

Міністерство освіти і науки України
Чорноморський національний університет ім. Петра Могили
Первинна профспілкова організація ЧНУ ім. Петра Могили
Південний науковий центр НАН та МОН України
Ca' Foscari University, Venice (Італія)
Saarland University (Німеччина)
Інститут історії Університет гуманітарних та природничих наук
імені Яна Длугоша (Польща)
Університет Сегеда (Угорщина)
Інститут політичних наук і міжнародних відносин Ягеллонського університету (Польща)
Академія військового мистецтва в Варшаві (Польща)
Інститут історії Лодзького університету (Польща)
Університет Марії Кюрі-Склодовської (Польща)
Інститут національної пам'яті (Польща)

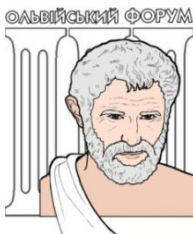


ОЛЬВІЙСЬКИЙ ФОРУМ – 2019: стратегії країн Причорноморського регіону в геополітичному просторі

**XIII Міжнародна наукова конференція
6–9 червня 2019 р., м. Миколаїв**

ТЕЗИ

Актуальні проблеми юриспруденції



**Миколаїв
2019**

Ольвійський форум – 2019 : стратегії країн Причорноморського регіону в геополітичному просторі : XIII міжнар. наук. конф. 6–9 червня 2019 р., м. Миколаїв : тези доп. : Актуальні проблеми юриспруденції / Чорном. нац. ун-т ім. Петра Могили. – Миколаїв : Вид-во ЧНУ ім. Петра Могили, 2019. – 60 с.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

ГАЛУЗЕВІ ЮРИДИЧНІ НАУКИ

УДК 343.9

Блага А. Б.,
*д-р юрид. наук, доцент, завідувач кафедри,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

ПОТЕНЦІАЛ МІСЦЕВИХ ОРГАНІВ ВЛАДИ У РОЗБУДОВІ СИСТЕМИ ЗАПОБІГАННЯ ДОМАШНЬОМУ НАСИЛЬСТВУ

Гендерне насильство є важливим пунктом міжнародного порядку денного з прав людини та залишається актуальною проблемою українського сьогодення. Різні галузі національного законодавства містять окремі норми, які стосуються окремих компонентів цього поняття – домашнє насильство, гендерної дискримінації, сексуальних домагань тощо. Проте ані вітчизняне законодавство, ані міжнародні нормативно-правові акти не мають уніфікованого узгодженого визначення юридичного терміну «гендерне насильство». Найбільш вдалим, на наш погляд, є визначення Фонду Народонаселення ООН, яке чітко встановлює соціальні виміри і глибинні причини насильства проти жінок і дівчат: *«Гендерне насильство – це насильство, яке стосується чоловіків і жінок і жертвами якого переважно є жінки. Воно виникає як наслідок нерівних владних стосунків між жінками і чоловіками. Це насильство, яке спрямоване проти жінки, тому що вона жінка, чи непропорційно впливає на жінку. Воно стосується (але не вичерпується) фізичної, сексуальної і психологічної шкоди включно із залякуванням, стражданнями, примусом та чи позбавленням свободи в сім'ї чи в суспільстві взагалі. Це також стосується насильства, яке чинить чи не зупиняє держава».*

Відповідно, до основних видів гендерно-обумовленого насильства відносяться: а) групове насильство; б) насильство як частина національних звичаїв; в) державне насильство – з боку військових та учасни-

ків мілітаризованих груп, поліції і представників влади; г) торгівля людьми; д) домашнє насильство. Як вірно зазначає Г. Герасименко, політична дестабілізація та розгортання збройного конфлікту в Східній Україні супроводжувались ескалацією різних форм насильства; поряд з цим, лунали твердження щодо фактів ГОН у регіонах, на територіях яких велися бойові дії. Масштабні потоки внутрішньо переміщених осіб (ВПО) зумовили формування нових для країни гуманітарних викликів, пов'язаних з необхідністю надання соціальної підтримки численним контингентам населення, змушеним залишити своє житло внаслідок військових дій, їх адаптації до нових умов життя та інтеграції в приймаючі громади. Біженці та ВПО є особливо вразливими до ризиків ГОН, оскільки розрив родинних зв'язків і соціальних відносин, відсутність постійного житла та стабільних доходів, несприйняття у приймаючих громадах та відсутність довіри до місцевої влади створюють передумови для можливих кривдників та обмежують можливість доступу до справедливості для постраждалих.

На сьогодні можна констатувати, що у нашій державі найбільш розробленою серед усіх названих видів ГОН є система запобігання домашньому насильству. Так, українське законодавство до системи органів та установ, на які покладається здійснення заходів із запобігання домашнього насильства, відносить: центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики з питань попередження домашнього насильства; центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань попередження домашнього насильства; відповідні підрозділи органів внутрішніх справ; органи опіки і піклування; спеціалізовані установи для осіб, які вчинили домашнє насильство, та жертв такого насильства: а) кризові центри для членів сімей, в яких вчинено домашнє насильство або існує реальна загроза його вчинення; б) центри медико-соціальної реабілітації жертв насильства в сім'ї; служба у справах дітей; центри соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді й заклади соціального обслуговування; органи та заклади охорони здоров'я; органи освіти та установи кримінально-виконавчої системи (в частині попередження жорстокого поводження з дітьми). Крім того, в Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» зазначено, що органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи й організації незалежно від форми власності, об'єднання громадян, а також окремі громадяни можуть сприяти здійсненню заходів із попередження домашнього насильства.

Зокрема, на регіональному рівні значний позитивний вплив у напрямку покращення спектру, доступу та якості соціальних послуг і

послуг реабілітації для потерпілих від насильства жінок та чоловіків, які вчинили насильство, здійснюють мобільні бригади соціально-психологічної допомоги, створені за підтримки міжнародних організацій. Наразі функціонують 26 мобільних бригад в Донецькій, Луганській, Дніпропетровській, Запорізькій та Харківській областях. За два роки їх діяльності 14 600 постраждалих від гендерно-обумовленого насильства отримали соціально-психологічну допомогу, що надається 26 мобільними бригадами у 5 областях. Для більш як 60 % постраждалих це був перший і чи не єдиний шанс отримати таку необхідну допомогу. Гендерно-обумовлене насильство залишається прихованою проблемою, а тому робота мобільних бригад соціально-психологічної допомоги є надзвичайно важливою для допомоги постраждалим від насильства.

Лише протягом жовтня-грудня 2016 року на Національну «гарячу» лінію з попередження домашнього насильства, торгівлі людьми та гендерної дискримінації отримано 12 878 дзвінків та надано відповідну кількість психологічних консультацій постраждалим від насильства. Понад 65 % усіх дзвінків надходило вночі та протягом вихідних, приблизно 5 % – з невідконтрольних уряду України територій. Постраждалих також перенаправляли для отримання допомоги до інших служб, у тому числі мобільних бригад соціально-психологічної допомоги. Підтримка Фонду народонаселення ООН (ФН ООН) забезпечила цілодобове функціонування «гарячої» лінії (наразі 66% дзвінків надходять вночі).

Перші постраждали вже отримали допомогу в тимчасовому притулку для потерпілих від гендерно-обумовленого насильства, відкритому в Харкові у листопаді 2016 року. ФН ООН надає підтримку місцевим органам влади щодо відкриття аналогічних закладів для постраждалих від насильства у Кривому Розі та Бердянську, а також у Донецькій та Луганській областях.

Понад 300 000 осіб охоплено протягом 2016 року в рамках широкомасштабної інформаційної та просвітницької кампанії «Розірви коло», спрямованої на підвищення рівня обізнаності щодо проблеми ГОН та наявних послуг для допомоги постраждалим від нього.

Більш як 120 000 жінок отримали безкоштовну допомогу з охорони материнського та репродуктивного здоров'я завдяки 528 медичним наборам, 68 000 гінекологічних наборів, а також медичному обладнанню, доставленим ФН ООН до пологових будинків на сході України. Понад 7 мільйонів презервативів було розповсюджено з метою попередження ВІЛ та ІПСШ і запобігання небажаних вагітностей серед найбільш вразливих категорій жінок.

Такий позитивний досвід є підставою для підвищення ефективності взаємодії між державними, комунальними і неурядовими суб'єктами у сфері запобігання на домашнього насильства, внаслідок чого наразі створюються ще 18 таких бригад у 5-ти регіонах України, а саме на території Київської, Одеської, Вінницької, Херсонської та Львівської областей.

УДК 343.2/7

Грицаєнко Л. Р.,
д-р юрид. наук,
завідувач кафедри конституційного та
адміністративного права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

ДОСВІД СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ АМЕРИКИ ЩОДО ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ

Корупція є одним з найнебезпечніших явищ, яке стоїть на заваді належного розвитку будь-якої держави і постає однією із найактуальніших соціальних проблем сучасності, вирішення якої є для багатьох країн є надзвичайно важливою справою. Зловживають посадами державні чиновники як у державах з ринковою економікою і надзвичайно високим рівнем демократії, так і в країнах з адміністративно-командною системою економічного господарювання та тоталітарним політичним режимом, і ця тенденція має щорічне зростання. Якщо за даними фахівців Світового банку у світі на хабарі в 1999 році витрачалося понад 80 млрд. доларів США, то нині цю суму оцінюють в 1 трлн.

Розв'язання проблеми посилення боротьби з корупцією, хоча б у плані обмеження її масштабів, залишається одним з найбільш гострих і складних завдань на шляху становлення України як демократичної, правової і соціальної держави. На сьогодні корупція вразила практично усі сфери суспільного життя, високий рівень корумпованості в Україні визнано її політичним керівництвом, законодавчим органом, вітчизняними та зарубіжними експертами, відповідними міжнародними інституціями, для якої корупція стала чинником, що реально загрожує національній безпеці та конституційному ладу нашої країни.

Корупція безжалюно деформує не тільки систему соціально-економічних та політичних відносин, призводить до поширення організованої та економічної злочинності, стає основною причиною бага-

тьох інших соціальних явищ, а ще й непоправно шкодить моральним засадам нації, іміджу нашої держави, її владним спроможностям як в національному, так і міжнародному вимірі, породжує недовіру громадян до органів державної влади.

Особливого розголосу та суспільного резонансу набуває інформація щодо запобігання та протидії корупції серед осіб, які за своїми службовими обов'язками повинні безпосередньо реалізовувати державні програми щодо запобігання та протидії корупції. Поряд з негативними наслідками впливу корупції в державі особливу загрозу становить ураження цим явищем державних структур, що повинні їй протидіяти. Особливе занепокоєння суспільства викликає поширення корупційних злочинів, вчинених працівниками правоохоронних, контролюючих та судових органів.

Ситуація, яка склалася у державі в сфері протидії корупції серйозно ускладнюється незаконними і суперечливими рішеннями судових інстанцій під час розгляду кримінальних справ (арешту майна, обрання запобіжного заходу – тримання під вартою, призначення адекватної міри покарання за вчинення небезпечного тяжкого злочину і т. ін.) Про необхідність і важливість боротьби з корупцією в Україні мова ведеться усі роки нашої незалежності. Ми кожного дня втрачаємо свій шанс, адже корупційна модель управління державою майже не піддається реанімації. Кожен елемент ефективного реформування – це найефективніша зброя проти конкретного виду махінацій.

Багатьом країнам, перш за все тим, що входять у першу десятку найменш корумпованих держав, вдалося створити ефективні механізми протидії корупції. До таких країн належать: Фінляндія, Данія, Швеція, Нідерланди, Німеччина, Норвегія, Австралія, Сінгапур, Швейцарія, Ізраїль та США. І саме досвід США – найбільш передової та демократичної країни світу, становить для нас значний інтерес та наукову і практичну цінність щодо комплексної стратегії протидії корупції.

Як відомо, США також належить до найменш корумпованих країн світу. Цьому сприяла повна модернізація державної системи та заходи, які на пні знищили меркантильні міркування державних чиновників. Важливим організаційним заходом, здійсненим урядом США, було створення у червні 1970 року «Національної ради для боротьби з організованою злочинністю», головним завданням якої стала розробка загальнонаціональної програми дій.

Сполучені Штати Америки відзначаються самою рішучою політикою в боротьбі з корупцією за допомогою законодавчих засобів. На міжнародному рівні визнано, що кримінальне законодавство цієї країни містить більш широке поняття кримінально караної корупції, ніж у

країнах Європи, які приділяють проблемі корупції не менше уваги. Американське кримінальне законодавство відрізняється особливою структурою.

Воно складається з федерального кримінального законодавства та кримінальних кодексів окремих штатів. І штати, і федеральне законодавство в цілому передбачають відповідальність за одні і ті ж види посадових злочинів у сфері корупції. Основна частина федеральних кримінально-правових норм, що відносяться в тій чи іншій мірі до корупції, міститься в розділі 18 Зводу законів США.

Відповідно до діючого законодавства США державний службовець високого рангу не має права представляти чийсь інтереси з будь-яких питань перед тим же відомством, в якому він служив. Посадові злочини, пов'язані з виборами та політичною діяльністю, знайшли відображення в американському законодавстві не випадково. Політичні виборчі кампанії в США вважаються найдорожчими. Відповідальність настає і для тих, хто в період проведення політичної кампанії обіцяє роботу за наймом або на іншу вигоду за участь у політичній діяльності, виступ «за» або «проти» кандидата чи політичної партії.

Крім вищевикладених положень Зводу законів США на попередження і припинення корупції направлені спеціальні закони, що містять етичні та дисциплінарні норми, зокрема, Принципи етичної поведінки урядових чиновників і службовців 1990 року, Закон «Про етику в урядових установах» 1978 року.

Правоохоронним органам, зокрема поліції, довіряється захист безпеки і прав усіх громадян. Тому профілактика корупції у цій сфері набуває особливої важливості. Крім того, в США прийнятий і існує в якості загального стандарту поведінки у всіх без винятку поліцейських підрозділах «Етичний кодекс поліцейського». Подібна політика дає результати.

У США розслідуванням кримінальних справ щодо вищих посадових осіб займається незалежний прокурор, який призначається спеціальним підрозділом окружного федерального суду у Вашингтоні. Більш того, комітети конгресу США мають право розслідування фактів правопорушень, які здійснюються президентом та вищими посадовими особами. Основну роль в розслідуванні корупції у федеральних органах державної влади грає Федеральне Бюро Розслідувань. Юрисдикція ФБР по цьому виду злочинів поширюється на призначуваних і виборних посадових осіб не тільки на федеральному, але й на штатному і місцевому рівнях управління, коли вчинені ними дії являють собою порушення федеральних законів.

Крім ФБР до складу міністерства юстиції США, які безпосередньо стосуються організації боротьби з корупцією і організованою злочинністю. Це служба міграції та натуралізації, яка здійснює заходи щодо запобігання незаконному ввезенню в країну наркотиків і наркотичних засобів; Служба судових виконавців США, або Службових маршалів, що здійснює захист свідків і членів їх сімей під час розслідування справ, пов'язаних з організованою злочинністю і корупцією.

