеж имеет квалифицированный признак – п. “г” – с применением насилия, не опасного для жизни или здоровья, либо с угрозой применения такого насилия; схожий с признаком разбоя, указанного в ч. 1 ст. 162 УК. Под насилием, не опасным для жизни или здоровья (пункт “г” ч.2 ст. 161 УК РФ), следует понимать побои или совершение иных насильственных действий, связанных с причинением потерпевшему физической боли либо с ограничением его свободы (связывание рук, применение наручников, оставление в закрытом помещении и др.) [9, с. 115].

Под насилием, опасным для жизни или здоровья (ст. 162 УК РФ), следует понимать такое насилие, которое повлекло причинение тяжкого, средней тяжести или легкого вреда здоровью, вызвавшего кратковременное расстройство здоровья или незначительную стойкую утрату общей трудоспособности [10, с. 577].

На практике эти положения тоже не всегда учитываются. Так, Р. ударил по голове гражданина Н. бутылкой из-под пива, а затем отобрал у него телефон. Р. был вменен грабеж, хотя экспертиза показала, что в результате этого деяния потерпевшему было причинено неизгладимое обезображивание лица [11]. Степень тяжести вреда здоровью можно определить по Правилам судебно-медицинской экспертизы определения тяжести вреда здоровью от 11.12. 1978 г., согласно которым неизгладимое обезображивание лица является тяжким вредом здоровью, следовательно, лицу нужно было вменить разбой.

При разграничении грабежа и разбоя необходимо учитывать объективный и субъективный момент, т. е. фактические обстоятельства содеянного и направленность умысла на причинение вреда здоровью, опасного для жизни и здоровья [12, с. 187].

В заключение следует отметить, что правильная квалификация зависит не только от состояния законодательного регулирования затрагиваемых вопросов, но и от обдуманного применения положений закона, хотя законодательство должно своевременно давать ответы на возникающие вопросы. В частности, используемый законодателем термин «нападение» не нашел свое отражение в

Постановлении Пленума ВС РФ от 27.12.2002 г., что во многом предопределило неоднозначность его толкования на практике. Законодательная трактовка этого понятия помогла бы внести ясность по данному вопросу.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Здравомыслов Б. В.* Уголовное право РФ. – М.: Юристъ, 2001.
2. Уголовное право России: Учебник для ВУЗов: В 2 т. / Под ред. А.Н. Игнатова и Ю. А. Красикова. – Т 2: Особенная часть. – М.: Норма, 2005.
3. Комментарий к Уголовному кодексу РФ: Расширенный уголовно - правовой анализ / Под ред. В. В. Мозякова. – М.: “Экзамен”, 2004.
4. Архив Пролетарского РОВД г. Саранска. № уголовного дела – 45, 2005.
5. Бюллетень Верховного Суда РФ № 7.
6. Архив Пролетарского суда г. Саранска. № уголовного дела – 273, 2005 г.
7. *Волженкин Б. В.* Вопросы квалификации краж, грабежей, разбоев. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1986.
8. Архив Пролетарского РОВД г. Саранска. № уголовного дела – 89, 2006 г.
9. *Гаухман Л. Д.* Ответственность за преступления против собственности. – М.: Юр. ИНФОРМ, 1997.
10. Судебная практика к Уголовному Кодексу РФ / Под ред. Лебедева В.М. – М.: Спарк, 2005.
11. Архив Пролетарского РОВД г. Саранска, № уголовного дела – 81, 2006 г.
12. *Наумов А. В.* Практика применения Уголовного Кодекса: Комментарии судебной практики и доктринальное толкование. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

SUMMARY

The given article is dedicated to the practical differentiation problems of such adjacent corpus delicti as theft, robbery and brigandage. Good specimens of similar mistakes as well, as the theoretical aspects of the problem are shown in this article. In conclusion the author presents practical recommendation on this issue.

Key-words: theft, robbery and brigandage, investigation practice.

О. Чередніченко

Україна

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Науковий керівник – к.ю.н. Сиза Наталія Петрівна

ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Метою кримінально-процесуального доказування є встановлення об'єктивної істини, і її досягнення можливе лише тоді, коли при провадженні у кримінальній справі з достатньою повнотою і достовірністю будуть встановлені всі факти і обставини, які мають значення для правильного вирішення цієї справи. Тому можна констатувати, що сукупність таких фактів і обставин утворює предмет доказування у кримінальній справі.

В юридичній літературі можна побачити різні підходи вчених до визначення предмета доказування у кримінальному процесі. Одні науковці вважають, що це коло обставин, які належить встановити у кримінальній справі [1, с. 47]. Інші правознавці визначають предмет доказування як систему обставин, які відтворюють властивості і зв'язки досліджуваної події, що є суттєвими для правильного вирішення кримінальної справи та реалізації в кожному конкретному випадку завдань судочинства [2, с. 139]. Треті вчені розуміють під предметом доказування сукупність передбачених кримінально-процесуальним законом обставин, встановлення яких є необхідним для вирішення заяв і повідомлень про злочини, кримінальної справи в стадії виконання вироку, а також для прийняття процесуальних профілактичних заходів у справі [3, с. 99]. З вищевикладеного випливає, що предмет доказування включає всі факти і обставини, які підлягають встановленню у кожній кримінальній справі.

Деколи обставини, що входять до предмета доказування, поділяють на “обставини, що підлягають доказуванню” (головний факт) та “інші обставини, які мають значення для справи” (допоміжні факти). Однак видається недоцільним розмежовувати “головний факт” і “доказові факти”, бо це може призвести до дезорієнтації практичних працівників у діяльності зі збирання цих фактів і перетворення останньої у самоціль [2, с. 142].

Деякими вченими була висловлена пропозиція поділити предмет доказування на декілька видів: загальний предмет доказування (ст.64 КПК України), родовий (щодо окремих видів злочинів), спеціальний (у справах про суспільно небезпечні діяння неосудних і злочини неповнолітніх) та індивідуальний (по кожній конкретній справі) [4, с. 33].

Проте, як справедливо відзначає М. М. Михеєнко, в такому поділі немає потреби, оскільки загальний (він же – родовий) предмет доказування як єдиний для всього кримінального процесу лише конкретизується при провадженні у кримінальних справах щодо різних складів злочинів, але не утворює нового

самостійного виду предмета доказування [3, с. 101].

Доречним видається підкреслити, що законодавець формулює лише родові властивості цього процесуального інституту і цим самим надає можливість органам досудового розслідування та суду їх конкретизувати з урахуванням обставин кожної кримінальної справи (ст. 433, 417 КПК України) та певних складів злочинів.

Вважається, що сукупність норм Кримінального кодексу України, які визначають коло фактичних обставин, що підлягають пізнанню у кримінальній справі, та категорій, вироблених теорією і практикою застосування кримінального закону, визначає предмет доказування у справі та його структуру.

Хоча зміст обставин, які входять до предмета доказування у кримінальній справі, постійно досліджуються, але все одно є ще немало невирішених проблем, що зумовлено багатьма чинниками, але одним із них, як справедливо зауважив М. М. Михеєнко, є недосконалість кримінально-процесуального законодавства в цій частині [3, с. 107].

Щодо елементів предмета доказування, то відповідно до п.1 ст.64 КПК України в першу чергу органи досудового розслідування та суду мають встановити подію злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину).

Формулювання "встановити подію злочину" збережено і в проекті нового КПК України (зареєстрованого 25.05.2006 р. в Секторі реєстрації законопроектів Верховної Ради України за № 0952), але воно видається не зовсім правильним, бо не дає можливості вибору, а відразу програмує на встановлення події злочину. Напевно, саме тому більш коректним видається положення п.1 ст.131 у проекті КПК України (зареєстрованого 23 червня 2001 року в Секторі реєстрації законопроектів Верховної Ради України за № 7431), яка називається "Предмет доказування у кримінальній справі", записано, що при провадженні дізнання, досудового слідства і розгляді справи в суді підлягають доказуванню : "наявність чи відсутність передбаченого законом складу злочину, час, місце, спосіб та інші обставини його вчинення".