Важливу роль щодо профілактики злочинів цієї категорії та методичного і наукового забезпечення органів що протидіють корупції, належить Службі юридичної допомоги, досліджень та статистики, що координує роботу Національного інституту юстиції, який є головною організацією міністерства юстиції у галузі фундаментальних та прикладних досліджень проблем злочинності, причин криміногенної поведінки особистості та розробки заходів для запобігання злочинності.

Значну роль в організації боротьби з організованою злочинністю і корупцією відіграє міністерство фінансів США, перш за все такі його структурні підрозділи, як таємна служба, служба внутрішніх доходів, бюро з питань алкоголю, тютюну та вогнепальної зброї, слідчий апарат.

Окрім того, згідно з Програмою боротьби з організованою злочинністю федеральним урядом створені «Ударні сили», які діють під загальним керівництвом міністерства юстиції США та у тісному контакті з правоохоронними органами штатів. Головне їхнє завдання полягає у виявленні фактів корупції і груп організованої злочинності, а також пошук доказів злочинної діяльності учасників незаконного підприємництва. Правовий режим діяльності «Ударних сил» визначається кримінально-процесуальним законодавством та спеціальними інструкціями міністерства юстиції США.

Як вже зазначалося, США приймає законодавчі ініціативи не тільки щодо корупції, що існує в межах національних кордонів, а й у зв'язку з практикою міжнародної корупції. США стали першою країною, яка прийняла закон «Про зарубіжної корупційної практики» (1977р.), який забороняє підкуп іноземних чиновників. Саме завдяки цьому акту і постійному лобюванню з боку США прийняття аналогічного законодавства іншими країнами (щоб нейтралізувати факт не конкурентоспроможності американських компаній на світовому ринку), в грудні 1997 року була прийнята, а в лютому 1999-го вступила в силу Конвенція ОЕСР по боротьбі з підкупом іноземних державних чиновників при здійсненні міжнародних угод.

Конвенція зобов'язує країни (підписантів) прийняти внутрішні закони, що передбачають кримінальну відповідальність за підкуп іноземних чиновників. Необхідно підкреслити, що боротьба з корупцією

стала одним з пріоритетних напрямків роботи ФБР після терактів 11 вересня 2001 року.

На нашу думку, одним із дієвих механізмів протидії корупції в США є й реально існуюча свобода слова, яка означає не лише право громадян захищати свою позицію і свої погляди – вона передбачає також право дізнаватися про справжні погляди й позицію свого уряду з усіх питань суспільного життя. Переконливим свідченням того, якої ваги у США надають свободі слова, стала вже Перша поправка до Конституції США, що проголошує: «...Конгрес не може ухвалити жодного закону, який би обмежував свободу слова і преси...» Тож не є дивним, що громадська думка була і залишається сьогодні досить потужною силою громадянського суспільства США.

До вище зазначеного слід обов'язково додати. Посилаючись на досвід США хочемо зазначити, що запозичення чужого, навіть кращого досвіду, не розв'язує проблему боротьби з корупцією в нашій країні, але загальні стандарти протидії корупції вироблені міжнародними організаціями і фактично взяті за основу організації боротьби з корупцією у всіх розвинених демократичних країнах.

УДК 347.9:346.2 (477)

Озерський І. В.,
д-р юрид. наук,
професор кафедри цивільного та
кримінального права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

ЮРИДИЧНИЙ ПСИХОЛОГ ЯК ЕКСПЕРТ У ГАЛУЗІ ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Оскільки, верховенство права означає перевагу принципів, доктрин та концепцій над писаним (формальним) правом, то на слушну думку О. Поліводського, аргументація судового рішення, особливо у справах з неоднозначним суперечливим законодавчим регулюванням, має містити не тільки посилання на статті нормативних актів, а й доктринальне, або академічне чи наукове тлумачення. Саме проблему тлумачення, як підкреслює автор, має вирішувати експерт у галузі права під час розгляду конкретної справи. Відтак, якщо зважати на особливості особи експерта у галузі права, з урахуванням предмета експертизи, то проаналізувавши «Перелік наукових спеціальностей» затвердженим

наказом Міністерства освіти і науки, молоді та спорту (2011 р.), можна дійти висновку, що в юрисдикційному процесі таким експертом може виступати юридичний психолог з науковим ступенем доктора юридичних наук за спеціальністю 19.00.09 – «юридична психологія», що узгоджується зі змістом ст. 74 ЦПК України, ст. 71 ГПК України та ст. 69 КАС України, де закріплені вимоги до експерта з питань права.

Саме такий підхід до застосування знань юридичного психолога може знадобитися у питаннях, що стосуються «використання аналогії права» в конкретних складних правових ситуаціях (ст. 114 ЦПК України, ст. 112 КАС України, ст. 108 ГПК України), котрі виникають із загальних засад законодавства та мають юридико-психологічний зміст (*наприклад таких як: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, справедливість, добросовісність, розумність, гендерна рівність тощо*). Більш того, за такої конструкції, можна обійти правову колізію, що склалася в оновлених ЦПК України, ГПК України, КАС України, де виписано, що «предметом висновку експерта не можуть бути питання права». У цьому разі предметом висновку юридичного психолога як експерта у галузі права будуть психологічні параметри права, що відображаються у певному принципі права (законодавства). А суддя лишається основним і єдиним оцінювачем (експертом) правових елементів, конструкції справи.

Як слушно відзначила О. Колотова, дослідження основних засад теорії прогалин у праві та шляхів їх подолання доцільно проводити на основі інтегративного праворозуміння, що включає в себе теоретично та практично обґрунтовані положення психологічної концепції праворозуміння. У цьому разі взаємовплив та інтеграція права і психології виявляється на рівні використання в юридичній науці психологічного знання шляхом його трансформації експертом у галузі права при наданні висновку з питань аналогії права.

Означене вище, цілком логічно підтверджується згаданим вище «Переліком наукових спеціальностей», де «юридична психологія» віднесена до галузі юридичної науки, за якою присуджується науковий ступінь з юридичних наук. Також згадати такий нормативний документ як «Паспорти спеціальностей» затверджений Президією ВАК України (2008 р.), де «юридична психологія» представлена формулою спеціальності як галузь юридичної науки, а її методологічною основою визначено системно-структурний аналіз юрисдикційної діяльності у взаємозв'язку зі структурою та змістом правових норм, що на нашу думку, охоплює й питання виявленні та подоланні прогалин у праві завдяки використанню положень психологічної теорії (науки). Адже, як зауважує О. Колотова, «психологічна теорія обґрунтовує, що право-

застосовна практика при виявленні та подоланні прогалин у праві ґрунтується також на психологічних здібностях суб'єкта правозастосування», як-то суддя, прокурор та експерт у галузі права. Ураховуючи наукову позицію вченої, можна стверджувати, що юридичний психолог як експерт у галузі права, використовуючи міждисциплінарний метод (*допомагає збагатити дослідження не лише виключно юридично-правовими положеннями, але й досягненнями науки психології (юридичної психології)*) при здійсненні експертизи у галузі права (*аналогії права*), наприклад, у застосуванні судом за аналогією – принципу «неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини» обґрунтовує його психологічну природу.

Таким чином, психологічне положення, відтворене у висновку юридичного психолога (*як експерта у галузі права*), створене на основі застосування юридико-психологічних знань до принципів права з метою усунення (заповнення) прогалини та вирішення конкретної судової справи має винятково індивідуальний характер. Втім, положення, що висновується юридичним психологом як експертом у галузі права, може бути зразком для вирішення однорідних справ та для виправлення й уніфікації юридичної практики і удосконалення правового регулювання.

УДК. 349.3: 006. 032

Валецька О. В.,
*канд. юрид. наук, доцент кафедри історії
та теорії держави і права,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

АНАЛІЗ КОНВЕНЦІЇ ПРО ПРАВА ДИТИНИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ

Основним міжнародним актом, який містить всеохоплюючий перелік прав дітей, включаючи права сімей з дітьми, що становлять на сьогоднішній день міжнародні стандарти соціального захисту сімей з дітьми, залишається, Конвенція про права дитини 1989 року, яка набула чинності для України 27 вересня 1991 року. Основна мета викладена у Преамбулі, яка визначає, що дитина повинна бути повністю підготовлена до самостійного життя в суспільстві та вихована в дусі ідеалів миру, гідності, свободи, рівності і солідарності, і що для цього вона повинна бути вихована у сімейному оточенні, в атмосфері розуміння,

любові та щастя, а задля цього держави мають надавати необхідний захист для всіх членів сім'ї, а особливо для дітей. Із всіх прав, передбачених Конвенцією, ми зупинимося на тих, які характеризують права у сфері соціального захисту, у тому числі державної допомоги. Ст. 3 закріплює першочергове завдання всіх органів, які займаються питаннями соціального забезпечення приділяти увагу якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Ст. 18 встановлює обов'язок держав з метою гарантування та здійснення всіх прав, викладених у Конвенції, надавати батькам або законним опікунам належну допомогу у виконанні ними обов'язків. Ст. 20 визначає, що дитина, яка постійно або тимчасово позбавлена сімейного оточення, має право на особливий захист і допомогу, що включає усиновлення дитини з урахуванням походження, релігійної та культурної належності, рідної мови. Ст. 23 визначає права неповнолітньої дитини особливого характеру та піклування з метою залучення її до соціального життя та досягнення найвищого розвитку її особи. Ст. 24 присвячена охороні здоров'я дитини, що включає, між іншого, наданням матерям належних послуг по охороні здоров'я у допологовий та післяпологовий період, зниження рівня дитячої смертності та смертності немовлят, приділення уваги розвитку первинної медико-санітарної допомоги. Ст. 26 повністю присвячена праву дитини користуватися благами соціального забезпечення, включаючи соціальне страхування, які надаються в міру необхідності з урахуванням наявних ресурсів і можливостей дитини та її батьків або осіб, які відповідальні за її утримання. Ст. 27 встановлює зобов'язання держав у випадку необхідності надати матеріальну допомогу та підтримати програми щодо забезпечення дитини харчуванням, одягом, житлом. Норми Конвенції є орієнтирами, до яких повинні прагнути всі держави, на підставі яких розробляти регіональні та національні програми. Саме через імплементацію положень Конвенції у національне законодавство здійснюється вплив її норм на відносини у сфері соціального захисту сімей з дітьми.

Для приведення нашого національного законодавства у відповідність з міжнародними стандартами була розроблена Загальнодержавна програма "Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини на 2006-2016 рр." на виконання Указу Президента України від 11.07.2005 р. № 1086 "Про першочергові заходи щодо захисту прав дітей", який визначив, що реалізація втілення державної політики щодо захисту прав дітей є одним із основних напрямів діяльності органів виконавчої влади. Основна мета зазначеної Програми є встановлення шляхів врегулювання питань ефективного забезпечення та захисту прав дітей в Україні, у тому числі сімей з дітьми. Вона передбачає

систему заходів у сфері освіти, охорони здоров'я матері та дитини, створення ювенальної юстиції, протидія поширенню наркоманії, алкоголізму, туберкульозу, ВІЛ/СНІДу, розвиток системи оздоровлення, відпочинку, соціальної підтримки сімей з дітьми та координацію всіх гілок влади у цьому напрямку. Однак, зважаючи на те, що час, на який вона була розроблена, пройшов, однак не всі очікувані результати були досягнуті.

УДК 343.222.4

Виноградов А. К.,

канд. юрид. наук, доцент,

доцент кафедри кримінального та адміністративного права,

Сійнікова К. В.,

студентка юридичного факультету,

ОНМУ, м. Одеса, Україна

ПРОБЛЕМИ ВПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ

Сучасний стан розвитку України та її прагнення до інтеграції в єдиний європейський простір потребує фундаментальних і комплексних змін у багатьох сферах життєдіяльності держави. Однією з найактуальніших проблем під час проведення кримінально-правових реформ у сучасних країнах світу, зокрема в державах пострадянського простору, є кримінальна відповідальність юридичних осіб.

Необхідність запровадження даного інституту передбачено рядом міжнародних документів. Наприклад, Рекомендацією № (88) 18 Комітету Міністрів Ради Європи про відповідальність підприємств – юридичних осіб за правопорушення, які вчиняються в процесі ведення ними господарської діяльності, Конвенцією ООН проти організованої злочинності, Конвенцією ООН проти корупції, Конвенцією ООН проти транснаціональної злочинності.

На сьогодні кримінальна відповідальність юридичних осіб існує в законодавстві Австралії, Англії, Бельгії, Угорщини (з 2001 р.), Данії, Ізраїлю, Ірландії, Ісландії (з 1998 р.), Канади, КНР (з 1997 р.), Нідерландів (з 1976 р.), Норвегії (з 1991 р.), Польщі (з 2002 р.), Румунії (з 2004 р.), Словенії (з 1999 р.), США, Фінляндії (з 1995 р.), Франції (з 1992 р.), Швейцарії (з 2003 р.) і деяких інших країн.

Перші кроки щодо запровадження даного інституту в Україні були здійснені у 2009 році коли ВРУ був прийнятий Закон України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень». Але він проіснував не довго – лише 2 роки.

Новою спробою стало прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23 травня 2013 року. Відповідно до цього Закону, Загальна частина Кримінального кодексу України була доповнена новим розділом XIV-1 – «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб».

Тобто, фактично Україна долучилась до інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб, але проблемою є те, що термін «відповідальність» у розділі XIV-1 КК України відсутній. Не було внесено зміни і до ст. 18 КК, відповідно до якої, суб'єктом злочину може бути тільки фізична особа, яка вчинила злочин у віці, з якого може настати кримінальна відповідальність.

Це пов'язано з тим, що ще з радянських часів традиційно вважається, що юридична особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності, оскільки не має реальної волі, отже, вона не може мати і винну волю, яка є підставою відповідальності згідно зі ст. 23 КК. Також противники даного інституту вказують на те, що буде порушено основний принцип кримінального права – індивідуалізації покарання.

Однак, зазначимо, що у тих країнах, де закон допускає кримінальну відповідальність юридичних осіб, прийнято вважати, що вина втілюється у винній поведінці керівника юридичної особи або її представника. Це отримало назву «принцип ототожнення».

А піддавати кримінальному переслідуванню лише фізичних осіб за діяння, яке вони вчинили в рамках своїх посадових обов'язків та на благо корпорації, несправедливо. Такий захід не дає змоги досягти бажаного результату, оскільки структурні упущення в роботі організації не зникнуть через те, що один із її співробітників постане перед судом.

Ще однією проблемою є те, що, попри чималу кількість злочинів, за які до юридичної особи можуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру, законодавець залишив поза увагою злочини, котрі мають масштабний характер і можуть завдати значної шкоди. Це, зокрема, злочини проти довкілля, злочини проти безпеки виробництва, злочини у сфері господарської діяльності тощо.

Крім того, запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб потребує перегляду переважної більшості інститутів криміна-

льного права (наприклад, співучасть). Притягнення до кримінальної відповідальності уповноваженої особи юридичної особи передбачає, що така особа діє за згодою або заохочення інших членів органу управління такої особи, тобто має бути або співучасть, або групове вчинення злочину.

Таким чином, можна зробити висновок, що впровадження в Україні інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб загалом є позитивною тенденцією. Однак існує ряд проблем, які можна вирішити лише шляхом внесення відповідних змін до Кримінального кодексу України.

УДК 347.962.6-027.575

Кобак М. В.,

*начальник відділу Миколаївського окружного адміністративного суду,
старший викладач кафедри конституційного
та адміністративного права і процесу,*

Коваль А. А.,

*канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри конституційного
та адміністративного права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

РОЛЬ ГОЛОВИ СУДУ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІВ

Проведення судової реформи в Україні цікавить, мабуть, кожного, адже будь-який спір можливо вирішити в судовому порядку. Конституцією нашої країни закріплено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом.

Конституційними гарантіями юридичної безпеки є гарантування кожному прав на:

- оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб;
- звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна;
- захист своїх прав і свобод від порушень і протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами.

Новелою конституційних гарантій безпеки нещодавно стало право кожного на звернення із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з установлених підстав та у визначеному порядку.

Практична реалізація конституційних гарантій неможлива без законодавчого та практичного забезпечення незалежності суддів з однієї сторони, та посилення відповідальності судової влади перед суспільством за їх дії з іншої сторони.

Звісно формування розвинутого, активного громадського суспільства впливає безпосередньо на всі гілки влади, і на судову в тому числі. В умовах гострої необхідності підвищення якості надання судових послуг, підвищення якості судочинства, підвищення довіри суспільства до суду значну роль відіграє голова суду. Роль, яку він виконує у суді, значною мірою залежить від багатьох чинників – системи управління судовою системою, правових, соціальних, політичних традицій, що склались в державі, тощо.

Новим Законом України «Про судоустрій та статус суддів», порівняно з попереднім Законом України «Про судоустрій та статус суддів», повноваження голови суду лише зазнали незначних уточнень. Голова суду має повноваження не лише в рамках суду, він також повинен підтримувати відносини з іншими державними органами, судами, установами, засобами масової інформації та, звичайно, суспільством.

Головним обов'язком голів судів має залишатися обов'язок в усі часи виступати гарантами незалежності та неупередженості суддів та судів в цілому. Так визначено у висновку про роль голів судів, який підготувала Консультативна рада європейських суддів. В умовах сучасних змін цей обов'язок виконувати складно, але необхідно.

Сьогодні проблемою постає фінансове забезпечення судів. Законом України «Про судоустрій та статус суддів» визначається, що функції головного розпорядника коштів Державного бюджету України щодо фінансового забезпечення діяльності судів здійснює Державна судова адміністрація України щодо фінансового забезпечення діяльності всіх судів, крім Верховного Суду. Функції розпорядника бюджетних коштів щодо місцевих судів здійснюють територіальні управління Державної судової адміністрації України.

Незважаючи на те, що вищевказаним законом передбачено порядок фінансування, голова суду згідно законодавства буде грати лише представницьку роль, оскільки повноваженнями щодо фінансового регулювання коштами, які виділяє держава на кожен суд окремо, він не наділений. Вважається більш ефективним як би голови судів мали б можливість управляти бюджетом свого суду самостійно. Такі повноваження голів судів передбачають відповідно, і те, що вони повинні нести відповідальність за таку владу.

Для забезпечення відповідальності суддів голова суду теж повинен мати та використовувати деякі законодавчо закріплені повноваження. А саме – ініціювати за рішенням зборів суддів відкриття дисциплінарного провадження щодо судді, який допускає дисциплінарне порушення.

Отже, голова суду є, так би мовити, обличчям суду. Його поява будь-де може бути сприйнята по-різному, отже, можна рекомендувати головам суду не брати участь в будь-яких діях або діяльності, які можуть підірвати незалежність та неупередженість правосуддя.

Повноваження голови суду повинні бути чітко, якісно, недвозначно окреслені законодавчо для унеможливлення зловживання ними.

Крім того, вважаємо за можливе повністю передати на розсуд кожного з голів суду управління бюджетом суду особисто, без посередників. Посередниками в сучасних умовах виступають територіальні управління Державної судової адміністрації.

Також, беззаперечно, що голова суду за погодженням із зборами суддів відповідного суду, повинен використовувати відповідні важелі щодо роботи із так званими суддями-порушниками, а не бути лише спостерігачами за негідною поведінкою суддів.

УДК 343.13

Коваль А. А.,

канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри конституційного та адміністративного права і процесу, ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ У ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО ТА ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ

Серед суб'єктів кримінального провадження, уповноважених на проведення НСРД, слідчий та оперативні підрозділи є безпосередніми їх учасниками. Відповідно до п. 17 ст. 3 КПК України, слідчим є службова особа органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, органу Державної кримінально-виконавчої служби України, підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України, уповноважена в межах компетенції, передбаченої цим Кодексом, здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень.

Для реалізації слідчим завдань, що становлять проблему даного дослідження, ст.ст. 246–275 КПК України він наділений низкою повноважень.

Надання слідчому права на проведення НСРД, на нашу думку, сприяє вирішенню неврегульованих відносин між органами досудового слідства та оперативно-розшукової діяльності. Таке нововведення сприятиме уникненню зловживань повноваженнями під час проведення слідчих дій взагалі, а також буде сприяти забезпеченню законності під час обмеження конституційних прав громадян. Вважаємо такий крок формою реалізації закріпленого у статті 8 КПК України принципу верховенства права.

Однак, на жаль, не можна оминати увагою той факт, що чинне кримінальне процесуальне законодавство містить окремі проблемні питання законодавчої регламентації участі слідчого у здійсненні НСРД.

Так, у ч. 6 ст. 246 КПК України закріплено, що проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи, визначені у КПК України. Виникає питання: «Чи може слідчий ознайомитися із результатами НСРД під час їх проведення, якщо вони здійснюються співробітниками оперативного підрозділу в рамках наданого ним доручення?» Аналіз положень КПК дозволяє зробити висновок, що норма, яка б передбачала можливість ознайомлення слідчого із результатами НСРД під час їх проведення, якщо вони здійснюються співробітниками оперативного підрозділу в рамках наданого ним доручення, відсутня.

На наш погляд, це не сприяє якісному проведенню досудового розслідування, що обумовлено наступними чинниками:

1) слідчий є провідною фігурою у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування і несе відповідальність за якісне та вчасне розслідування кримінальної справи. Тому він повинен своєчасно володіти інформацією, в тому числі і про процедуру та результати проведення НСРД, якщо він особисто її не проводить;

2) в ході досудового розслідування можуть виникнути випадки, коли результати проведення НСРД, навіть якщо вона ще не завершена, можуть мати значення для подальшого розслідування та проведення інших процесуальних дій.

Доречно зазначити, що на практиці досить часто виникає така ситуація, що слідчий при наданні доручення співробітнику оперативного підрозділу зазначає про необхідність систематичного інформування його про хід проведення конкретної НСРД задля можливості оперативного його реагування при виникненні потреби проведення інших процесуальних дій по кримінальному провадженню.

При цьому, Інструкція про організацію проведення НСРД містить норму, відповідно до якої прокурор, який здійснює процесуальне керівництво, за необхідності дає вказівку режимно-секретному органу ознайомити слідчого з протоколом та додатками про результати негласної слідчої (розшукової) дії.

Таким чином, на нашу думку, сьогодні вже об'єктивно назріла необхідність доповнення чинного КПК України нормою наступного змісту: «слідчий, що надав в порядку ст. 246 цього Кодексу доручення уповноваженому оперативному підрозділу на проведення НСРД, має право ознайомлюватися із ходом та результатами їх проведення».

Також слід звернути увагу на невідповідність ч. 3 ст. 246 КПК України ч. 5 ст. 246 КПК України. Так, згідно ч. 3 ст. 246 КПК України слідчий може приймати рішення про проведення певних НСРД, однак, відповідно до ч. 5 ст. 246 КПК України, продовжити строк проведення НСРД – ні (це повноваження керівника органу досудового розслідування).

У зв'язку із цим, з метою усунення даної проблеми та приведення у відповідність норм КПК України, пропонуємо доповнити ч. 5 ст. 246 КПК України таким суб'єктом, що може продовжувати строк проведення НСРД, як слідчий. Звісно мається на увазі продовження строків по тих НСРД, рішення про проведення яких, він може приймати самостійно.

УДК: 34.342.342.9

Колодочка О. Є.,
*викладач кафедри конституційного
та адміністративного права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

ЩОДО ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО АДМІНІСТРАТИВНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Майже півтора десятиліття тому одним із першочергових заходів упровадження Концепції адміністративної реформи в Україні було проголошено прийняття Кодексу про адміністративні проступки як принципово нового кодифікованого акта, заснованого на ідеях законності, верховенства права, справедливості, гуманізму, невідворотності відповідальності та «економії» репресивних заходів. На жаль, через різноманітні об'єктивні чинники цей захід досі не реалізовано. З моменту прийняття Кодексу України про адміністративні правопорушен-

ня, кількість адміністративно-деліктних норм збільшилась майже у 2 рази та збільшується з кожним роком

Варто погодитись з В. К. Колпаковим, який зазначає, що чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення викликає обгрунтовані нарікання з боку фахівців, які вказують, що він недостатньо відповідає новій адміністративній ідеології, втрачає своє значення як інструмент забезпечення законності і потребує кардинального оновлення.

Наявність інших нормативно-правових актів, які містять вказані норми, практично означає формування поряд з Кодексом України про адміністративні правопорушення самостійної правової бази адміністративної відповідальності. Тільки за період дії чинного з Кодексу України про адміністративні правопорушення було прийнято близько 170 законів, що внесли відповідні зміни та доповнення до нього, не говорячи про зміни інших законодавчих актів з цих питань, які на практиці законодавець та інші суб'єкти нормотворчості вже прийняли і продовжують приймати. Прийняття нормативно-правових актів, які містять норми про адміністративну відповідальність за конкретні правопорушення, по суті знецінює статус Кодексу України про адміністративні правопорушення як єдиного кодифікованого нормативно-правового акту у даній сфері, ставить під сумнів необхідність його існування у сучасному вигляді.

На нашу думку, було б доречно хоча б у загальному вигляді визначити основні проблеми у сфері адміністративно-деліктного законодавства України, зокрема серед основних вад діючого Кодексу України про адміністративні правопорушення слід відзначити:

- невідповідність значної частини передбачених Кодексом проступків сфері публічного адміністрування;
- невиправдане розширення кола джерел адміністративно-деліктного права;
- дублювання окремих положень Кримінального кодексу України;
- покладення деяких процесуальних повноважень на приватних суб'єктів;
- невідповідність штрафних санкцій адміністративно-деліктних норм сучасним соціально-економічним умовам.

Обов'язковим аспектом реформування законодавства у сфері адміністративної відповідальності має стати перегляд системи стягнень, передбачених за вчинення адміністративних проступків. На відміну від більшості європейських країн, де перелік таких стягнень є вельми обмеженим, у вітчизняній юрисдикційній практиці їх застосовується більше десятка. І цей перелік не є вичерпним. На відміну від Кримінального Кодексу України, який не дозволяє розширювати перелік кри-

мінальних покарань, чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення передбачає можливість установлення законами України інших видів адміністративних стягнень, що призводить до деяких суперечностей у законодавстві. Наприклад, відповідно до ст. 32¹ Кодексу України про адміністративні правопорушення арешт з утриманням на гауптвахті не може застосовуватися до військовослужбовців-жінок, однак Закон України «Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України», встановлює можливість притягнення жінок до арешту на гауптвахті заарештовані у дисциплінарному порядку. На нашу думку, у зазначеній ситуації необхідно виходити не від форми відповідальності (адміністративної чи дисциплінарної) а від механізму відбування зазначеного покарання, а він в обох випадках однаковий.

У більшості країн Західної Європи (зокрема в Бельгії, Італії, Німеччині, Португалії, Швейцарії та ін.) повноваження загальних судів в адміністративній сфері зведено до призначення заходів процесуального примусу та розгляду скарг на рішення суб'єктів публічної влади. Так, в Естонії адміністративно-деліктне право належить до кримінального, тому досить часто положення кримінально-процесуального законодавства поширюються на провадження у справах про адміністративні правопорушення. Наприклад, ст. 31 Деліктно-процесуального кодексу Естонії закріплює положення стосовно збирання доказів і випадки застосування норм кримінально-процесуального законодавства під час даних процесуальних дій. Адміністративні правопорушення в Німеччині, Швейцарії, Бельгії, Італії, Португалії є різновидом кримінально караних діянь. Кримінальні злочини Німеччини визначаються Кримінальним Кодексом, а незначні правопорушення передбачені низкою підзаконних нормативно-правових актів.

Варто зауважити, що в багатьох європейських країнах в адміністративному законодавстві не має єдиного кодифікованого акта, який установлював би відповідальність за адміністративні проступки. Відповідальність за адміністративні проступки у цих країнах передбачена галузевими законами (у сфері екології, ветеринарії, транспорту, промисловості). На цій підставі вітчизняними експертами з адміністративного права пропонувалося декодифікувати чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення і «розпорошити» склади адміністративних проступків за багатьма законами, які регулюють відносини в окремих сферах державного й суспільного життя, проте на нашу думку даний підхід створить ще більше проблем у процесі встановлення адміністративних стягнень, визначені меж компетенції, тощо.

Науковці правильно зазначають, що на нинішньому етапі розвитку вітчизняної системи законодавства фактично є два тотожні типи адміністративної відповідальності: перший тип – це адміністративна відпо-

відальність на засадах чинного Кодексу України про адміністративні правопорушення, другий – адміністративна відповідальність на засадах, відмінних від нього.

Отже, одним із наскрізних питань, які потребують вирішення у процесі реформування інституту адміністративної відповідальності є той факт, що найголовніший кодифікований акт – Кодекс України про адміністративні правопорушення 1984 р., потребує нагальних змін. Виникає ситуація, коли адміністративна відповідальність встановлюється не тільки законами, а й підзаконними адміністративно-правовими актами. Величезна кількість нормативних актів, що регулюють адміністративну відповідальність, ускладнює вирішення питань, пов'язаних із правом оскарження в суді законності правових актів, рішень, дій чи бездіяльності органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Тому єдиним логічним виходом із даної ситуації є прийняття нового процесуального кодексу про адміністративні проступки.