Встановлення часу вчинення діяння, у свою чергу, дає відповідь на ряд запитань: можливість скоєння його за певний проміжок часу чи в певний час; про непричетність або ж про можливу причетність окремих осіб, які перевіряються слідством. Також цей фактор дає можливість визначитися щодо застосування амністії, строків давності тощо.

Важливим також є встановлення місця події, оскільки допомагає з'ясувати, як усе відбувалося, хто міг бути свідком події, а також визначити підслідність та підсудність кримінальної справи.

Не меншого значення мають спосіб вчинення діяння, наслідки цього діяння, оскільки нерідко вони є ознаками того чи іншого складу злочину.

Іншою обставиною, що підлягає встановленню за чинним КПК України, є винуватість особи та мотиви злочину.

Вимога законодавця – встановити винуватість особи і мотиви вчинення

злочину через призму кримінально-правових понять – означає встановлення особи, яка вчинила злочин (суб'єкт злочину), і суб'єктивну сторону цього ж злочину.

Крім цього, не меншого значення набуває встановлення форми вини особи, наприклад при обранні виду запобіжного заходу, призначенні покарання тощо.

Цей елемент предмета доказування більш повно та ґрунтовно зафіксований у проекті КПК України (zareєстрованого 23 червня 2001 р. в Секторі реєстрації законопроектів Верховної Ради України за № 7431): "...винуватість чи невинуватість підозрюваного, обвинуваченого, підсудного у вчиненні злочину, форма вини, мотив і мета злочину"[5, с. 55].

"Обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання" теж входять до предмета доказування.

Статті 66 та 67 КК України дають перелік обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання. Пом'якшуючими суд вправі також визнати й інші обставини, незважаючи на те, що їх немає в переліку ч. 1 ст.66 КК України. Що ж стосується обтяжуючих обставин, то законодавець визначив їх чіткий перелік і заборонив розширювати межі цього переліку.

Доказуванню також підлягають обставини, які характеризують особистість обвинуваченого. До таких обставин належать наявність чи відсутність судимості, участь у громадській діяльності, ставлення до виконання громадських доручень, негативні та позитивні риси характеру тощо. Пленум Верховного Суду України в своїй Постанові № 7 від 24 жовтня 2003 р. і змінами, внесеними згідно з Постановою № 18 від 10.12.2004 р. "Про практику призначення судами кримінального покарання" вказав, що дані про особу підсудного мають істотне значення для визначення виду і розміру покарання, тому суди повинні всебічно, повно й об'єктивно їх досліджувати.

Встановленню у процесі доказуванні підлягають характер і розмір шкоди, завданої злочином, а також розміри витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння. Цілком зрозуміло, що в ряді випадків злочином заподіюється майнова шкода державі або ж окремому громадянину. Щоб з'ясувати, чи можливе заявлення цивільного позову, треба довести причинний зв'язок заподіяної шкоди і суспільно небезпечного діяння. Розмір заподіяної шкоди може впливати на кваліфікацію злочину, тому ця обставина підлягає з'ясуванню з усією повнотою.

Відповідно до ст. 49 КПК потерпілим визнається особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду. Однак у ст. 28, ч.1 ст 29 КПК законодавець зазначає, що цивільний позов у кримінальній справі може заявити лише особа, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину, але нічого не зазначає про відшкодування такого виду шкоди, як моральної, що забезпечується також цивільним позовом.

Законодавець передбачає також можливість відшкодування витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування особи, потерпілої від злочину, за винятком випадку завдання такої шкоди при перевищенні межі необхідної

оборони або в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства чи тяжкої образи з боку потерпілого. У зв'язку з цим підлягає встановленню розмір такої шкоди.

Наявність причин злочину та умов, які сприяли його вчиненню, також підлягають встановленню (ст. 23 КПК України). Ця обставина є важливою для правильного вирішення кримінальної справи, оскільки впливає на ступінь і характер відповідальності обвинуваченого. Саме тому законодавець зобов'язує органи досудового розслідування та прокурора в кожній кримінальній справі виявляти причини й умови, які сприяли вчиненню злочину.

Хоча ця норма і має імперативний характер, але це положення не зафіксоване у ст. 64 КПК, і тому, на наш погляд, щоб уникнути суперечок стосовно належності чи неналежності цієї обставини до предмета доказування, було б доцільно продублювати це положення у статті, де зазначені всі обставини, що підлягають доказуванню. І хоча законодавець використовує термін “виявити”, а не “доказати”, то, як слушно зауважує М. М. Михеєнко, ці терміни за своїм юридичним змістом є тотожними [3, с. 115].

Отже, видається доцільним внести зміни до ст.64 КПК України, щоби врахувати всі проблемні питання щодо визначення обставин, які входять до предмета доказування у кримінальному процесі України.

Виходячи з вищевикладеного, предметом доказування є передбачена законом сукупність обставин, які підлягають обов'язковому встановленню у кожній кримінальній справі з метою її правильного вирішення.

ЛІТЕРАТУРА

1. *Тертышник В. М., Слинко С. В.* Теория доказательств. – Х., 1998. – 256 с.
2. *Теория доказательств в советском уголовном процессе.* – М., 1973. – 735 с.
3. *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. – К., 1984. – 134 с.
4. *Зеленецкий В. С.* Проблемы формирования совокупности доказательств в уголовном процессе. – Х., 2004. – 105 с.
5. *Кримінально-процесуальний кодекс України: Проект, підготовлений народними депутатами України.* – К., 2001. – 290 с.

SUMMARY

The author establishes that the purpose of the criminal procedure of proving is the establishment of the objective truth. Its achievement is possible when during the realization plenitude and authenticity in criminal case all facts and circumstances will be set the object of proving in criminal cases. In this article the author reveals the object of proving as the collection of circumstances which have to be determined in all criminal cases with the purpose of its correct decision according to law. In the author's opinion these elements must be fixed in article 64 in the Code of Criminal Procedure of Ukraine.

Key-words: object of proving, criminal procedure, elements of the object of proving.

С. Черняк

Україна

**Донецький юридичний інститут Луганського державного університету
внутрішніх справ**

Науковий керівник: к.ю.н. Шаповалова Лариса Іванівна

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ТА КРИМІНАЛЬНО-
ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ХАРАКТЕР ЗАТРИМАННЯ:
СПІЛЬНЕ ТА ПРОТИЛЕЖНЕ**

Сучасне законодавство України не розкриває дефініцію "затримання", а лише змінює його зміст залежно від того, яка галузь права його використовує. Так, затримання є тимчасовим заходом примусу у кримінально-процесуальному законодавстві, заходом забезпечення провадження у справах про адміністративне правопорушення – у адміністративному. Визначення затримання особи, яка вчинила злочин, обставиною, що виключає злочинність діяння, викликало необхідність розглядати "затримання" і у кримінально-правовому розумінні.

Так, відповідно до ст. 38 КК України не визнаються злочинними дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на затримання особи, яка вчинила злочин, і доставлення її відповідним органам влади, якщо при цьому не було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи [1]. Відсутність законодавчої конкретики щодо використання терміна "затримання", на нашу думку, ускладнює розмежування змісту, суб'єктного складу та порядку застосування цього заходу у кримінальному процесі та кримінальному праві. Поряд із цим необхідним, на наш погляд, є також виявлення відповідності дій, передбачених кримінальним та кримінально-процесуальним законом.

С. С. Яценко, С. Д. Шапченко, В. А. Клименко, В. І. Антипов під затриманням особи, яка вчинила злочин, розуміють правомірні дії, спрямовані на затримання особи, яка вчинила злочин, з метою доставити її до відповідних органів влади для вирішення ними питання про її кримінальну відповідальність [2, с. 73]. Л.М. Подкоритова підкреслює соціально-юридичну природу кримінально-правового затримання і визначає його як гарантований і охоронюваний державою, заснований на нормах кримінального права самостійний вид суспільно корисної правомірної поведінки [3, с. 9].

Виходячи зі змісту норми, передбаченої ст. 38 КК України, затримання особи, що вчинила злочин, виявляється у позбавленні її особистої свободи на час, необхідний для доставлення її відповідним органам влади. Оскільки вказані дії обмежуються захопленням особи та доставленням в органи внутрішніх справ, такий різновид затримання за своїм змістом відповідає згаданому у ст. 184 КПК України "фізичному захопленню підозрюваного" [4].

Проте, спираючись на вимоги ст. 184 КПК України, фізичне захоплення

підозрюваного має здійснюватися уповноваженими на те особами, а питання про склад суб'єктів, правомірність дій яких при затриманні злочинця, передбачена ст. 38 КК України, залишається дискусійним. Законодавець з цього приводу не надає імперативного припису. Відповідно до ст. 38 КК України дії, спрямовані на затримання особи, яка вчинила злочин, і доставлення її у відповідні органи влади можуть бути вчинені потерпілим та іншими особами. Стаття 49 КПК України під терміном "потерпілий" розуміє особу, якій злочином заподіяно моральну, фізичну та майнову шкоду. Під "іншими особами" С. С.Яценко, С. Д.Шапченко, В. А. Клименко, В. І. Антипов розуміють осіб, які були свідками посягання чи яким достовірно відомо, що цією особою щойно вчинено посягання [2, с. 74].

Невирішеним залишається питання про входження до складу "інших осіб" осіб, для яких боротьба із злочинністю є їхнім професійним обов'язком. Для вирішення цього питання пропонуємо розглянути умови правомірності затримання, передбаченого ст. 38 КК України.

Прямо зазначеною у законі умовою правомірності є затримання особи, що вчинила злочин безпосередньо після вчинення посягання. Законодавець, на нашу думку, обмежує термін застосування таких заходів саме у зв'язку з тим, що рівність громадян перед законом не дозволяє не уповноваженій здійснювати затримання особи обмежувати особисту свободу іншої. Такий захід має бути вимушеним, адже він суперечить вимогам Конституції України. Така умова відповідає лише одній із підстав затримання підозрюваного органом дізнання та слідчим відповідно до ст.106 КПК України – коли особу застали при вчиненні злочину або безпосередньо після його вчинення [4]. Вочевидь, що при неможливості виконання цієї умови працівник міліції як особа, уповноважена відповідно до ст. 11 Закону України "Про міліцію" здійснювати затримання особи [5], має право, встановивши інші підстави, виконати свій обов'язок, чим, звичайно, підкреслює свою перевагу порівняно із неуповноваженими громадянами.

Правовою підставою правомірності затримання відповідно до змісту норми ст. 38 КК України є вчинення злочину, а фактичною – потреба негайного доставлення злочинця у відповідні органи влади, яка обумовлюється характером і ступенем злочинного посягання, обстановкою його вчинення та даними про особу, що його вчинила. Проте законодавець, розуміючи можливість помилки "потерпілого та інших осіб" щодо визнання конкретного посягання злочином, не передбачає відповідальності зазначених осіб за неправомірне затримання, за винятком заподіяння шкоди затримуваному. Поряд із цим за неправомірне затримання особи, які уповноважені приймати рішення про здійснення затримання, підлягають дисциплінарній відповідальності згідно із Наказом № 300/73 МВС та Державного департаменту України з питань виконання покарань щодо дотримання законності [6]. Умисні дії зазначених осіб щодо незаконного затримання або тримання під вартою громадянина є злочином, кваліфікованим за ст. 371 КК України [1].

Значно різняться умови правомірності заподіяння шкоди особі, яка затримується, з боку "потерпілих та інших осіб" та осіб, уповноважених законом

здійснювати затримання. Л.М. Подкоритова виділяє правову та фактичну підстави заподіяння шкоди затримуваному. У ролі правової підстави виступає ухилення особи, яка вчинила злочин, від законного затримання. Фактична підстава визначає вимушеність заподіяння такої шкоди [3, с. 11]. При цьому "потерпілий та інші особи" несуть відповідальність за перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, лише якщо має місце умисне вбивство відповідно до ст. 118 КК України та заподіяння тяжких тілесних ушкоджень затримуваному відповідно до ст. 124 КК України [1]. Умови та межі застосування працівниками міліції заходів фізичного впливу, спеціальних засобів і вогнепальної зброї, що, звичайно, заподіюють шкоду затримуваному, передбачені розділом III Закону України "Про міліцію" [5]. Перевищення влади або службових повноважень працівниками міліції, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, кваліфікується за ст. 365 КК України [1].

Усе вищезазначене дає підстави стверджувати, що органи, уповноважені законом здійснювати затримання, наділені відповідними більш широкими, порівняно з іншими громадянами, правами щодо затримання особи, поряд із цим на них покладені більш складні обов'язки та встановлені більш жорсткі вимоги до порядку виконання покладених на них функцій, передбачений особливий порядок притягання до відповідальності за неправомірне застосування затримання. Таким чином, ми згодні з думкою Л. М. Подкоритової, що суб'єктом затримання, передбаченого у ст. 38 КК України, є кожний громадянин, на якого не покладено спеціального правового обов'язку затримувати злочинців [3, с. 3].

Виявлена відмінність суб'єктного складу застосування затримання, передбаченого ст. 38 КК України, та фізичного захоплення підозрюваного, передбаченого ст. 184 КПК України, є однією з найголовніших підстав розрізнення кримінально-правового та кримінально-процесуального затримання.

На наш погляд, під "фізичним захопленням" треба розуміти дії уповноважених законом органів дізнання та досудового слідства у порядку та на підставах, передбачених кримінально-процесуальним законодавством, які полягають в оволодінні особою із застосуванням сили за необхідністю подолати її опір.

Наслідком такого визначення суб'єктного складу дій, передбачених ст. 38 КК України, є встановлення відповідності їх діям представників влади, громадськості або окремих громадян зі затримання підозрюваною особи на місці скоєння злочину або з полічним, що є складовою приводу до порушення кримінальної справи відповідно до ст. 94 КПК України. Мета цих дій і в першій, і в другій статті – передати "підозрювану особу" та "особу, яка вчинила злочин" відповідним органам влади. Наслідком сумнісного використання свого суб'єктивного права, передбаченого ст. 38 КК України, потерпілим та іншими особами, повинно стати виникнення приводу до порушення кримінальної справи відповідно до ст. 94 КПК України. Проте у зв'язку з використанням законодавцем різних термінів постає запитання, чи одну й ту саму особу мають право затримувати "представники влади, громадськості або окремі громадяни"

та "потерпілий та інші особи".

Згідно зі ст. 43-1 КПК України, підозрюваним є особа, затримана за підозрою у вчиненні злочину, та особа, до якої застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення як обвинуваченої [4]. Спираючись на тлумачення терміна "підозрюваний", буквально виходить, що представники влади, громадськості або окремі громадяни затримують особу, яка вже затримана за підозрою у вчиненні злочину, або особу, до якої застосовано запобіжний захід. Очевидними є недоліки законодавчого тлумачення терміна "підозрюваний". Проте, не торкаючись дискусійного питання про реформування статусу "підозрюваного" у кримінальному процесі, зазначимо, що у порядку, передбаченому ст. 94 КПК України, підозра має виникати саме у представників влади, громадськості та окремих громадян, а тому "підозрювану особу" у контексті ст. 94 КПК доцільно замінити на "особу, яка підозрюється у вчиненні злочину".

На нашу думку, під зазначеною у ст. 38 КК України "особою, яка вчинила злочин" розуміється особа, яка підлягає кримінальній відповідальності відповідно до ст. 18 КК України. Коментуючи ст. 38 КК України, С. С. Яценко зазначає, що при затриманні насильство не може застосовуватися до осіб, які за вчинене ними об'єктивно суспільно небезпечне діяння не можуть бути притягнені до кримінальної відповідальності [2, с. 76]. Зрозуміло, що закріплюючи у законі поняття "особа, яка вчинила злочин", законодавець обмежує коло осіб, до яких застосовуються заходи, передбачені ст. 38 КК України. Поряд із цим законодавець, на нашу думку, припускається порушення принципу презумпції невинуватості, закріпленого у ст. 62 Конституції України [7], оскільки затримання особи за підозрою у скоєнні злочину не повинно розглядатися як доказ винуватості особи у вчиненні злочину. Отож, ми вважаємо за доцільне замінити сполучення "особа, яка вчинила злочин" на "особу, яка підозрюється у вчиненні злочину".