УДК. 343.97:343.346.1

Коновалов В. В.,

старший викладач кафедри історії та теорії держави і права,

Юркова Г. В.,

канд. юрид. наук,

доцент, в. о. доцента кафедри цивільного

та кримінального права і процесу,

ЧНУ ім. Петра Могили, Миколаїв, Україна

ХАРАКТЕРИСТИКА ПРИЧИННОГО ЗВ'ЯЗКУ В НЕОБЕРЕЖНИХ ЗЛОЧИНАХ

Останніми роками значно збільшилась кількість дорожньо-транспортних пригод на дорогах України, які часто мають тяжкі наслідки. За статистичними даними щодня в Україні відбувається 6 тисяч дорожньо-транспортних аварій в яких кожні 2 години гине людина. Такий стан аварійності, який можна охарактеризувати як критичний, викликаний як об'єктивними, так і суб'єктивними причинами. До перших треба віднести збільшення в рази транспортних засобів, вкрай неякісний стан доріг (вибоїни на асфальті, відсутність розмітки тощо), відсутність освітлення в нічний час та деякі інші. До суб'єктивних факторів відносяться, в першу чергу, недотримання водіями правил дорожнього руху, неякісна підготовка осіб, яким надано право керування транспортним засобом та інші.

Багато аварій на дорогах мають ознаки злочинів, передбачених відповідними статтями Кримінального кодексу. Виходячи із форми вини ці злочини відносяться до необережних. Склади необережних злочинів, як правило, являються матеріальними. Тому причинний зв'язок в більшості випадків є необхідною ознакою складів необережних злочинів. Даний зв'язок встановлюється між двома явищами: діями або бездіяльністю, що містять порушення певних правил техніки безпеки, дорожнього руху тощо, з одної сторони, і злочинним наслідком, що передбачений даним складом, з іншої.

Причинний зв'язок повинен встановлюватись не просто з дією або бездіяльністю особи, а саме з порушенням правил обережності. Дії, які хоча і знаходяться у певному зв'язку з результатом, але не порушують правила обережності, не можуть розглядатись як злочин.

Порушення обережності знаходиться в причинному зв'язку з настанням результату, якщо порушення: а) передувало виникненню результату; б) було необхідною умовою його настання; в) створило реальну можливість настання саме даного результату.

Значну частину в структурі необережної злочинності складають злочини в галузі використання техніки загалом і безпеки руху та експлуатації транспорту, зокрема. В розвитку типового для цих злочинів причинного зв'язку можна виділити чотири етапи.

Перший етап починається з моменту порушення правил, але перебіг події ще проходить нормально і реальної небезпеки не виникає. На даному етапі існує лише абстрактна можливість заподіяння шкоди.

Другий етап виникає тоді, коли порушення правил обережності в конкретних умовах приводить до виникнення реальної небезпеки заподіяння шкоди, тобто виникненню аварійної ситуації. Проте технічний засіб ще знаходиться під контролем суб'єкта, що ним управляє, і він може запобігти заподіянню шкоди шляхом вжиття заходів, яких вимагає обстановка і правила обережності.

Третій етап починається із виходу технічного засобу із-під контролю особи, що ним управляє, коли вона втрачає можливість втрутитись в розвиток подій. Подальше залежить від ситуації.

Четвертий етап охоплює реальне спричинення злочинних наслідків, характер яких багато в чому визначається ситуацією.

В конкретних необережних злочинах механізм розвитку причинного зв'язку може бути різноманітним: розгорнутим, наприклад коли правила обережності порушують декілька діючих суб'єктів; обмеженим, коли відсутні чи об'єднані деякі складові (наприклад при необережному натисканні на спусковий гачок зброї і настання смерті потерпілого). Можливі також випадки, коли правила обережності порушуються під час уже існуючої по іншим причинам аварійної ситуації і

внаслідок цього порушення суб'єкт не запобігає настанню злочинних наслідків. Інколи створена із-за порушення правил обережності ситуація може привести до фактичного настання злочинних наслідків в результаті приєднання необережних дій інших осіб.

Викладене можна пояснити на такому прикладі. Громадянин С. на власному автомобілі ввімкнув сигнал лівого повороту, але не виїхав повністю на перехрестя почав повертати наліво. До цього він побачив в 80–100 м скутер, що рухався назустріч. Бачачи, що скутер не знижує швидкості С. не зупинив свій автомобіль біля лінії поділу проїзної частини дороги (перший етап), а перетнув її і потім зі швидкістю 10–12 км за годину продовжив рух через проїзду частину дороги (другий етап). Коли автомобіль перетнув лінію поділу дороги і опинився на середині зустрічної смуги, С. зупинив автомобіль, тим самим перегородив шлях скутеру (третій етап). Громадянин К., що управляв скутером бачив маневр автомобіля, але, сподіваючись на його своєчасну зупинку (К. мав право переваги в русі) продовжив рух зі швидкістю 60 км за годину (другий етап). Коли К. побачив, що автомобіль зупинився поперек проїзної частини дороги, запобігти зіткненню з автомобілем шляхом гальмування вже не міг. Він встиг лише поворотом руля дещо подати скутер вправо (третій етап). В результаті К. були спричинені тяжкі тілесні ушкодження, а пішоходу, що знаходився на пішохідному переході – легкі тілесні ушкодження (четвертий етап).

Касаційна судова інстанція визнала порушення С., що створив аварійну ситуацію, як таке, що знаходиться у причинному зв'язку із злочинним результатом, а порушення К. (неуважність в умовах, що склались) – похідними від порушення С.

УДК 342.92

Кравченко І. А.,
*канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри конституційного
та адміністративного права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

ДО ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТИВНУ СТОРОНУ СКЛАДУ ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА, ПЕРЕДБАЧЕНОГО ст. 173-2 КУпАП

Домашнє насильство є досить поширеним явищем сьогодення. Тому ефективна боротьба з ним постійно перебуває в центрі уваги органів державної влади та громадських організацій. В законодавчій сфері за останній час прийнято нові нормативно-правові акти та внесено

зміни до чинних законів щодо забезпечення дієвої політики у боротьбі з таким досить поширеним явищем як домашнє насильство.

У ст. 173-2 КУпАП «домашнє насильство» тлумачиться як «умисне вчинення будь-яких діянь (дій або бездіяльності) фізичного, психологічного чи економічного характеру (застосування насильства, що не спричинило тілесних ушкоджень, погрози, образи чи переслідування, позбавлення житла, їжі, одягу, іншого майна або коштів, на які потерпілий має передбачене законом право, тощо) внаслідок чого могла бути чи була завдана шкода фізичному або психічному здоров'ю потерпілого».

Водночас, склад домашнього насильства як адміністративного правопорушення недостатньо досліджений науковцями і на даний час його законодавче закріплення викликає ряд запитань, тому вважаємо за доцільне зосередити увагу на суб'єктивній стороні складу домашнього насильства, передбаченого ст. 173-2 КУпАП.

Під суб'єктивною стороною адміністративного правопорушення розуміють «внутрішню сторону проступку, психічний стан суб'єкта проступку, що характеризує його волю, яка виявляється в протиправній дії, його ставлення до дії, яку він вчинив».

Як відомо, до ознак суб'єктивної сторони правопорушення належить вина (основна ознака), мотив і мета (факультативні). У КУпАП закріплено дві форми вини: умисел та необережність.

При цьому Д. Лук'янець вказує, що питання вини в контексті адміністративного правопорушення практично не підлягало науковому дослідженню. А окремі склади адміністративних правопорушень сконструйовані таким чином, що встановити у них форму вини визначити неможливо.

В свою чергу, вина при вчиненні домашнього насильства можлива лише у формі умислу, на що безпосередньо є вказівка у самій диспозиції ст. 173-2 КУпАП. Тобто особа, яка його вчинила, усвідомлювала протиправний характер свого діяння (дії чи бездіяльності), передбачала його шкідливі наслідки у вигляді заподіяння шкоди фізичному або психічному здоров'ю потерпілого і бажала їх або свідомо допускала настання цих наслідків.

Мотив та мета для кваліфікації діяння як домашнього насильства, передбаченого ст. 173-2 КУпАП, значення не мають.

Таким чином, щодо суб'єктивної сторони складу домашнього насильства, передбаченого ст. 173-2 КУпАП, можемо констатувати, що:

1) вина при вчиненні домашнього насильства можлива лише у формі умислу, на що безпосередньо є вказівка у самій диспозиції ст. 173-2 КУпАП;

2) мотив та мета для кваліфікації діяння як домашнього насильства, передбаченого ст. 173-2 КУпАП, значення не мають.

Панченко С. С.,

канд. юрид. наук,

старший викладач кафедри історії та теорії держави і права,

ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

ЩОДО СУЧАСНИХ ТЕНДЕНЦІЙ У ВИЗНАЧЕННІ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО СТРОКУ

Питання щодо визначення правової природи строку у цивільному праві залишається наразі надзвичайно актуальним. Зокрема, йдеться про суть та співвідношення таких понять, як строк дії договору та строк його виконання; потребує додаткового вивчення поняття та наслідки прострочення боржника та кредитора. У правовій літературі можна побачити непоодинокі спроби встановити місце строків у системі юридичних фактів. Можна виділити найбільш популярні (щоправда, протилежні позиції) щодо даного питання: 1) строк є юридичним фактом, і при цьому спостерігаються різні підходи у тому, яким саме видом юридичного факту; 2) строк не є юридичним фактом. Проаналізуємо виділені підходи.

Згідно першої позиції строк є юридичним фактом (Є. М. Ворожейкін, В. П. Ємельянов, О. М. Калітенко, М. Я. Кіріллова, П. В. Крашенінніков, Є. О. Суханов). На думку Є. О. Суханова, юридичним фактом є саме строк як такий, а не його сплив чи початок перебігу. Одночасно представники такої позиції вважають строк подією, оскільки він настає (спливає) також незалежно від волі людей, як і плин часу взагалі. У свою чергу одні науковці вважають строк абсолютною юридичною подією (О. А. Красавчиков), інші (В. П. Ємельянов) – відносною.

Менш зрозумілою бачиться позиція В. П. Грібанова, згідно якої строк є юридичним фактом, проте він не є ані дією, ні подією, а займає особливе місце у системі юридичних фактів, тобто являє собою щось середнє між діями та подіями.

Разом з тим більшість науковців-представників позиції «строк-юридичний факт» у своїх роботах зазвичай допускають суперечності своїй же власній позиції. Вже навіть це, на нашу думку, свідчить про її вразливість. Наприклад, Є. М. Ворожейкін, прямо визнаючи строк юридичним фактом, разом з тим зазначає, що «строк, які і його початок, припинення можуть бути юридичними фактами (самостійними або одним з елементів фактичного складу), або не бути юридичними фактами». При цьому більшість наведених Є. М. Ворожейкіним прикладів виникнення, зміни та припинення правовідносин свідчать про те, що юридичним фактом все ж тут виступає сплив строку, а не сам строк

як певний період часу. Хоча сам автор такий висновок і не виводить. Аналогічно О. М. Калітенко, заперечуючи власний висновок про визнання за строком значення юридичного факту, вказує, що юридичне значення має саме сплив певного проміжку часу, внаслідок чого виникають, змінюються або припиняються правовідносини.

Усе зазначене дозволяє підсумувати, що самі строки значення юридичних фактів не мають. Фактично цей висновок підтверджує і В. В. Луць, вказуючи, що строки не належать ні до дій, ні до подій, але не посідають і самостійного місця в системі юридичних фактів. Разом з тим, на наш глибоке переконання, строк є елементом складу юридичного факту, зокрема, договору.

Зазначене потребує більш детально зупинитися на другій виділеній нами позиції: строк не є юридичним фактом (В. І. Данілін, С. І. Реутов, В. С. Ковальська, М. О. Рожкова, А. М. Маркосян, О. В. Шовкова). Представники даного підходу разом з тим юридичним фактом вважають інші темпоральні характеристики, пов'язані зі строком: встановлення, перебіг, або сплив строку тощо. Переважна більшість дослідників справедливо, на нашу думку, вважає саме сплив строку тією темпоральною категорією, що виступає підставою виникнення, зміни, припинення цивільних та інших галузевих правовідносин. Зроблені нами висновки підтверджуються і чинним законодавством. Насамперед, у ЦК України 2003 р. вперше містяться загальні положення про строк та його визначення. Окрім того, вводиться нова темпоральна категорія – «термін», нетотожна поняттю «строк» та чітко відмежована за допомогою їх легальних дефініцій. Отже, положення ст. 251 ЦК України допомагають визначитись із правовою природою строку та спливу строку.

Слід заперечити висновок Т. М. Вахонєвої, яка вказує, що сплив строку не можна вважати подією, позаяк настання події хоч і не залежать від волі людини, проте про будь-яку подію невідомо наперед, чи взагалі вона настане, а перебіг часу відбувається у будь-якому випадку. І юридичні події також бувають різними. Не погоджуючись з тим, що сплив строку є абсолютною юридичною подією, підтримуємо висновок про віднесення його до відносних. Саме останній висновок вважаємо вірним. Це обґрунтовується, зокрема, тим, що критерієм поділу юридичних фактів на дії та події є характер перебігу, а не походження юридичного факту. Відповідно, строк може встановлюватися чи змінюватися вольовою поведінкою людини, проте спливає незалежно від неї.

Таким чином, проведений аналіз дозволяє виділити два окремі юридичні факти: 1) строковий договір (елементом його складу як юридичного факту є строк); 2) сплив строку.

Січко Д. С.,
канд. юрид. наук,
доцент, декан юридичного факультету,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ СПОСОБУ СТЯГНЕННЯ АЛІМЕНТІВ

Інститут аліментів на утримання дитини батьками є одним із найбільш важливих не лише в практичній, але і в теоретико-методологічній площині. Саме по собі закріплення на законодавчому рівні обов'язку батьків утримувати дітей в тому числі і за рахунок аліментів не означає автоматичне підвищення або зміцнення матеріального та фінансового становища дитини. Більше того, сам інститут аліментів є дієвою альтернативою у разі невиконання батьками своїх обов'язків щодо утримання дитини навіть якщо такі батьки не бажають розривати шлюб але живуть окремо від дитини.

Системний аналіз норм Сімейного кодексу України розкриває одну з найбільших проблем стягнення аліментів на утримання дитини – визначення реального розміру частки доходів одного з батьків, яку він повинен перераховувати в якості аліментних платежів на утримання дитини. При чому відповідно до ст. 181 СК України аліменти можуть визначатися як у твердій грошовій сумі, так і у частці від доходу, але ст. 183 СК України деталізуючи порядок саме такого визначення аліментів отожднює поняття доходу та заробітку. Це є наслідком регулювання процесом стягнення аліментів положеннями Постанови Кабінету Міністрів України «Про перелік видів доходів, які враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб» від 26.02.1993 № 146, основна цінність якої на сьогодні полягає лише в тому, що вона закріплює вичерпний перелік видів заробітку особи з яких не стягуються аліменти. Що ж до видів заробітку (доходу), який враховується при визначенні розміру аліментів то тут слід керуватися положеннями п. 14.1.54 та п. 14.1.55 ч. 14.1. ст. 14 Податкового кодексу України, в яких визначається вичерпний перелік доходів з джерелом їх походження з України та поняття доходу, отриманого з джерел за межами України. При чому в незалежності від форми стягнення аліментів, слід погодитися із точкою зору Є. Ханович щодо існування недоліків в обох випадках. Так, недоліком визначення розміру аліментів у твердій грошовій сумі є складна та недосконала процедура індексації аліментів і надзвичайна повільність реагування на збільшення або зменшення доходу боржника. Складність стягнення аліментів визначених як частка доходу полягає у тому що особа, з якої її стягують часто приховує свій фактичний дохід, що є досить розпо-

всюдженою практикою в нашій країні. Дана позиція є слушною головним чином через недосконалість системи обліку та моніторингу доходів громадян, а також в силу того, що номінальна індексація грошових виплат відбувається по визначеним державою стандартам та нормативам, що досить часто не відповідає сучасним реаліям соціально-економічного становища.

Як зазначають Л. О. Самілик та Л. П. Корбут «на практиці непогано опрацьований механізм встановлення реального доходу боржника-фізичної особи, зареєстрованої як індивідуального підприємця. Набагато складніше визначати реальний дохід фізичної особи, що не має постійної роботи та іншого джерела доходу. Тим більше, що сам платник своїми діями може перешкоджати виявленню реальної суми доходу». Ця позиція є надзвичайно слушною та цілком об'єктивною з урахуванням сучасних вітчизняних реалій, а тому потребує пошуку шляхів її вирішення при чому не лише нормативно-правового, але і організаційного характеру. Зрозуміло, що питаннями примусового стягнення аліментів займаються органи уповноваженні на виконання судових рішень, зокрема Державної виконавчої служби України. Але важливим є також активна позиція особи, уповноваженої отримувати аліменти на утримання дитини, а також практика суду щодо вирішення способу встановлення величини аліментів. Так на етапі судового розгляду справи необхідним є встановлення джерел та розміру доходів особи, якою стягуватимуться аліменти. Традиційно такі особи приховують реальні обсяги заробітку, але суд повинен встановити законні джерела їх отримання, а у випадку наявності неофіційного заробітку і відсутності офіційного – повинен однозначно приймати рішення про встановлення аліментів в твердій формі.

УДК 343.3

Ткач Ю. Д.,
*канд. юрид. наук, старший викладач кафедри цивільного
та кримінального права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна,*
Наливко Н. В.,
*студентка юридичного факультету,
ОНМУ, м. Одеса, Україна*

PROVIDING THE BASES OF NATIONAL SECURITY OF UKRAINE CRIMINAL LEGAL MEASURES

According to Art. 1 of the Law of Ukraine "On the Fundamentals of National Security of Ukraine" of June 19, 2003, national security is the protec-

tion of vital interests (values) of a person and a citizen, a society and a state in which sustainable development of society is ensured, timely detection, prevention and neutralization of real and potential threats to national interests in virtually all areas of public administration in the event of a negative tendency towards creating potential or real threats to national interests. Among these measures, one of the most important places is legal measures, which in turn can also be classified according to different criteria: first of all, by spheres (branches) of law (administrative, constitutional, civil, criminal, etc.).

One of the legal measures (directions) for ensuring the foundations of Ukraine's national security is precisely the criminal law provision of these foundations, which is one of the guarded legal areas in this area. As it is known, the Criminal Code has the task of legal protection of the rights and freedoms of man and citizen, property, public order and security, environment, constitutional system of Ukraine from criminal encroachment, ensuring peace and security of mankind, as well as prevention of crimes, for which the Criminal Code determines which socially dangerous acts are crimes and which punishments apply to the persons who committed them (Article 1 of the Criminal Code). To be more precise, the Criminal Code establishes not only the crime of the act, but also its punishment and other criminal consequences of the act (Part 3 of Article 3 of the Criminal Code), since it concerns not only the punishments applied to a person convicted of but also other criminal-legal consequences of the offender (including release from responsibility, release from punishment or his serving), and other criminal-law measures in respect of an individual (compulsory medical treatment, compulsory measures of a medical nature, special confiscation, approx. Provisional measures of educational nature), and in relation to a legal entity (fine, confiscation, liquidation).

Taking into account the relatively wide range of influence tools, the Criminal Code outlined above, the criminal law measures to ensure the basis of Ukraine's national security can be classified according to different criteria. In the general plan, the most widely qualified qualification in the spheres of legal activity (legal practice), which can be grouped into three main units (groups):

- 1) in the field of law making – the introduction of amendments and additions to the Criminal Code. Recently, under the influence of well-known events, the legislator reacted to socio-political changes and new challenges, adding new articles 110-2 to the Criminal Code (financing actions aimed at violent change or overthrow of the constitutional order, seizure of state power, changes in the borders of the territory of Ukraine) and 114-1 interference with the legitimate activities of the Armed Forces and other military formations), sanctions for certain crimes against the bases of national security of Ukraine, etc., were strengthened. etc.;

2) in the field of legal research, education and upbringing – a set of activities of scientific, educational and educational character. Examples of these measures include increasing the attention of scholars to the study of theoretical and practical problems of criminal law protection of the foundations of national security of Ukraine on the pages of scientific and practical literature, holding thematic round tables and conferences, increasing attention to this issue in the teaching of the course of criminal law, etc.;

3) in the sphere of enforcement – the implementation by the authorized actors of measures for the prevention, prevention, detection, investigation of crimes against the bases of national security of Ukraine and the application of the relevant criminal law norms to those who committed them. In the field of enforcement, the authorities first detect and investigate crimes.

Recently, neither lawmakers nor law enforcers, nor society as a whole, have taken into account the fact that criminal law instruments have their own specifics, and the scope of their use is rather narrow. They are the means of the "ultima ratio", that is, the extreme means the state can take to function as a regulator and to safeguard certain social relations, and which apply only when the desired result can not be achieved by other means. Only in this case, they can be effective. It is impossible to solve all kinds of large-scale economic, social, political, ideological and other problems in the society with the help of criminal law.

УДК 343.98

Тунгула О. С.,
*канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри цивільного
та кримінального права і процесу,*
Абдуллаєв Вагіф Ахмед-огли,
*аспірант кафедри цивільного
та кримінального права і процесу,*
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

КОРУПЦІЙНА СКЛАДОВА АСИМЕТРІЇ ПОВНОВАЖЕНЬ СТОРОНИ ЗАХИСТУ ТА ОБВИНУВАЧЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі КПК України) в окремих положеннях демонструє асиметрію повноважень сторін обвинувачення та захисту. Зокрема асиметрія простежується в таких нормах КПК України:

1) повноваження з отримання доказів – у ч. 2 ст. 93 «Збирання доказів» стороні обвинувачення право отримувати докази лише шляхом

проведення процесуальних дій, тоді як сторона захисту, згідно ч. 3 ст. 93 КПК України, може отримувати докази вже будь-яким способом аби тільки можна було забезпечити надання суду належних і допустимих доказів. Це суперечить вимозі щодо допустимості доказів, коли згідно ч.1 ст. 86 КПК України докази мають бути отримані в порядку, передбаченому процесуальним кодексом – тобто шляхом проведення процесуальних дій. Позиція Європейського суду з прав людини непохитна, зокрема у справі «Фуше проти Франції» наголошується на принципі рівності повноважень сторін обвинувачення та захисту.

За законом та за традицією захисник має значну мотивацію та можливість «посприяти» підзахисному уникнути кримінальної відповідальності та покарання. Вважаємо, що було б більш доцільним врегулювати в КПК України процедуру отримання доказів лише в межах детально регламентованих в кодексі процесуальних дій, залишивши стороні захисту право клопотати про проведення таких дій перед слідчим, прокурором чи судом.

2) кримінальна відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань – коли переслідувана особа (сторона захисту) не несе вказану відповідальність, тоді як потерпілий (сторона обвинувачення) таку відповідальність несе. Вважаємо, що всі суб'єкти кримінального провадження мають однаково прагнути до встановлення об'єктивної істини та для досягнення цієї мети мати рівні права, свободи, інтереси та обов'язки.

3) різна система та рівень оплати праці обвинувача та адвоката, коли державний чи публічний обвинувач отримує зарплатню за виконання своїх професійних обов'язків від держави, а адвокат як захисник переслідуваної особи чи як представник іншого учасника кримінального провадження – безпосередньо від цих осіб, причому у розмірі, що залежить від домовленості з ними. Тобто чим краще матеріальне становище переслідуваної особи, тим більше в неї можливостей найняти для свого захисту найбільш компетентного захисника, який буде докладати максимальних зусиль (не завжди законних) для захисту свого підопічного. В потерпілого ж немає можливості обирати на свій розсуд державного обвинувача, який отримує не найбільшу зарплатню з бюджету та може піддатися спокусі отримання неправомірної вигоди з боку захисника чи переслідуваної особи та розвалити справу. Для вирішення цієї проблеми пропонується позбавитись хибної практики отримання адвокатом грошей за «надані послуги» безпосередньо від підзахисного чи особи, яку він представляє, а надання так званої вторинної безоплатної юридичної допомоги у контексті Закону України «Про безоплатну правову допомогу» зробити не лише доступним кожному бажуючому, незалежно від його матеріального стану, а й єдиним можливим способом отримання професійної юридичної допомоги у

будь-якому виді судочинства. При цьому за отримання грошей та будь-якої іншої матеріальної чи нематеріальної вигоди за надання такої допомоги безпосередньо від особи, яку захищають чи представляють, або в її інтересах від будь-якої іншої особи, доцільно встановити кримінальну відповідальність аналогічну тій, що вже існує в таких же випадках за порушення порядку безоплатного отримання освіти та медичної допомоги за ч. 2 ст. 183 і за ч. 1 ст. 184 КК України.

4) переслідувана особа може наймати для свого захисту до п'яти захисників одночасно, при цьому вона не обмежена адміністративно-територіальною одиницею. За своїм вибором та із врахуванням матеріальних можливостей підозрюваний/обвинувачений може обирати захисника з найкращими компетенціями. В потерпілого ж немає права вибору державного обвинувача (право на відвід тут враховувати не слід), кількість обвинувачів напряму залежить від складності справи (на відміну від сторони захисту). Крім того не можна не відзначити, що розмір винагороди захисника напряму залежить від якості надання ним послуг, для прокурорів же таке правило не діє. Отже, можна говорити, що в адвоката вища мотивація постійно удосконалювати свої професійні навички, адже від цього залежить його «ціна», тобто переслідувана особа з великими статками має більші можливості, порівняно з потерпілим, обрати собі для захисту більш компетентного правника.

Вважаємо, що кримінальне провадження має переслідувати єдину мету – встановити об'єктивну істину в кримінальному провадженні і на цій основі правильно вирішити справу. Тільки ця задача може забезпечити призначення переслідуваній особі найбільш справедливого покарання, що залежить від ступеню тяжкості кримінального правопорушення, ступеня його вини та його особистих якостей та поведінки під час кримінального провадження, а потерпілому – повне відновлення його правового статусу та відшкодування завданої йому шкоди.

Отже, існуючі приклади асиметрії процесуальних повноважень та інших можливостей сторін обвинувачення та захисту у кримінальному провадженні роблять відвертою фікцією проголошену процесуальну рівність сторін у кримінальному провадженні в контексті реалізації принципу змагальності даного провадження. Вказані факти асиметрії можуть бути подолані шляхом подальшої впровадження в правоохоронну практику принципу професійності кримінального судочинства, концепції причетної особи та нейтрального вироку, а також принципу встановлення в судочинстві об'єктивної істини і лише на цій основі правильного вирішення справи.

Тунгула О. С.,
*канд. юрид. наук,
доцент, доцент кафедри цивільного
та кримінального права і процесу,*

Лагода К. О.,
*канд. юрид. наук,
суддя Центрального районного суду м. Миколаєва,
старіший викладач кафедри цивільного
та кримінального права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПЕРЕДАЧІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ ЗА ПІДСЛІДНІСТЮ

Під час досудового розслідування можуть виникати ситуації, коли є необхідність передати кримінальне провадження до іншого органу досудового розслідування, у тому числі в іншу адміністративно-територіальну одиницю. Такі випадки можливі через те, що:

- 1) відразу не встановлено місце вчинення кримінального правопорушення;
- 2) заявник через незнання правил визначення підслідності звернувся не до того органу досудового розслідування;
- 3) обставини, що можуть вплинути на зміну підслідності виявлені вже в ході розслідування.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі КПК України) в ст. 216 дає детальну регламентацію підслідності, коли орган досудового розслідування, що буде вести кримінальне провадження, визначається відповідно до чіткого переліку кримінальних правопорушень, передбачених Кримінальним кодексом України. Проте із змісту згаданої статті не можна зробити висновку, яка ж правова процедура передачі кримінального провадження від одного органу досудового розслідування до іншого.

Із аналізу норм КПК України можна зробити висновок, що зміна підслідності визначається прокурором. Відповідно до ч. 5 ст. 218 КПК України прокурор може прийняти рішення про зміну підслідності у таких випадках:

- 1) прокурор, який здійснює нагляд за кримінальним провадженням – якщо під час досудового провадження було встановлено інші кримінальні правопорушення, вчинені особою, щодо якої ведеться розслідування, або іншою особою, проте такий злочин пов'язаний із розслідуваним

злочином, і він не підслідний органу, що здійснює провадження і неможливо виділити в окреме провадження (ч. 10 ст. 216 КПК України);

2) відповідний прокурор – якщо неможливо встановити місце вчинення кримінального правопорушення (ч. 3 ст. 218 КПК України);

3) керівник органу прокуратури вишого рівня – щодо спорів про підслідність;

4) Генеральний прокурор чи його заступник – щодо спорів в провадженнях, що можуть бути підслідні Національному антикорупційному бюро України (далі НАБУ).

Також КПК України не визначає, яким процесуальним документом оформляється рішення прокурора про зміну підслідності. Практика показує, що кримінальні провадження передаються з єдиним документом – супровідним листом. Вважаємо, що така практика є неприпустимою. Зміна підслідності є юридичним фактом, який має бути внесено до ЄРДР, а будь-які відомості, що вносяться до реєстру, мають оформлюватись процесуальним рішенням. Відповідно до ч. 3 ст. 110 КПК України, процесуальні рішення прокурора приймаються в формі постанов, і не може бути ніяких альтернатив у формі супровідних листів. Проте не можна повністю відмовитись від складання супровідного листа, оскільки він спрощує передачу провадження з одного органу до іншого з точки зору ведення діловодства, але він має бути лише додатком до мотивованої постанови прокурора про зміну підслідності.