Заміна термінів у ст. 94 КПК України та ст. 38 КК України, на нашу думку, сприятиме однозначному тлумаченню зазначених норм та правильному їх застосуванню. Поряд із цим така заміна буде обґрунтованою підставою вважати затримання, передбачене у ст. 94 КПК України, кримінально-правовою категорією, що, знов-таки, забезпечить недопущення сплутання кримінально-правового та кримінально-процесуального затримання у зв'язку з використанням однакового терміна.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – 29 черв.
2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 2-ге вид./ Відп. ред. С. С. Яценко. – К.: А.С.К., 2003. – 986 с.
3. *Подкоритова Л. М.* Затримання осіб, які вчинили злочин, як обставина, що виключає злочинність вчинку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1999. – 17 с.

4. Кримінально-процесуальний кодекс України // Чинне законодавство України. – К.: Махаон, 2003. – 785 с.
5. Закон України “Про міліцію” // Нове законодавство України / Уклад. Ю. П. Єлісєвич. – К.: Махаон, 2003. – 798 с.
6. Про заходи щодо дотримання законності при затриманні осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, обранні щодо них запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та додержанні встановлених законом строків затримання і тримання під вартою під час досудового слідства: Наказ Міністерства внутрішніх справ та Державного департаменту України з питань виконання покарань № 300/ 73 від 23 квітня 2001 року// Офіційний вісник України. – 2001. – № 37 – с. 66.
7. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.

SUMMARY

The article deals with the problems of the person's detention according to the law of criminal procedure and criminal law of Ukraine. The author analyses the criminal law norm concerning the culprit's arrest as the concept of the circumstance that excludes the criminality of an act, determines subjects which can use this form of the arrest. The author considers the criminal culprit's arrest as the ground for the institution of prosecution according to the law of criminal procedure of Ukraine. In author's opinion it is necessary to reform the criminal procedure and criminal legislation of Ukraine in order to provide uniform interpretation of the norms that concern person's detention.

Key-words: person's detention, arrest, law of criminal procedure.

Розділ VII

Міжнародно-правові дослідження

М. Базюк

Україна

Київський міжнародний університет

Науковий керівник – к. ю. н. В. С. Лук'янець

НЕОБХІДНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

На сьогодні спадкове право як частина міжнародного приватного права вважається однією з найбільш давніх. Варто зазначити, що про ранні витoki спадкового права переконливо свідчить факт, наведений у дослідженні Л.П.Ануфрієвої: ще за часів Древньої Русі, 911 р., було укладено договір князя Олега з греками щодо врегулювання спадкових відносин щодо русичів, які були на службі у грецького царя: *«Якщо хто з них помре, не заповівши свого майна, а своїх родичів у нього в Греції не буде, то нехай повернуть все його майно найближчим родичам на Русі. Якщо ж він складе заповіт, то нехай той кому він написав майно, візьме його та володіє ним»* [1, с.519].

Необхідно звернути увагу на те, що врегулювання відносин у сфері спадкування визначається певною складністю, адже на цей вид відносин впливають досить багато факторів, що визначаються такими рисами, які притаманні різним країнам через те, що всі вони мають свій історичний розвиток, етнічні, релігійні й інші особливості. Під впливом зазначених чинників, зокрема, розвивалось і національне спадкове право кожної країни, яке, безсумнівно, досить важко змінити та пристосувати до сучасних реалій, які вимагають більшого врегулювання колізій, що мають місце при виникненні спадкових відносин з іноземним елементом.

Тому на сьогодні питання уніфікації у регулюванні спадкових відносин за

міжнародним приватним правом відзначається неабиякою актуальністю. Навіть незважаючи на те, що у цій сфері все ж таки було укладено ряд міжнародних конвенцій, які мали б певним чином уніфікувати коло питань, що стосується відносин спадкування з іноземним елементом. Проте хоча ці конвенції й існують, до них приєдналася невелика кількість держав. Щодо України, то вона є учасницею лише декількох багатосторонніх міжнародних конвенцій у сфері міжнародного приватного права, які також уніфікують деякі загальні питання щодо спадкування, але фактично переважна більшість спірних питань вирішуються на двосторонньому рівні – в договорах про взаємну правову допомогу. Це свідчить про те, що держави не бажають відмовлятися від своїх принципів, закріплених у національному законодавстві, які склались історично, а тим більше враховуючи значну різницю між правопорядками різних правових сімей.

Щодо України в цьому питанні, то, як зазначає С. Я. Фурса, великим досягненням нашої держави є набуття членства Україною у Гаазькій конференції з міжнародного приватного права, що дозволить їй брати участь в розробці та укладенні міжнародних договорів з міжнародного приватного права, полегшити та прискорити врегулювання надання правової допомоги у цивільних, зокрема і спадкових, справах з багатьма державами шляхом приєднання до існуючих Гаазьких конвенцій. Наприклад, Конвенція про колізію законів, що стосуються розпоряджень (ухвалена 5 жовтня 1961 р.), і Конвенція про право, що підлягає застосуванню до спадкування нерухомого майна (ухвалена 1 серпня 1989 р.), дозволить вирішити ряд проблемних питань. Проте Україна не бере участі в жодній зі згаданих конвенцій, приєднання до яких є досить нагальним, оскільки питання надання правової допомоги і правових відносин у спадкових справах з країнами Західної Європи не врегульовано у більшості випадків. Більш того, позиція багатьох країн полягає саме у необхідності врегулювання таких питань шляхом застосування існуючих та укладання нових багатосторонніх, а не двосторонніх міжнародних договорів [2, с.607].

Повертаючись до суті колізійного спадкового права, відзначимо, що його розвиток зводиться здебільшого до змагальності трьох колізійних начал: особистого закону (громадянства чи закону місця проживання), закону місця вчинення акту (заповіту) та закону місцезнаходження речі. І, як вказує М. М. Богуславський, така різниця проявляється в тому, що в різних країнах неоднаково визначається коло спадкоємців за законом та за заповітом, – в одних країнах воно може бути більш широким, а в інших – вузьким; може не бути поділу спадкоємців на черги; встановлюються різні вимоги до форми заповіту – в більшості країн заповіт повинен бути укладеним у письмовій формі та завіреним, наприклад, у нотаріуса. В деяких країнах, наприклад в Іспанії, може допускатись олографічна форма, тобто заповіт написаний власноручно спадкодавцем і не вимагається, щоб він був засвідчений, тощо [3, с.321]. Стосовно місцезнаходження рухомого чи нерухомого майна, законодавство більшості країн визначає, що до рухомого майна застосовується право країни останнього місця проживання спадкодавця, а до нерухомого – країни в якій таке майно знаходиться. Здавалося б, що на цьому питанні майже вичерпано, проте

саме поняття «рухоме майно» трактується неоднозначно в різних країнах. Наприклад, за українським законодавством, а саме – ст. 181 ЦК України [4, с.69], до нерухомих речей належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Друга частина цього пункту передбачає, що режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. Як бачимо, у цій статті перелічено об'єкти, які за своєю природою можуть переміщатися у просторі, тобто перебувати не на території України. Отже, у різних країнах одні і ті ж речі можуть відноситись як до рухомих, так і до нерухомих.

Говорячи про становище іноземців у спадкових відносинах різних держав, то потрібно зауважити, що раніше воно визначалося не на їхню користь і відрізнялося від правового становища власних громадян. Наприклад, у часи «холодної війни» частими були випадки, коли при розгляді справ судами західних країн за участю громадян Радянського Союзу або громадян інших соціалістичних країн виносилися рішення не на користь спадкоємців з вказаних країн без формального обґрунтування на основі закону, а лише з огляду на приналежність до цих держав. Найбільш спрямованим на обмеження прав спадкоємців-іноземців є вимога про їх особисту явку. В деяких штатах США подібні правила встановлюються судами самостійно (Вісконсін), в інших – законом (Массачусетс, Монтана). А при розгляді спадкових справ основними вимогами, які потребують доведення, є факт родинного зв'язку та особи спадкоємця та інші обставини.