Іншим проблемним питанням є порядок заміни прокурора, який здійснює процесуальне керівництво, при зміні підслідності. Потреба змінити прокурора, який здійснює процесуальне керівництво, виникає у випадках, коли кримінальне провадження передається до органу досудового розслідування, що знаходиться в іншій адміністративно-територіальній одиниці. Така ж необхідність виникає у випадку, коли зміна підслідності здійснюється по відношенню до НАБУ. Слід відмітити, що законодавство не містить правової регламентації заміни прокурора, який здійснює процесуальне керівництво. КПК України у ст. 37 регламентує випадки заміни прокурора, проте не містить такої підстави, як зміна підслідності. Єдине, що залишається, зрозуміти ч. 3 ст. 37 «...інші поважні причини...» як підставу такої заміни. Вважаємо неприпустимою наявність в КПК України такого розпливчастого формулювання в важливому питанні заміни прокурора. Тому варто доповнити ч. 3 ст. 37 КПК України підставою заміни прокурора, який здійснює процесуальне керівництво, через зміну підслідності, коли таке рішення має приймати керівник органу прокуратури, а якщо підслідність замінюється з передачею провадження НАБУ, то таке рішення має приймати керівник Спеціалізованої антикорупційної прокуратури із числа своїх співробітників.

Шаповалова О. І.,
*канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного
та кримінального права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

ВИЗНАЧЕННЯ ВИДОВОЇ НАЛЕЖНОСТІ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

При створенні Цивільного кодексу законодавець зробив поділення цивільних майнових відносин на два види: 1) відносин з права власності та інших речових прав; 2) зобов'язальних відносин. Точніше, відбулося поділення майнових відносин на речові відносини та зобов'язальні відносини. При намаганні визначення видової належності суб'єктивних цивільних прав дослідники зіткнулися з проблемами, стали докоряти законодавця у непослідовності, недосконалості класифікації, що свідчить про актуальність цієї проблеми.

Поділення майнових відносин на речові та зобов'язальні здійснено ще юристами Стародавнього Риму залежно від способу захисту порушених прав. Речовими відносинами вони визначали такі, що потребують абсолютного захисту проти всіх, зобов'язальними відносинами вони визначали такі, що потребують відносного захисту проти конкретної зобов'язальної особи. Речові відносини складаються із права власності як найбільш повного права на річ та інших речових прав обмеженого характеру. Нажаль, з часом такий критерій відмежування забувся, поділення суб'єктивних майнових прав на дві групи: 1) право власності та інші речові права; 2) зобов'язальні права; – стали аксіомою незалежно від критерію, що породило твердження про умовний характер такого поділення, оскільки деякі відносини не відповідають запропонованій схемі. Дослідники, зокрема О.С. Йоффе, а за ним і інші, придумали інші критерії розмежування цих відносин, – за об'єктом, якщо об'єкт – річ, то відносини речові, якщо об'єкт – дія, то відносини зобов'язальні. Хибність у цьому поділенні у тому, що дії людини нерозривно пов'язані з людиною, а людина не може бути об'єктом майнових відносин, тому об'єктом зобов'язальних відносин завжди має бути результат дій людини, оскільки оплата здійснюється за результатом, матеріалізованим або ні. Прикладом нематеріалізованого результату дій людини є концертна послуга. Всупереч наведеної позиції О.С. Йоффе дослідники виявили, що об'єктом зобов'язальних відносин також може бути річ та стали стверджувати, що більшість відносин є змішаними – «речево-зобов'язальними». О.С. Йоффе, стве-

рджуючи про визначальну роль права власності, запропонував замінити розподіл основних інститутів цивільного права на речові й зобов'язальні їх поділом на право власності й зобов'язальні права, причому про речові права було забуто або їх визначали як інші речові права, тобто другорядні, обмежені, похідні. Оскільки термін «речові права» став забутий, то пішла мова про зобов'язальні права речового характеру, тобто коли об'єктом зобов'язання є річ, та в цьому бачили розвиток цивілістики. К.ю.н. Ю.П. Пацурківський договорився до того, що застава породжує два види відносин: «між заставодавцем і заставодержателем, між заставодержателем і річчю», показуючи, що відносини застави є одночасно зобов'язальними та речовими. Але не можуть бути відносини між людиною та річчю, між суб'єктом та об'єктом, відносини мають бути тільки між суб'єктами. Та об'єкт відносин не може бути критерієм їх поділу на речові та зобов'язальні, оскільки і речові, і зобов'язальні відносини є майновими відносинами, а майном є річ, сукупність речей, грошових коштів, результатів діяльності та інші блага. Тому відносини застави будуть речовими, якщо заставодержателю потрібний абсолютний захист від будь-кого, хто порушує його права на заставлену річ. Одночасно відносини застави можуть бути зобов'язальними відносинами, якщо заставодержателю потрібен відносний захист проти конкретної зобов'язаної особи – заставодавця.

Також точаться спори щодо права, що впливає з договору оренди. Ю. П. Пацурківський заявляє про сумнівність твердження про те, що цивільно-правовий договір призводить до виникнення самостійних правовідносин, змістом яких є правомочність користування наданою за договором оренди речі самого орендаря, з одного боку, і обов'язок всіх третіх осіб утриматися від його порушення, з іншого. На його думку, договір укладається лише для виникнення обов'язків між сторонами, а не для того, щоб забезпечити орендареві виникнення, здійснення й захист права користування річчю. При цьому саме ж речове право користування орендаря існує не поряд із зобов'язальним правовідношенням, а всередині нього, у взаємозв'язку із зобов'язальними елементами. Вважаємо, що для цивільних відносин неможна застосовувати абстрактні уяви (поряд, всередині), а для відмежування прав слід застосовувати критерій виду захисту: якщо орендарю треба захист щодо володіння від всіх – то такі відносини є речовими, якщо потрібен захист від орендодавця – то такі відносини є зобов'язальними.

Серйозні проблеми у науковців виникають при дослідженні договору управління майном. В.В. Чубаров не вважає право управителя на передане йому майно речовим, тому що в нього відсутнє право слідування, хоч управитель, як титульний володілець, може використовувати будь-які речово-правові способи захисту своїх прав проти третіх осіб. Тобто

науковець забуває, що визначення права речовим якраз і залежить від способу захисту своїх прав. Але якщо управителю треба захищатися від сторони договору, то таке право було б зобов'язальним.

Висновки. Будь-яка юридична класифікація має відбуватися залежно від особливостей правового регулювання, від суті, характерних правових ознак відносин. Неможна визначати класифікацію без критеріїв відмежування. Убачається, треба повернутися до першоджерел та проводити визначення видової належності суб'єктивних цивільних прав за критерієм способу захисту. Якщо потрібен абсолютний захист суб'єктивних цивільних прав проти всіх, то такі відносини є речовими, якщо потрібен відносний захист проти конкретної зобов'язаної особи, то такі відносини є зобов'язальними.

УДК 343.1-047.22

Юркова Г. В.,

канд. юрид. наук, доцент, в. о. доцента кафедри цивільного та кримінального права і процесу,

Коновалов В. В.,

старший викладач кафедри історії та теорії держави і права, ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

ПОХІДНІ РЕЧОВІ ДОКАЗИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Однією із важливих умов успішної боротьби зі злочинністю є запровадження новітніх досягнень науки і техніки в слідчу і судову практику. В розпорядженні правоохоронних органів мають спеціальні науково-технічні засоби призначені для виявлення і вилучення з місця події об'єктів, що є речовими доказами і слугують встановленню окремих обставин злочину. У випадках, коли вилучити об'єкт неможливо, спеціальні засоби дозволяють достатньо повно і точно відтворити його суттєві ознаки, в тому числі і шляхом контактного моделювання. Отримана модель при цьому набуває значення однакової сили з первісним речовим доказом. Недотримання процесуальних вимог при моделюванні об'єктів на місці події має наслідком визнання таких доказів неналежними, недопустимими та недостовірними.

Сутність моделювання полягає в тому, що при вивченні якогось об'єкта використовується не сам об'єкт, а модель, що його заміняє. Під моделлю розуміють матеріально реалізовану систему, яка відображає або відтворює об'єкт дослідження і здатна замінити його так, що її вивчення дає нам нову інформацію про цей об'єкт.

Згідно частини 1 статті 98 Кримінального процесуального кодексу України (далі КПК) речовими доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення.

Моделювання за допомогою зліпка ознак сліду дозволяє використовувати таку модель для розшуку оригінала, який залишив слід, а потім і для його ототожнення. Предмети, що несуть на собі відомості про факти, які підлягають встановленню, прийнято називати першоджерелами, початковими, первісними доказами, а докази, які містять відомості, що отримані із іншого джерела – похідними. Основною функцією похідного речового доказу є заміщення оригіналу, як носія конкретних фактичних даних. Його доказове значення полягає в тому, що він відображає такі ознаки початкового речового доказу, які дозволяють встановити групову належність, індивідуальну тотожність та інші обставини, які мають значення для кримінального провадження.

Відповідно до частини 2 статті 105 КПК додатками до протоколу процесуальної дії можуть бути спеціально виготовлені копії, зразки об'єктів, речей і документів, а також фототаблиці, схеми, зліпки, носії комп'ютерної інформації та інші матеріали, які пояснюють зміст протоколу, а згідно частини 7 статті 237 КПК при огляді слідчий, прокурор мають право виготовляти відбитки та зліпки. На практиці зліпки, копії слідів використовуються не тільки як додатки до протоколів слідчих (розшукових) дій, але і як самостійні об'єкти дослідження.

Важливими вимогами, що пред'являється до похідних речових доказів, як і до початкових, первинних доказів, є їх належність (ст. 85 КПК) і допустимість (ст. 86 КПК). Під належністю доказу розуміють його зв'язок з предметом доказування. Допустимість доказу – це його придатність з точки зору законності джерел, методів і прийомів його отримання. Важливе значення має вирішення питання про допустимість моделювання, як метода отримання і перевірки доказів в кримінальному провадженні. Умовами допустимості моделювання при розслідуванні злочинів вважають об'єктивність, науковість, законність, етичність, доступність і ефективність.

В числі джерел отримання фактичних даних закон називає речові докази (ст. 84 КПК). Доказом є фактична інформація про суттєві для справи обставини, які вдалось встановити при ознайомленні з предметом. Сам же предмет (або слід) слугує джерелом доказів. Жоден похі-

дний речовий доказ не має доказового значення, якщо точно невідоме джерело його походження. Тому важливе значення мають дані про місце і час виявлення первісного речового доказу (в якому місці, на якому предметі, особливості виявлення тощо), умови моделювання та інші обставини.

Кваліфікований огляд первісного речового доказу, детальний і правильний опис його результатів, дозволяють виділити виявлений предмет із числа інших, звернути увагу на його особливі ознаки, що мають значення для справи, вирішити, які з них підлягають моделюванню, визначити точність передачі їх в отриманій моделі. Нажаль, на практиці непоодинокі випадки, коли результати огляду первісного речового доказу не відображаються в процесуальному документі або наводяться поверхово, недостатньо повно і точно. В протоколах часто не вказується, де був виявлений вилучений предмет, не описуються його ознаки, наявність і розташування на ньому слідів, не вказуються, які засоби (порошки, реактиви) застосовувались для виявлення слідів. Якщо при проведенні слідчої дії застосовувались фотографування, відеозйомка, звукозапис або були виготовлені зліпки і відбитки слідів, то в протоколі повинні бути вказані технічні засоби, які застосовувались при проведенні слідчої дії, умови і порядок їх використання, об'єкти до яких ці засоби були застосовані і отримані результати. В КПК міститься вимога про відображення в протоколі застосування технічних засобів лише для фіксування процесуальної дії (ч. 1 ст. 104, ст. 107 КПК) і не згадується про необхідність відображення в протоколі процесу виявлення і вилучення слідів за допомогою технічних засобів. Це часто має наслідком неможливість залучення речових доказів до матеріалів кримінального провадження з тих підстав, що вони отримані з порушенням порядку, встановленому КПК і тому є недопустимими (ст. 86 КПК). Більше того, такі докази не можуть відповідати вимозі їх достовірності. Достовірними визнаються докази, які на підставі оцінювання обставин їх виникнення, співставлення їх з іншими матеріалами кримінального провадження слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд сприймає без сумніву як такі, що відповідають істинності.

Виготовлення похідного речового доказу не є самостійною слідчою дією. Тому всі дані, які стосуються процесу такого виготовлення, повинні бути описані в протоколі тієї слідчої дії, в ході якої вони отримані. В протоколі необхідно відобразити стан первісного речового доказу. Наприклад, копіюючи (моделюючи) слід пальця руки, що виявлений на склі меблевої шафи необхідно детально описати спосіб його виявлення, його особливості, характер слідосприймаючої поверхні. В протоколі необхідно вказати, які були застосовані засоби для виявлення сліду (магнітні чи флейцові щіточки, тип і колір порошку),

які копіювальні матеріали (дактилоскопічні плівки, клейкі технічні плівки тощо) використовувались для їх моделювання (копіювання), а також кількість виготовлених моделей (копійованих слідів). Якщо будь-які причини викликали зміни у відображенні ознак об'єкта, що моделювався, то ця обставина також повинна бути відображена в протоколі. Детальна фіксація в протоколі вказаних вище обставин має велике практичне значення. Вона дозволяє оцінити, чи правильно був застосований той чи інший технічний засіб фіксації, наскільки точно відобразились ознаки первісного речового доказу в моделі, переконатись в тому, що остання відображає ознаки саме того об'єкта, що моделювався, тобто вирішити питання про допустимість даної моделі в якості похідного речового доказу.

УДК 347.4

Шевчук А. О.,

*студентка IV курсу юридичного факультету,
КНУ ім. Т. Шевченка, м. Київ, Україна*

Січко Д. С.,

*канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного та кримінального права і процесу,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

ПРАВОВА ПРИРОДА КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ ТА ДОГОВОРУ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Наразі Глава 71 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) має назву «Позика. Кредит. Банківський вклад». Таке формулювання назви відображає наявне в українському законодавстві та практиці правозастосування розуміння юридичної природи договору позики, кредитного договору та договору банківського вкладу. Вказані договори сприймаються законодавцем як самостійні види договорів, що мають певні спільні риси. Висвітлене розуміння не є однозначним і викликає ряд запитань, оскільки серед вчених немає єдиної думки щодо співвідношення вказаних вище договорів. Важливо розуміти, що визначення природи вказаних вище договорів зумовлює особливості правового регулювання відповідних відносин.

В наукових колах наявні три основні позиції щодо сутності кредитного договору. Одні вчені притримуються позиції, відповідно до якої

кредитний договір належить до одного із видів договору позики, так званих договорів позикового типу. На протигагу інші науковці відстоюють концепцію, в рамках якої кредитний договір має самостійний характер. Очевидна, що третя група представляє підхід, що займає проміжне положення між означеними вище. Основні положення зазначених позицій висвітлені в таблиці нижче.

	Кредитний договір як вид договору позики	Кредитний договір як договір, що має самостійний характер	Кредитний договір як різновид договору позики з одного боку та самостійна консенсуальна договірна конструкція з другого
Представники	М. М. Агарков, С. І. Вільнянський, Е. А. Флейшиц, Д. А. Медведєв, С. О. Суханов, В. С. Белих, О. Г. Братко, О. Н. Садіков, К. О. Боннер, Є. Б. Осипов, М. Н. Шимкович, М. Б. Леванов, Л. Г. Єфімова, В. В. Вітрянський, В. О. Майоров, О. В. Кривенда, В. М. Коссаєв, Ю. О. Заїка, С. М. Лепех, О. С. Мазур, Г. Л. Коротка	І. С. Гуревич, Я. О. Куник, Е. А. Павлодський, Н. Н. Захарова, А. Н. Макагон, В. Г. Голишев, Д. В. Пристанков, С. К. Солонін, Ю. І. Чалий, Л. П. Оплачко, К. І. Вороніна, П. В. Горбач, Е. Є. Єгорова, Д. О. Гетьманцев, Н. Г. Шукліна, С. В. Ленський, А. В. Лобанов, І. А. Безклубий	О. С. Іоффе, А. А. Олексєєв
Позиції	<i>М. М. Агарков:</i> кредитний договір як різновид договору позики та попередній договір про укладення в майбутньому договору. <i>Л. Г. Єфімова:</i> кредитний договір консенсуальний різновид договору позики. <i>В. В. Вітрянський:</i> окремий вид договору позику, що призначений для використання у банківській діяльності	<i>Е. А. Павлодський:</i> цивільному законодавству відомі два самостійних договори – позики та кредиту	<i>О. С. Іоффе:</i> кредитний договір у широкому розумінні є видом позики, а з іншого боку, є самостійним договором
Аргументи	Наявність у цивільному законодавстві норми відсилання, а саме ч. 2 ст. 1054 ЦК України, відповідно до якої до відносин за кредитним договором застосовуються положення параграфу 1 глави 71 ЦК України «Позика», якщо інше не встановлено законом і не впливає із суті кредитного договору	Наявність відмінностей між договорами, що стало причиною окремого регулювання відносин, що випливають із договору позики кредиту	

Цікавим є розуміння сучасного українського цивіліста Є.О. Тупицької. Вона вважає, що правова природа та місце договору позики в цивільному праві обумовлені покладанням на нього функції типового кредитного зобов'язання по відношенню до всіх форм кредитування, тому цивільно-правові норми, що регулюють договір позики, поширюються на «вторинні» позикові відносини за умови, якщо інше не передбачено законодавством, яке регулює окрему форму кредитування. Крім того вчена відзначає, що загальною юридичною формою позиково-кредитних правовідносин може бути як договір позики (ст. 1046 ЦК України), так і кредитний договір (ст. 1051 ЦК України). Поява не одного, а декількох договорів, що оформлюють позиково-кредитні відносини, не означає, що такі договори протиставляються один одному. Тобто мова йде про юридичне оформлення (юридичну форму) відносин, що мають ідентичну економічну спрямованість. Вбачається, що найбільш аргументованою є позиція, відповідно до якої кредитний договір визнається видом договору позики з огляду на їх однакову економічну природу. В той же час необхідно зосередити увагу на відмінностях кредитного договору та договору позики.

Варто наголосити, що у таблиці нижче висвітлені ті відмінності, які на нашу думку є визначальними. Так, наприклад у таблиці відсутня вказівка на різну спрямованість договорів: на думку деяких вчених (А. Бабаскін) позикове зобов'язання характеризується спрямованістю дій від позичальника до позикодавця, а ціллю вказаного договору є повернення вказаного об'єкта позикодавцю; в свою чергу кредитне зобов'язання характеризується спрямованістю дій від кредитодавця до позичальника, оскільки без них у відносинах між сторонами кредитного договору не може виникнути борг позичальника за сумою кредиту, який, у свою чергу, є базою для нарахування процентів за кредитом; ціллю вказаного договору є надання кредитодавцем грошових коштів позичальнику та подальше повернення таких грошових коштів кредитодавцю зі сплатою процентів. Означений підхід видається досить умовним.

	Кредитний договір	Договір позики
<i>Суб'єктний склад</i>	Кредитодавець: банк або інша фінансова установа	Позикодавець: фізична/юридична особа
<i>Вид договору</i>	Консенсуальний	Реальний
<i>Матеріальний об'єкт</i>	грошові кошти	речі, визначені родовими ознаками
<i>Зміст</i>	наявність обов'язку цільового використання наданих коштів	–
<i>Відплатність</i>	виключно відплатний	може бути як відплатним, так і безвідплатним
<i>Форма</i>	виключно письмова	усна і письмова форма

Особливої уваги потребують відмінності пов'язані із реальністю договору позики та консенсуальністю кредитного договору. В даному контексті доцільним буде навести концепцію, відповідно до якої відбувається розмежування договору позики та кредитного договору в межах французької правової системи. Необхідно наголосити, що правовідносини, які за українським законодавством врегульовані нормами про кредитний договір, у Франції часто підпадають під дію конструкції договору позики. В Цивільному кодексі Франції виділяють три види позики: «договор о безвозмездном пользовании, ссуда и возмездный кредит». Закономірно в правозастосовній практиці виникла проблема щодо можливості визнання кредитного договору, укладеного на основі нормативної конструкції договору позики, таким, що має реальний характер. Касаційний суд Франції в своєму рішенні від 28 березня 2000 року відзначив, що кредитний договір, однією із сторін якого є кредитна організація, не є реальним. Вказаний підхід підтверджений рішенням Касаційного суду від 2006 року. Тобто Касаційний суд відійшов від традиційного тлумачення статті 1892 Цивільного кодексу Франції, визнавши консенсуальний характер кредитного договору, укладеного з кредитною організацією. Така позиція мала суттєвий вплив на судову практику. Так, в одній із справ судова колегія з цивільних справ зазначила, що «если кредит, предоставленный кредитной организацией, является консенсуальным договором, то кредитор, который обращает взыскание на имущество должника, должен представить доказательства исполнения своего обязательства по передаче кредитных денежных средств».

Також вважаємо необхідним навести позицію російського вченого Є. О. Суханова, який вказує, що «классический консенсуальный характер кредитного договора значительно ослаблен и сближен с реальным по своей юридической природе договором займа».

Правову природу договору банківського вкладу детально проаналізував відомий цивіліст О. С. Іоффе. Останній вважав, що «речь, однако, идет о займе в широком смысле, допускающем конструирование разнообразных самостоятельных, неподчиненных договоров. Такой самостоятельностью и обладает договор денежного вклада, кредитная (заемная) природа которого не исключает признания его особым договором, а подобное признание, в свою очередь, не упраздняет его кредитного (заемного) характера. Порождая заемное и в то же время самостоятельное обязательство, вклад подчиняется не общим правилам ГК о займе, а непосредственно относящимся к нему специальным юридическим нормам».

Таке розуміння дещо перегукується із наведеною вище позицією Є. О. Туницької. Мова йде про універсальний характер нормативної конструкції договору позики. По суті, розглядаючи кредитний договір

та договір банківського вкладу, ми говоримо про так звані «модифіковані версії» договору позики. Така модифікація пов'язана із ускладненням (видозміною) суспільних відносин, що лежать в основні. Так, наприклад, якщо ми говоримо про кредитний договір, то відносини в ньому ускладнені особливим суб'єктом – банком або іншою фінансовою установою. Щодо договору банківського вкладу варто відзначити, що «здесь происходит нечто большее, чем простая модификация договора хранения. Самый же факт уплаты вознаграждения вкладчику свидетельствует о том, что на основе вклада возникает возмездное заемное обязательство. Следовательно, юридически вкладная операция есть договор займа, хотя и соединенный с некоторыми элементами договора хранения». Тобто позиковий характер (позикова природа) кредитного договору та договору банківського вкладу пов'язаний із їхньою економічною спрямованістю. Договір позики виступає як універсальна (узагальнена) нормативна модель відповідних економічних відносин.

УДК 343.9

Нурсева А. А.,
адвокат, самозанятое лицо,
г. Винница, Украина
Голубицкий М. Ю.,
магистр специальности 081 Право,
МКУ им. Филиппа Орлика, г. Николаев, Украина

НЕКОТОРЫЕ КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРЕОДОЛЕНИЯ НЕЗАКОННОГО ОБОРОТА НАРКОТИКОВ

Одной из актуальных проблем в разработке базисных криминологических следственно-причинных характеристик процесса преодоления незаконного оборота наркотиков является правильная оценка сущности систематического совершения криминальных правонарушений, предусмотренных, прежде всего, ст. 307 УК Украины в части незаконного производства, изготовления, приобретения, хранения, перевозки и пересылки с целью сбыта либо сбыт наркотических средств, психотропных веществ либо их аналогов.

В этой связи нельзя игнорировать требования ч. 1 ст. 3 Конституции Украины, согласно которым жизнь и здоровье человека провозглашено в нашем государстве наивысшей социальной ценностью, а также требования второй части этой же статьи Основного закона, в соответствии с кото-

рыми права и свободы человека и их гарантии (а, значит гарантии и жизни и здоровья каждого нашего соотечественника) определяют содержание и направленность деятельности государства, государство отвечает перед человеком за свою деятельность и утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства.

Именно поэтому систематическое (три и более раза) совершение указанного выше криминального правонарушения в целях сбыта наркотиков и приравненных к ним веществ в крупных размерах либо особе опасных таких веществ и собственно такой сбыт этих веществ, в результате чего неизбежно наступает или с большой вероятностью может наступить смерть человека, употребляющего наркотики или приравненные к ним вещества благодаря указанным преступным действиям определенной группы лиц, то имеются все основания квалифицировать такие действия как покушение на убийство с косвенным умыслом (поскольку каждый участник такой преступной группы или организации, хотя и не желает, но сознательно допускает наступление такого рода последствий) двух и более лиц способом, опасным для жизни многих лиц, совершенным по предварительному сговору группой лиц, т. е. по ст. 15, п. п. 1, 5, 6 и 12 ч. 2 ст. 115 УК Украины. Если же будет установлено наступление смерти двух и более наркоманов от соответствующих партий наркотиков и приравненных к ним веществ, то такого рода действия следует квалифицировать как оконченный состав.

Согласно требованиям ч. 5 ст. 434¹УПК Украины Большая палата Верховного Суда обязана вынести соответствующее решение, поскольку данная ситуации содержит исключительную правовую проблему и такое решение необходимо для обеспечения развития права и формирования единой правоприменительной практики.

ТЕОРІЯ, ІСТОРІЯ, ФІЛОСОФІЯ, **СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА:** **ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство**

УДК 34 (410)

Ковальова С. Г.,
*канд. юрид. наук, доцент кафедри історії
та теорії держави і права,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

ОРДАЛІ ЯК ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ДОКАЗ У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ XIII–XIV ст.: ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО VS КАНОНІЧНЕ ПРАВО

Питання сутності та особливостей становлення європейської правосвідомості перебувають у центрі уваги сучасних науковців з огляду на важливість формування у сучасній українській правовій психології та правовій ідеології європейських правових цінностей. Тож звернення до історії правових інститутів є важливим та своєчасним. У даній розвідці встановлено місце інституту ордалії у судовому процесі європейських католицьких країн на початку XIII ст., коли звичаєве процесуальне право зазнавало інтенсивних атак з боку канонічного права.

Одним із джерел канонічного права були норми, сформульовані Папами у декреталіях – посланнях або листах, що надсилалися у відповідь на запитання щодо приватних казусів; такі відповіді являли собою своєрідні казуальні тлумачення, що містили обов'язкові посилання на Святе Писання, а відтак інтерпретаційні норми набували статусу загальнообов'язкових як для духовних, так і для світських осіб. Папа Інокентій III свого часу отримав юридичну освіту у Болонському університеті, тож, безсумнівно, знав римське право, у тому числі, процедуру екстраординарного судового процесу, що у пізній Римській імперії (періоду домінації) був закріплений Конституцією 294 р. імператора Діоклетіана як єдина допустима форма процесу. Суд знаходився у руках адміністрації. Екстраординарний процес був закритим, здійснювався у письмовій формі, рішення виносилося представником адміністрації, що призначався імператором. Змагальність процесу поступила місцем елементам розшуку. Суддею бралися до уваги письмові документи, речові докази, особисте зізнання звинуваченого.

Наприкінці XII ст. Ватикан розпочав впровадження розшукового процесу, який значно розширив маневреність церкви у судових справах і згодом поступово замінив публічний звинувачувальний процес. Згідно з декреталією Інокентія III від 22 вересня 1198 р. архієпископу Міланському, котрий був звинувачений у корисливому службовому злочині, у церковному трибуналі було здійснено провадження *ex officio*; розслідування було розпочато на підставі чуток, а не офіційного звинувачення, висунутого конкретною особою, як цього вимагало звичаєве право.

У грудні 1199 р. Папою було впроваджено інститут *inquisitio*; інквізиція разом із звинуваченням становили два самостійні види кримінального переслідування. Інокентій III не наважився повністю скасувати змагальний процес, що сягав корінням звичаєвого права і процедура якого була міцно вкорінена у суспільну правосвідомість. Наприкінці XII – на початку XIII ст. процес ще зберігав низку ознак, що були властиві звинувачувальному процесу. Так, наприклад, офіційний розшук при відсутності прямого звинувачення, висунутого конкретною особою, розпочинався лише по особливо тяжких злочинах, при вчиненні всіх інших протиправних діянь застосовувалась звичайна, звинувачувальна процедура. Розшуковий процес розпочинався лише у випадку, коли злочин набув суспільного розголосу (*publicus clamor*) і викликав соціальні заворушення (*scandalum*). Відтак інквізиційний процес розпочинався лише тоді, коли конкретну особу звинувачувала у вчиненні злочину публічна думка; Інокентій III заявив, що стороною звинувачення у таких випадках є голос народу.

Інститут *inquisitio* був остаточно узаконений IV Латеранським собором 1215 р. Впровадження інквізиційного судового процесу дозволило Папі укріпити свою владу та розгорнути рішучу боротьбу із ерезіями та інакодумством. У подальшому сліди звинувачувального процесу в духовних судах були ліквідовані. Складені Папою Інокентієм IV коментарі до декреталій Інокентія III закріпили, що навіть нічим не підкріплених чуток (*clamosa insinuatio*) або підозри (*suspitio*) було достатньо, щоб розпочати розшук.

Собор закріпив обов'язковість сповіді для кожного християнина-католика. Парафіяни, що принаймні раз на рік не сповідалися у своїх гріхах, вважалися грішниками; так само церква оголошувала грішниками тих, хто заперечував свою причетність до злочину і не зізнався у висунутих звинуваченнях на допиті. Обидва визнання своєї вини – на сповіді і на допиті – позначалися словом «*confessio*».