Проте на сьогодні такий стан справ уже не є настільки актуальним, як у ті часи. Так, за Мінською конвенцією про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. [5] встановлено, що громадяни кожної з країн СНД мають право успадковувати на території іншої держави СНД майно або право за законом чи за заповітом на однакових умовах і в тому ж обсязі, що і громадяни тієї ж країни (ст. 44 Конвенції), тобто фактично іноземцям надається національний режим у відносинах спадкування.

У зв'язку із спадкуванням з іноземним елементом може виникнути також питання про правовий статус майна громадянина (або особи без громадянства), в якого немає спадкоємців ні за законом, ні за заповітом. Відповіддю на це запитання є перехід такого майна до державної казни. Проте виникає ще одне питання: якій з двох чи навіть більше – залежно від ситуації – держав відійде це майно: державі, громадянином якої була ця особа; державі, в якій вона мала доміцилій; чи державі, на території якої це майно знаходилося на момент смерті особи? Вирішення цієї проблеми в різних країнах спирається на декілька принципів. В одному випадку держава може спадкувати майно незалежно від того, на території якої держави знаходиться майно – чи то воно є рухомих чи нерухомих. У іншому випадку, наприклад у ст. 46 Мінської конвенції 1993 р., зазначено, що якщо спадкоємцем майна є держава, то рухоме майно переходить до Договірної Сторони, громадянином якої є спадкодавець на момент смерті, а нерухоме майно переходить до Договірної Сторони, на території якої воно

знаходиться.

Отже, як бачимо, у питаннях спадкування є досить багато спірних питань, від правильності вирішення яких залежить доля майна, яке залишилося після спадкодавця, оскільки, як уже було зазначено, існує значна кількість колізійних прив'язок у держав для встановлення права, яке підлягає застосуванню до вирішення колізійних питань спадкування. Хоча існують також міжнародні конвенції, приєднання до яких, безсумнівно, було б позитивним моментом для уніфікації спадкування з іноземним елементом, що полегшило б практику вирішення спорів з спадкування у міжнародному приватному праві.

ЛІТЕРАТУРА

1. *Ануфриева Л. П.* Право: В 3 т. / Т. 2. Особенная часть: Учебник. – М.: Издательство БЕК, 2002.
2. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд. – К.: Видавець С. Я. Фурса: КНТ, 2007.
3. *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник. – М.: Международные Отношения, 1994.
4. Цивільний кодекс України: Офіційний текст / Міністерство юстиції України. – К.: Юрінком Інтер, 2004.
5. www.rada.gov.ua

SUMMARY

The article deals with the sphere of Inheritance law in Private International Law. This issue can be determined as question of current importance. The authjor analyses several multilateral treaties to which Ukraine is party. Special attention is paid to the issue of inheritance with foreign element. It is stressed that adherence to multilateral conventions will be a positive moment to unify legislation on inheritance with foreign element in the process of laws harmonization.

Key-words: private international law, inheritance law, multilateral conventions.

D. Gladka

Ukraine

Yaroslav the Wise National Law Academy of Ukraine

Research advisor – Ph.D. O. Senatorova

**LEGAL PERSONALITY OF INTERNATIONAL
ORGANIZATIONS: THE RULE OR EXCEPTION?**

In recent years the impact of the intergovernmental organizations (hereinafter IGO) on international relations has risen sufficiently. In this respect the concept of legal personality is a necessary starting point in determining the legal status of such organizations in the international law in general and consequences of their activity for the member states in particular [1, p. 273].

It appears to be widely accepted that an entity without legal personality cannot be the bearer of either rights or duties. We may simply say that, if an international organization has no distinct legal personality, cannot itself be legally liable for obligations even if incurred in its name; and it is likely that the liability will rather be that of the member states. [2, p. 8]

There is no rule governing international legal personality of international organizations in the contemporary international law. In such a case teachings of the scholars and judicial decisions should be referred to [3, p. 3].

International law doctrine today reflects three basic approaches to the issue of legal personality of international organizations [4, pp. 978-979]. The first is the contract or subjective theory approach, which holds that the legal personality of an international organization derives from the will of states explicitly attributed to the organization in a constitutive treaty. Some scholars argue that this treaty-contract approach was especially supported by socialist countries, but it has generally lost its appeal with the collapse of communism.

The second approach is the objective theory which suggests that if an organization operates in a sufficiently autonomous manner, it may possess legal personality ipso facto in addition to that conferred by constitutive instruments. [5, pp. 1-21] The autonomy arises generally when an organization both is not subject to the jurisdiction of any particular state and is endowed with an organ the function of which is to express the will of the organization. This theory accommodates (better than does the contract theory) the rapid growth in number and the increasing activity and relevance of international organizations.

The third approach, the implied powers or functional theory, is the most widely accepted approach for determining international legal personality. More often than not, the constitutive instruments of international organizations do not contain an express provision conferring legal personality upon the organization. Under the implied powers approach, personality derives indirectly from the functions of the organization appropriately exercised through its organs especially when that exercise demonstrates a will separate from its members [6, p. 332]. The preference of most writers today is to

include this theory to any analysis to determine whether international organizations have international legal personality [7, p. 680].

The movement of international society from a contract approach to an implied powers approach to determine the nature and extent of international legal personality has been confirmed by the International Court of Justice (hereinafter ICJ). In the *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Case* [8, p. 233] the issue was whether the United Nations (hereinafter UN) could bring an international claim against a responsible government for injuries suffered by an agent of the UN. The Court employed the functional approach when it examined the concept of legal personality of the UN by looking at the organization's implied powers in its constitutive documents supplemented by later practice. The ICJ concluded that the UN indeed possessed legal personality because the constitutive instruments of the UN and subsequent UN practice established a status for the UN organization separate from its state members. The Court also noted that the UN Charter equipped the organization with its own functioning organs that had unique tasks.

In the opinion of the Court: “The Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate on an international plane. It is at present the supreme type of international organization, and it could not carry out the intentions of its founders if it was devoid of legal personality. Under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties” [9, p. 179].

Importantly for present purposes, the Court concluded that the UN organization has international legal personality even without an express provision conferring personality. The Court emphasized efficiency considerations in analyzing the functions of the organization with regard to legal personality. Here, it emphasized three main requisites for legal personality: (1) legal personality must be indispensable to the achievement of the organization's objectives; (2) the organization must have its own organs and special tasks; and (3) the organization itself must be distinct from its member states. The Court thus rested its decision both on the implied powers doctrine and the objectively determined characteristics of the UN organization [10, pp. 354-355].

At the same time it should be stressed that this decision of the Court should be applied cautiously. While the unique situation of the United Nations, with its near universal membership and unique tasks, may invest it with objective legal personality, this should not be presumed to apply to all international organizations. Indeed, nothing in the *Reparation for Injuries case* provides in favour objective legal personality for each and every international organization. Thus there is no evidence that states continue in any general sense to retain legal responsibility for the bodies they have created [11, pp. 111, 117]. Therefore, the matter of international legal personality of a particular international organization remains a question of case-by-case study.

In this respect the issue of international legal personality of the European Union (hereinafter EU) should be regarded as one of the most arguable and relevant in the

contemporary international law.

Unlike the treaties establishing the three Communities, the Treaty on the European Union (hereinafter TEU) does not contain a specific provision conferring the Union legal personality [12, p. 247]. Hence, it lacks legal personality under the contract theory approach.

As for the objective and functional doctrines, the Union, at first sight, seems to satisfy two prime criteria for international legal personality - separation from the Member States and possession of its own organs [13, p. 105]. The Union, of course, was established by a treaty concluded by its Member States. The EU possesses permanent organs similar to those of the Community. And the Union is separate from its Member States, in the sense that it has distinct aims and goals. This separation from Member States is indirectly reflected in the Treaty provisions for solidarity of obligation and for a principle of subsidiary separate from the Community.

On the other hand, the TEU did not confer on the Union treaty-making powers. Instead, its powers in the area of common foreign and security policy are limited to the adoption of common positions and joint actions and declarations, neither of which require it to have international legal personality [14, p. 8]. The functions and powers of the EU were intentionally designed by the Member States to be restricted at the time of its creation, which argues for the absence of discrete legal personality. That design reflects a deliberate intention to curtail the Union's role and power in international legal relations. To act on the international plane, the Union must rely either on the existing Communities or on the Member States. [15, p. 11]. Thus the EU is not a legal person under the objective and functional doctrines as well.

The same was confirmed by The German Constitutional Court, [16, p. 338] which prior to German ratification of the TEU, took the view generally shared by other Member States, that the Union was not a legal person and that the narrow powers granted it did not make Union legal personality indispensable for the Union to perform its functions. It noted that "according to the interpretation applied by the Federal Government, the EU does not have a distinct personality either in terms of its relationship with the European Communities or with the Member States."

Thus the examination of the international legal personality of the EU requires therefore an acceptance that the EU is distinct from its Member States and the Communities, and that it has not been granted legal personality unlike the three Communities. It is normally maintained that the EU lacks legal personality. [17, p. 12] However, it is not accurate to claim either that the EU is legally non-existent or that it is not distinct from the Member States or the existing three Communities.

Consequently, it is entirely possible to grant legal personality to the EU. Moreover such an attempt was already made – article I-7 of the EU Constitution Project (that is not ratified by the member states yet) provides that "EU shall have legal personality" [18, 2]. Thus it is likely that the EU in the years ahead eventually will emerge with an intact international legal personality regardless of the present state of law.

Therefore it's seen that even though the IGO become more and more influential on the international plane, their legal status – the possession of legal personality under

international law or not – remains absolutely dependant on the states’ (as their constituent members) will. While contemporary international law lacks a general rule governing international legal personality of IGO, in order to determine the existence thereof the treaty establishing an organization, its tasks, rights and functions should be analyzed in every particular case.

LIST OF SOURCES

1. Akande. International Organizations, in M.D. Evans (Ed.). International Law (2003).
2. Higgins, Rosalyn. The Legal Consequences for Member States of the Non-Fulfilment by International Organizations of their Obligations towards Third Parties. Extract from Institute of International Law. Yearbook, vol. 66-I, Paris Pedone. 1995.
3. Klabbers, Jan. The Concept of Legal Personality. 11 IUS Gentium 35. 2005.
4. H.G. Schermers and N.M. Blokker. International Institutional Law (3rd ed.1995).
5. F. Seyersted. Objective International Personality of International Organization. Nordisk Tidskrift for International Ret. 1-112 (1964).
6. Derek Bowett. The Law of International Institutions (4th ed. 1982).
7. I. Brownlie. Principles of Public International Law (1990).
8. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (1949) ICJ Reports 174.
9. Supra note 8, p. 179.
10. Louis Henkin. R.C. Pugh, Oscar Schachter, H. Smit, International Law: Cases and Materials (3rd ed. 1993).
11. M. Rama-Montaldo. International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations. 44 British Yearbook of International Law (1970).
12. Treaty on European Union and Final Act, Feb. 7, 1992, Art. A, 29 I.L.M. 1992.
13. U. Everling. Reflections on the Structure of the European Union. 29 Common Mkt. L.Rev. (1992)
14. O. Artamonova. International legal personality of the European Union. Russian Law Journal. No 8 (Aug. 2004).
15. D. Curtin. The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, 30 Common Mkt. L. Rev. (1993).
16. German Federal Constitutional Court judgment of the Maastricht Treaty of October 12, 1993, 33 I.L.M. (1994).
17. Paasivirta, Esa. The European Union: From an Aggregate of States to a Legal Person? Hofstra Law and Policy Symposium (1997).
18. Constitution (or Constitutional Treaty) for Europe, 2004, available at: http://europa.eu/constitution/index_en.htm.

SUMMARY

The article “Legal personality of international organizations: the rule or exception?” is dedicated to the legal personality of international organizations issue. The rapid growth in number and the increasing activity and relevance of such

organizations becomes the objective tendency in international relations. However, there is no rule governing international legal personality of intergovernmental organizations in the contemporary international law. Thus the doctrine and judicial decisions as the subsidiary means for determination of rule of law should be examined. In these respect three main basic approaches to the issue of legal personality of international organizations – contract, objective and functional theories - are concerned. The movement of international society from a contract to functional theory has been confirmed by the World Court in the Reparation for Injuries Case. The article also deals with the question of European Union international legal personality. The examination of the Treaty on the European Union requires an acceptance that the Union is distinct from its Member States and the Communities. However it has not been granted legal personality under the Treaty. Though the European Union is formally the contractual party to the international agreements, in fact, the member states undertake individual obligations rather the Union as such.

Д. Рябиченко

Украина

Донецкий национальный университет

Научный руководитель – доц. В. А. Малыга

**«ОБХОД ЗАКОНА» В УКРАИНСКОМ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ**

Одним из направлений государственной политики в Украине является реформирование законодательства с целью его гармонизации с европейскими нормами и правилами. Особое значение на данном этапе приобретает вопрос обновления законодательства в сфере частного права, к которому традиционно относится такая специфическая отрасль, как международное частное право.

Внешнеполитический курс нашего государства на интеграцию в такие международные организации, как ЕС и ВТО, обусловил необходимость частноправового регулирования деятельности резидентов и нерезидентов Украины, вовлеченных в гражданский и торговый обороты. Ненадлежащее правовое регулирование и пробелы в действующем законодательстве зачастую приводят к действиям субъектов международных отношений, которые можно охарактеризовать как «обход закона».

Всестороннее исследование проблемы «обход закона» позволит отечественному частному праву усвоить положительный зарубежный опыт и подняться на новую ступень развития. Вышеизложенное обуславливает актуальность специфической и сложной проблемы «обход закона» как в материальном, так и в коллизионном праве.

Для Украины понятие «обход закона» является относительно новым. Оно было введено Законом Украины «О международном частном праве» от 23 июня 2005 г. (далее – Закон о МЧП). В п.9 ст.1. данного закона под «обходом закона» понимают применение к правоотношениям с иностранным элементом права иного, чем право, предусмотренное соответствующим законодательством [1].

Следует заметить, что юридическая конструкция «обход закона» употребляется как в широком, так и в узком смысле (лишь в сфере международного частного права). Настоящая статья посвящена исследованию проблемы «обхода закона» лишь в отношениях с иностранным элементом, т. е. в узком смысле.

Анализу указанной проблемы посвящали свои работы такие авторы, как Л. А. Лунц, О. С. Иоффе, А. И. Муранов, А. Н. Мандельштам, Д. Мейер, И. Б. Новицкий.

Основной целью настоящего исследования является определение основных параметров единой концепции «обхода закона» в Украине. Для достижения указанной цели необходимо реализовать следующие задачи:

- ✓ выявить правовую природу понятия «обход закона»;

- ✓ проанализировать формы реализации «обхода закона»;
- ✓ определить последствия применения «обхода закона» субъектами хозяйствования в Украине.

В международном частном праве выделяются такие понятия, как «обход собственного закона» (*fraus legi domesticae*) и «обход иностранного закона» (*fraus legi extranae*). Необходимо признать, что украинское международное частное право еще не достигло того уровня, когда оно может позаботиться не только о своих интересах, но и об интересах «обойденного» иностранного права [3, с. 51]. В теории права принято считать, что «обходят» не коллизионную норму, а внутреннюю материальную норму закона, тогда как коллизионная норма – только орудие для такого «обхода». Это подтверждается тем, что «обход закона» имеет целью применение коллизионной нормы ввиду наличия в ней удобной привязки, а результатом является применение иностранного права и неприменение внутренней материальной нормы права.

Концепция «обхода закона» содержит следующий подход: возможно, помимо законных и незаконных действий нужно выделять в особую группу еще и действия в «обход закона», т. е. те, которые букву закона не нарушают, но направлены на достижение результата, который с целями закона не соотнобразуется [4, с. 67]. По мнению А. И. Муранова, и В. И. Кисиля, такие действия также необходимо объявить незаконными. Критерием же выделения их в особую группу служит так называемое намеренное стремление добиться указанного результата. Часто понятие «обход закона» используется для обозначения действий, закону не соответствующих, но маскирующихся под законные.

Некоторые авторы считают, что у понятия «обход закона» вообще отсутствует самостоятельная правовая природа [5, с. 9]. Согласиться с такой позицией нельзя, поскольку «обход закона» (в узком смысле) характеризуется такими признаками, как непосредственная связь с коллизионными привязками и внешняя правомерность поведения субъектов правоотношений с иностранным элементом.

А. А. Пиленко в своих трудах отмечал, что теория *agere in fraudem legis* была вызвана во многом объективно заданным несовершенством юридической техники, выразившимся в чрезмерно широком формулировании объема коллизионных норм и жестким указанием на конкретную привязку. В классической теории *agere in fraudem legis* соответствующие действия объявляются совершенными в «обход закона» только потому, что они с помощью коллизионной нормы обеспечивают объективно необоснованное перераспределение компетенции *lex domesticae* в пользу какого-либо иностранного закона. Происходит это из-за того, что у правоотношения имеется только одна, причем искусственно созданная связь с иностранным законом, тогда как все другие связи «прикрепляют» это правоотношение к *lex domesticae* [6, с. 333].

Вопрос о сущности и правовой природе «обхода закона» тесно связан с содержанием указанного понятия. С точки зрения О. С. Иоффе, к «обходу закона» приравнивается привлечение к постоянной работе под видом договора поручения работника, должность которого штатным расписанием не

предусмотрена (т. е. притворная сделка). Некоторые авторы, к примеру Л. П. Короткова, «обходом закона» называют фиктивные браки, В. И. Кисиль и В. П. Пастухов к «обходу закона» относят заключение иностранцем фиктивного брака в государстве своего пребывания [7, с. 15]. Что касается коллизионных вопросов, то к «обходу иностранного закона» в международном частном праве приравнивалась ситуация, в которой английский суд, отказавшись применить иностранное право, применил собственное право (хотя ни о каком «обходе» речь там не шла); наконец, существует мнение, согласно которому «обходом закона» в международном частном праве признается ситуация, в которой стороны даже и не намеревались специально избежать применения одного закона, а просто избрали нормы, которые не могут регулировать правоотношения из-за того, что они предназначены для других отношений.

Использование концепции «обхода закона» дает возможность сформулировать три подхода к определению содержания этого понятия. Первый подход оценивает такие действия с точки зрения соответствия их результата цели закона (с тем, чтобы иметь возможность объявить их незаконными). Во втором под понятием «обход закона» подразумеваются обман, мнимость, притворность и злоупотребление правом. Но «искусственная криминализация обхода закона, перевод его в статус противоправного противоречит самому содержанию данного понятия – обход закона представляет собой легальное уклонение от его действия (а не нарушение закона)» [8, с. 45]. Существует еще и третий подход, согласно которому к категории направленных на «обход закона» отнесены действия, имеющие целью сознательное создание субъектами права определенного фактического состава с целью обеспечить по отношению к себе действие одного правового предписания и (или) не допустить действие другого.

По мнению автора, внутреннее наполнение «обхода закона» обусловлено сочетанием нескольких неразрывно связанных между собой звеньев. В качестве первого следует назвать порядок определения права, которое подлежит применению (применяемое право определяется Законом о МЧП). Вторым звеном выступает ключевой принцип «автономии воли» (ст. 5 Закона о МЧП), который предоставляет участникам правоотношений право самостоятельно осуществлять выбор права, подлежащего применению к содержанию правовых отношений. Третьим звеном выступает наличие решения суда по делу о признании конкретных действий субъекта хозяйствования в качестве направленных на «искусственное привязывание» отношений к праву, которое наиболее выгодно сторонам и выбор которого был осуществлен с нарушением норм Закона о МЧП. При этом следует заметить, что отсутствие подобного судебного решения отнюдь не придает действиям, совершенным в обход закона, правомерный характер.

В юридической практике многих государств теория «обхода закона» отсутствует: в кодификациях международного частного права Австрии, ФРГ (хотя в некоторых проектах в ФРГ она фигурировала) и даже Италии, где она довольно широко распространена. Самостоятельное значение теории «обхода закона» не признается и в некоторых других странах, например в Китае, США. Что касается Великобритании, то там теория «обхода закона» никогда не

признавалась. Теория *agere in fraudem legis* еще сохраняется в определенном виде во Франции, Испании, Венгрии, Португалии, Румынии, Латинской Америке. Как показывает опыт западных стран, защиту интересов национального права при его взаимодействии с иностранными правовыми системами более чем надежно обеспечивают оговорки о публичном порядке и об императивных нормах [9, с. 65].

С точки зрения А. Муранова, традиционный коллизионный метод в том виде, в каком он существует сегодня, в целом не способен разрешить проблему «обхода закона». Более того, и объяснить этот феномен, оставаясь только в рамках коллизионного метода, невозможно, потому что такая попытка приводит к двусмысленностям и неточностям [10, с. 72].

Однако анализ норм Закона о МЧП и практики его применения позволяет сделать выводы о наличии определенных форм осуществления «обхода закона»:

1) целенаправленное формирование обстоятельств (юридических фактов), которые позволяют «привязать» ситуацию к правовой системе иной, нежели предусмотренная коллизионными нормами;

2) избрание участниками правоотношений с иностранным элементом «применимого права» с учетом их собственных интересов (но без учета требований украинского закона).

Практическая ценность выявления таких форм состоит в том, что их вычленение позволяет на практике предпринять ряд мер превентивного характера с целью не допустить признания в будущем некоторых действий, совершенными в обход закона.

Профессиональное разрешение международных коммерческих споров обуславливает уверенность в том, что многие недостатки все же будут нейтрализованы тщательным и добросовестным рассмотрением дела. Однако то, что возможно в теории международного частного права в рамках международного коммерческого арбитража, не всегда является приемлемым для практики и судебной системы.

Состояние современной судебной системы Украины таково, что судьям необходимо как можно чаще применять иностранное право, чтобы научиться делать это квалифицированно.

Концепция «обхода закона» представляет несомненный интерес в теоретическом, историческом, методологическом, социологическом аспектах, но при этом должна рассматриваться всегда с учетом его правовой природы и сущности. Законодательное закрепление понятия «обход закона» фактически стало началом нового этапа в развитии международного частного права в Украине, поскольку впервые указанная конструкция получила правовую оценку. При этом важнейшей задачей на этом этапе становится правильное и однозначное применение норм Закона о МЧП, что позволит использовать «обход закона» не только как институт государственного надзора, но и в качестве надежного механизма защиты интересов субъектов хозяйствования в Украине.

ЛИТЕРАТУРА

1. О международном частном праве: Закон Украины от 23.06.2005 г. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – С. 422.
2. *Луц Л. А.* Курс международного частного права: В 3 т. – М.: Спарк, 2002. – 1007 с.
3. *Муранов А. А.* К вопросу об «обходе закона» // Московский журнал международного права. – 1997. – № 3. – С. 42-76.
4. *Муранов А. А.* К вопросу об «обходе закона» // Московский журнал международного права. – 1997. – № 3. – С. 42-76.
5. *Муранов А. И.* Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве: Автореф. дис. ... канд.юрид.наук: 12.00.03. – М., 1999. – 26 с.
6. *Муранов А. А.* «Обход закона» в международном частном праве: мнимость актуальности и надуманность проблем // Законодательство. – 2004. – № 7. – С. 67-74; № 8. – С. 45-54.
7. *Кисіль В. І.* Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві: Автореф. дис...д-ра юрид. наук/ Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2001. – 39 с.
8. *Кибенко Е. Р.* Международное частное право: Учебно-практическое пособие. – Х.: Эспада, 2003. – 512 с.
9. *Луц Л. А.* Курс международного частного права: Общая часть. – М.: Юрид. лит., 1973. – 333 с.
10. *Муранов А. А.* «Обход закона» в международном частном праве: мнимость актуальности и надуманность проблем // Законодательство. – 2004. – № 7. – С. 67-74.
11. *Жильцов А. Н.* Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. – 1997. – № 23–24. – С. 38.

SUMMARY

The article is devoted to the process of formation of the «law violation» in Ukrainian legislation. Attention is given to the legal nature, contents and forms, and consequences of using the «law violation» principle. In the article the legal phenomena and actions of the subjects of the rights designated as «detour of the law», and also the contents of the normative certificates, international agreements, judicial decisions of opinions using concept «detour of the law» are analyzed.

Key-words: circumvention of law, detour of the law, «law violation» principle.

ЗМІСТ

<i>А. Бойко. Слово до читача</i>	- 3 -
--	-------

РОЗДІЛ І

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Г. Берченко</i> ПРИНЦИПИ ПРАВА У ПРАВОЗАСТОСУВАННІ	- 5 -
<i>В. Гончаров</i> ЕВОЛЮЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВА. ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА.....	10
<i>О. Олинець</i> ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ОСНОВНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В НІМЕЧЧИНІ	14

РОЗДІЛ ІІ

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ТА ФІНАНСОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

<i>N. Anisimova</i> AUFSTELLUNG VON WAHLBEWERBERN BEI REGIONALWAHLEN IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND	18
<i>L. Griškevič</i> SEPARATION OF POWERS AND THE EXECUTIVE IN THE USA	22
<i>P. Dzido</i> ZARZĄD POWIATU JAKO WYKONAWCZY ORGAN SAMORZĄDU W POLSCE.....	26

РОЗДІЛ ІІІ

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

<i>В. Голей</i> ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОКУМЕНТАРНОГО АКРЕДИТИВУ НА МІЖНАРОДНОМУ ТА ВНУТРІШНЬОДЕРЖАВНОМУ РІВНЯХ	31
<i>А. Польщикова</i> ПРОБЕЛЫ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ И	

ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ В ОБЩЕЖИТИЯХ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И УКРАИНЫ	37
К. Форостина ЗАКОНОДАВЧІ НОВЕЛИ ЩОДО ЗАМІНИ НЕНАЛЕЖНОГО ВІДПОВІДАЧА ЗА НОВИМ ЦПК УКРАЇНИ	41
О. Харіна ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЗА УГОДОЮ ПРО ТОРГОВЕЛЬНІ АСПЕКТИ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ	46

РОЗДІЛ IV

ДОСЛІДЖЕННЯ У ГАЛУЗІ ТРУДОВОГО ПРАВА

В. Гураш ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ЛІЗИНГОВОЇ ПРАЦІ	51
О. Плига ПРАВО НА ПРИВАТНІСТЬ: ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИВАТНОСТІ ПРАЦІВНИКІВ	57

РОЗДІЛ V

МЕДИЧНЕ ПРАВО

Т. Заварза ПРОБЛЕМИ ЗБЕРЕЖЕННЯ ЛІКАРСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ	61
--	----

РОЗДІЛ VI

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, ПРОЦЕСУ І КРИМІНОЛОГІЇ

W. Wardowski OGÓLNE ZAGADNIENIA PRZESTĘPSTWA W ŚWIETLE POLSKIEGO PRAWA KARNEGO	65
А. Кузьмин КВАЛИФИКАЦИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ СО СПЕЦИАЛЬНЫМ ИСПОЛНИТЕЛЕМ	70
А. Марку ПРОБЛЕМИ ВВЕДЕННЯ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ	73
Є. Назимко ПРОПАГАНДА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ЯК ФАКТОР ПРОТИДІЇ КРИМІНАЛЬНІЙ СУБКУЛЬТУРІ	77

А. Уланова	
ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЫ КОНФИСКАЦИИ ИМУЩЕСТВА.....	82
И. Филиппова	
ПРОБЛЕМЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ОТДЕЛЬНЫХ ФОРМ ХИЩЕНИЙ.....	86
О. Чередніченко	
ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ.....	90
С. Черняк	
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ХАРАКТЕР ЗАТРИМАННЯ: СПІЛЬНЕ ТА ПРОТИЛЕЖНЕ	94

РОЗДІЛ VII

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

М. Базюк	
НЕОБХІДНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ	99
D. Gladka	
LEGAL PERSONALITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS: THE RULE OR EXCEPTION?	103
Д. Рябиченко	
«ОБХОД ЗАКОНА» В УКРАИНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ.....	108

CONTENTS

<i>A. Bojko. Preface</i>	- 3 -
--------------------------------	-------

CHAPTER I

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

<i>H. Berchenko</i> PRINCIPLES OF LAW IN LAW ENFORCEMENT.....	- 5 -
<i>V. Honcharov</i> EVOLUTIONAL INTERPRETATION OF LAW. THEORY AND PRACTICE.....	10
<i>O. Olynets'</i> THEORETICAL ASPECTS OF BASIC HUMAN RIGHTS IN GERMANY.....	14

CHAPTER II

CONSTITUTIONAL AND FINANCIAL LEGAL RESEARCHES

<i>N. Anisimova</i> CANDIDATES' PROMOTION TO FEDERAL LANDS ELECTIONS IN FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY.....	18
<i>L. Griškevič</i> SEPARATION OF POWERS AND THE EXECUTIVE IN THE USA	22
<i>P. Dzido</i> DISTRICT AUTHORITIES AS EXECUTIVE SELF-GOVERNMENT OFFICE IN POLAND.....	26

CHAPTER III

CIVILISTIC ISSUES

<i>V. Holei</i> PROBLEMS OF DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT REGULATION ON NATIONAL AND INTERNATIONAL LEVELS.....	31
<i>A. Pol'shchikova</i> GAPS IN NORMATIVE REGULATION OF GRANTING AND USAGE OF RESIDENTIAL PREMISES IN HOSTELS ACCORDING TO LEGISLATION OF RUSSIA AND UKRAINE.....	37
<i>K. Forostyna</i> LEGISLATIVE INNOVATIONS REGARDING IMPROPER DEFENDANT CHANGE ACCORDING TO THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE.....	41

<i>O. Kharina</i>	
MAIN CHARACTERISTICS OF INTELLECTUAL PROPERTY NORMATIVE REGULATION ACCORDING TO AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS	46

CHAPTER IV LABOUR LAW ISSUES

<i>V. Hurash</i>	
NOTION AND CHARACTERISTIC FEATURES OF LEASING EMPLOYMENT	51
<i>O. Plyha</i>	
RIGHT TO PRIVACY: SECURING OF WORKERS PRIVACY	57

CHAPTER V MEDICAL LAW

<i>T. Zavarza</i>	
MEDICAL PRIVACY SECURING ISSUES	61

CHAPTER VI CRIMINAL, CRIMINAL PROCEDURAL AND CRIMINOLOGICAL RESEARCHES

<i>W. Wardowski</i>	
DEFINITION OF CRIME IN POLISH CRIMINAL LAW	65
<i>A. Kuz'min</i>	
QUALIFICATION OF CRIMES WITH SPECIFIC EXECUTIVE	70
<i>A. Marku</i>	
PROBLEMS OF MEDIATION INSTITUTE INTRODUCTION I N CRIMINAL PROCEDURAL LAW OF UKRAINE	73
<i>Y. Nazymko</i>	
PROPAGANDA OF CRIMINAL LEGISLATION IN PLACES OF IMPRISONMENT AS CRIMINAL SUBCULTURE RESISTANCE	77
<i>A. Ulanova</i>	
LEGAL ISSUES OF PROPERTY CONFISCATION	82
<i>I. Filippova</i>	
PROBLEMS OF THEFT FORMS DIFFERENTIATION	86
<i>O. Cherednichenko</i>	
OBJECT OF PROVING IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW OF UKRAINE	90

S. Cherniak	
CRIMINAL AND CRIMINAL PROCEDURAL CHARACTERISTICS OF PERSON'S DETENTION: COMMON AND DIFFERENT FEATURES	94

CHAPTER VII INTERNATIONAL ISSUES

M. Baziuk	
NECESSITY OF INHERITANCE PRIVATE INTERNATIONAL LEGAL REGULATION	99
D. Gladka	
LEGAL PERSONALITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS: THE RULE OR EXCEPTION?	103
Д. Рябиченко	
"CIRCUMVENTING OF THE LAWS" IN UKRAINIAN LEGISLATION	108