Нова форма судового процесу вимагала оновлення системи доказів, в якій не було місця ордаліям. Тож на IV Латеранському соборі духо-

венству було заборонено брати участь у проведенні традиційних ордалій. По суті, це означало відмову церкви підтримувати давні випробування водою і вогнем. Натомість церква санкціонувала ордалії у вигляді судового поєдинку.

Після Латеранського собору монархи деяких країн вжили заходів щодо скасування судових випробувань водою і вогнем. У Данії після IV Латеранського собору 1215 р. ордалії були скасовані спеціальним королівським ордонансом Вальдемара II. Король звелів вилучити із датських судебників згадки про випробування вогнем. Дата акту невідома, але він містить пряму вказівку на норму постанов собору. Замість ордалій було впроваджено інститут спеціально призначених тінгами або королівськими чиновниками присяжних суддів, на яких покладался обов'язок розслідувати справу і виносити рішення згідно із писаним правом.

Правитель Швеції ярл Біргео з Б'єлбу (1248–1266) видав закон, що забороняв судові випробування залізом, англійські королі скасували використання випробувань водою і вогнем і впровадили суд присяжних. Однак інститут ордалій був міцно вкорінений у правосвідомість всіх верств населення, тож не зник остаточно у практиці судочинства. У 1320 р. на засіданні королівської ради Швеції архієпископ скаржився, що у Хельсінгланді знов застосовуються судові випробування залізом. Як свідчать джерела, випробування залізом і киплячою водою у XIII ст. широко застосовувалось у Норвегії і, незважаючи на заборону Ватикану, перебувало під наглядом норвезької церкви.

Цікаву для оцінки сприйняття інституту ордалій середньовічною правосвідомістю інформацію містять Звичаї і вольності міста Монпельє (1204), де вказано, що на території Монпельє не дозволяється застосування заборонених церквою ордалій розпеченим залізом або киплячою водою, за винятком випадків, коли сторони за обоюбісною домовленістю погоджуються на ордалії (ст. 62). Відтак заборонена церквою норма забороняється і світською владою, яка не наважується взяти на себе відповідальність за порушення норми. Але влада усвідомлює, що альтернативних засобів встановлення вини/невинуватості міський суд Монпельє не має, тож нав'язаній церквою, а відтак і обов'язкової для виконання, імперативній нормі, по суті, надається характер диспозитивної.

Норми щодо використання ордалій розпеченим залізом знаходимо у німецькому Бrevіарії Ебергарда Бамберзького (XII–XIII ст.), Польській Правді (XIII ст.), міському праві Регенсбурга (1207), Відня (XIII ст.), Саксонському Дзеркалі (XIII ст.), латиських Кодексі права латгалів (1212–1213), Кодексі права куршів, земгалів і селів (1267),

Сільському праві (кінець XIII ст.), естонському Кодексі права селян Сааре-Ляенеського єпископства (кінець XIII – початок XIV ст.), чеській Рожмберзькій книзі (кінець XIII ст.).

Статути Конрада Оттона, що діяли на території Чехії і Моравії з кінця XII до XIV ст., закріпили застосування ордалій у вигляді випробування водою та розпеченим залізом (ходіння по лемешах) (ст. 8, 19). Ордалії вживались для очищення від звинувачення у викраденні худоби, виведенні невільної челяді та «покраданні» бджіл. Ці злочини кваліфікувалися чеським правом XIII–XIV ст. як особливо тяжкі, тож результат випробування ордаліями міг врятувати звинуваченого від суворого покарання.

Законник чеського короля Карла I (*Codex Carolinus, Majestas Carolina, 1355*) заборонив ордалії, оголосивши їх «язичницьким звичаєм» і замінивши їх клятвою. За застосування ордалій судді мали каратись утопленням або спаленням залежно від того, який вид ордалії вони застосували (ст. 39). Із тексту статті випливає, що традиційно у чеському праві існували ордалії у вигляді випробування холодною водою (занурення зв'язаної особи у воду) і вогнем. Ордалії проводились, зокрема, у випадках викрадення або звалтування жінок і дівчат. Тож ордалії у чеському праві застосовувались при вчиненні особливо тяжких злочинів, очевидно, з огляду на суворість передбаченої нормами санкції.

Офіційна заборона ордалій і встановлення за їхнє подальше застосування тяжкого покарання свідчить про те, що у католицькій Чехії принаймні до середини XIV ст., впродовж більш ніж 100 років після заборони церквою, застосовувались судові випробування вогнем (розпеченим залізом) і водою.

Вказівка на застосування ордалій міститься у кодексах, що представляють собою записи звичаєвого права. Тривале збереження ордалій у лівів, латгалів, земгалів, куршів, естів, очевидно, пояснюється пізнім входженням цих народів в орбіту впливу католицької церкви (хоча офіційно ці народи були охрещені в XIII–XIV ст. внаслідок лівонських хрестових походів, більшість тубільного населення залишалось язичниками; остаточно християнство затвердилось у цих народів лише у XVI ст. після Реформації). Отже, внесені у кодекси норми звичаєвого права прибалтійських народів відображали глибинні архетипи народної правосвідомості.

Ордалії продовжували існувати і в німецькому міському праві, що, правда, як альтернативний доказ. Наприклад, у Саксонському Дзеркалі (XIII ст.) вказано, що особи, позбавлені прав за пограбування або крадіжку, при повторному звинуваченні у подібних злочинах не могли

очищувати себе присягою. Однак їм надавалася можливість на вибір очиститись або розпеченим залізом, або киплячою водою, або поєдинком (ст. 39).

Проте авторитет церкви та її вплив на правосвідомість населення був незаперечним, тож протягом XIII–XIV ст. випробування водою і залізом поступово замінюються випробуванням судовим поєдинком.

УДК 347.965.083.8(043.2)

Лісна І. С.,

канд. юрид. наук, доцент, завідувач кафедри історії та теорії держави і права,

Михайлів Т. Є.,

аспірант кафедри історії та теорії держави і права, ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна

АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ У ПРИЗМІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ

Україна на шляху до побудови правової та демократичної держави ратифікувала основоположні акти з прав людини – Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (ратифікація від 17.07.1997 р.) та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. (ратифікація від 19.10.1973 р.), в основу яких покладений обов'язок забезпечити кожну людину правом на ефективні засоби правового захисту. Так, ст. 55 Конституції України визначає право кожного на захист своїх прав, свобод та інтересів, а в ст. 59 визначається право кожного на професійну правничу допомогу, для надання якої в Україні діє адвокатура.

Основним нормативно-правовим актом, який визначає сутність адвокатської таємниці в Україні є закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Так, адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської

діяльності (ст. 22). Інформація або документи можуть втратити статус адвокатської таємниці за письмовою заявою клієнта (особи, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги). При цьому інформація або документи, що отримані від третіх осіб і містять відомості про них, можуть поширюватися з урахуванням вимог законодавства з питань захисту персональних даних. Закон також визначає коло суб'єктів адвокатської таємниці: обов'язок зберігати адвокатську таємницю поширюється на адвоката, його помічника, стажиста та осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також на особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю. Адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання зобов'язані забезпечити умови, що унеможливають доступ сторонніх осіб до адвокатської таємниці або її розголошення.

Іншим не менш вагомим джерелом, яке характеризує адвокатську таємницю є Правила адвокатської етики. Вони зазначають, що дотримання принципу конфіденційності є необхідною і щонайважливішою передумовою довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, без яких є неможливим належне надання професійної правничої (правової) допомоги, здійснення захисту та представництва. Тому збереження конфіденційності будь-якої інформації, яка визначена як предмет адвокатської таємниці Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», або становить персональні дані про фізичну особу, які охороняються законодавством з питань захисту персональних даних, є правом адвоката у відносинах з усіма суб'єктами права, які можуть вимагати розголошення такої інформації, та обов'язком щодо клієнта і тих осіб, кого ця інформація стосується (ст. 10).

Щодо інших нормативно-правових актів України, то питання адвокатської таємниці також висвітлюють:

1) КПК України: захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування (ст. 46).

2) ЦПК України: 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 (п. 2 ч. 1 ст. 51).

3) КАС України: не можуть бути допитані як свідки представники в судовому процесі, захисники у кримінальному провадженні – про

обставини, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника (п. 2 ч. 2 ст. 65).

4) КВК України: для одержання правової допомоги за письмовою заявою засуджених, їхніх близьких родичів, громадських організацій засудженим надається побачення з адвокатом. За бажанням засудженого або адвоката чи іншого фахівця в галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, побачення можуть надаватися наодинці (ст. 110).

5) КК України: встановлює відповідальність за вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці (ст. 397).

УДК 342.1

Тігаренко А. А.,
*аспірант кафедри історії та теорії держави і права,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна*

МІЖНАРОДНІ ПОЗОВИ УКРАЇНИ ДО ЄСПЛ ЩОДО ЗАХИСТУ НАЦІОНАЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ

Відповідно до статті 1 Конвенції з прав людини Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції. Завжди виникає питання щодо тлумачення поняття «юрисдикція», оскільки саме вона є відправною точкою для покладення відповідальності на державу за порушення основоположних прав і свобод. Особливо гостро це питання постає у випадку окупації або втрати контролю держави щодо частини території. У таких випадках скарги, що подаються до Європейського суду з прав людини, можуть бути спрямовані проти: «активної» Договірної Сторони, яка здійснює свої повноваження поза межами власної території, що може мати три різні форми: а) повна або часткова військова окупація іншої держави; б) підтримка повстання або громадянської війни в іншій державі; с) встановлення (або допомога зі встановленням) на території іншої держави сепаратистського режиму у формі державного утворення, яке міжнародна спільнота не визнала як суверенну державу; «пасивної» Договірної Сторони, яка зазнає на собі впливу будь-яких зазначених вище дій.

У 1971 році Міжнародний суд ООН у документі «Юридичні наслідки для держав щодо триваючої присутності Південної Африки у Намібії» зазначив, що держави – члени ООН зобов'язані визнавати незаконність і недійсність триваючої присутності Південної Африки в Намібії, але «у той час як офіційні дії, вчинені урядом Південної Африки від імені або щодо Намібії після припинення дії мандата є незаконними і недійсними, ця недійсність не може бути застосовна до таких дій як, наприклад, реєстрація народжень, смертей і шлюбів».

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) розвиває цей принцип у своїй практиці. Наприклад, у справах «Лоїзиду проти Туреччини» (Loizidou v. Turkey, 18.12.1996, §45), «Кіпр проти Туреччини» (Cyprus v. Turkey, 10.05.2001) та «Мозер проти Республіки Молдови та Росії» (Mozer v. the Republic of Moldova and Russia, 23.02.2016). «Зобов'язання ігнорувати, не брати до уваги дії існуючих de facto органів та інститутів (окупаційної влади) далеко від абсолютного, – вважають судді ЄСПЛ, – Для людей, що проживають на цій території, життя триває. І це життя потрібно зробити більш стерпним і захищеним фактичною владою, включаючи їх суди; і виключно в інтересах жителів цієї території дії згаданої влади, які мають відношення до сказаного вище, не можуть просто ігноруватися третіми країнами або міжнародними організаціями, особливо судами, в тому числі й цим (ЄСПЛ). Вирішити інакше означало б зовсім позбавляти людей, що проживають на цій території, всіх їх прав щоразу, коли вони обговорюються в міжнародному контексті, що означало б позбавлення їх навіть мінімального рівня прав, які їм належать».

При цьому, у виняткових випадках, визнання актів окупаційної влади в обмеженому контексті захисту прав мешканців окупованих територій ніяким чином не легітимізує таку владу.

Щодо України, то зараз в ЄСПЛ очікують рішення п'ять міждержавних заяв України проти Росії: а) «Україна проти Росії (VIII)» (заява № 55855/18) стосовно подій у Керченській протоці в листопаді 2018 року; б) «Україна проти Росії (VII)» (заява № 38334/18) щодо передбачуваного політично мотивованого тримання під вартою та переслідування в судовому порядку громадян України за обвинуваченнями в скоєнні кримінального злочину; в) «Україна проти Росії (щодо Криму)» (заява № 20958/14); г) «Україна проти Росії (щодо Східної України)» (заява № 8019/16); ґ) «Україна проти Росії (II)» (заява № 43800/14) щодо передбачуваного викрадення трьох груп дітей у Східній Україні та їхній тимчасовий переїзд в Росію в трьох випадках між червнем і серпнем 2014 року.

До того ж, станом на початок 2019 року в реєстрі ЄСПЛ знаходиться 4369 індивідуальних скарг стосовно подій в Криму та на Донбасі,

які подані проти України. Кількість аналогічних скарг, в яких єдиним або другим відповідачем зазначено Російську Федерацію, становить близько 400 скарг.

Отже, як бачимо, на сьогоднішній день ЄСПЛ є дієвим механізмом захисту державою своїх законних інтересів, щодо оскарження дій окупаційної влади на неконтрольованій території, в тому числі і захисту прав та свобод своїх громадян, що є актуальним та дієвим механізмом безпосередньо для самої України на рівні з іншими засобами правового захисту на міжнародній арені.

УДК 347

Мамчур Л. В.,
канд. юрид. наук, доцент,
ЧНУ ім. Петра Могили, м. Миколаїв, Україна,
Ситцовой В.,
представник у справах інтелектуальної
власності (патентний повірений), Київський інститут
інтелектуальної власності ОНЮА, м. Київ, Україна

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПРО УПРАВЛІННЯ МАЙНОВИМИ ПРАВАМИ НА КОЛЕКТИВНІЙ ОСНОВІ

Держава в особі законодавця реформує систему реалізації прав авторів та носіїв суміжних прав, впорядковуючи відносини з колективного управління правами за посередництвом громадських неприбуткових організацій колективного управління (ОКУ) у спеціальному Законі України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» від 15 травня 2018 року. Згодом Мінекономрозвитку оголосив про початок процедури перереєстрації ОКУ відповідно до Закону за новими правилами; з лютого по травень 2019 року перереєструвалися 8 ОКУ. Попереду їх очікує процедура акредитації для надання повноважень для збору винагороди у певних сферах на умовах відкритого конкурсу. Особливістю нового статусу ОКУ є те, що за результатами акредитації в кожній сфері буде визначено лише одну ОКУ, повноважну здійснювати управління.

Одночасно, у жовтні 2019 року планується зліквідувати ДП «Українське агентство з авторських і суміжних прав», яке тривалий час замі-

няло громадські організації у питаннях відстеження використання прав авторів та суміжних прав і збору винагороди за таке використання.

Закон визначає засадничі принципи колективного управління майновими правами правовласників, допускаючи виникнення відносин управління як за прямою вказівкою в законі, так і на підставі договору. На підставі вказівки закону в чітко визначених сферах виникають відносини з розширеного та обов'язкового управління (ст. 12 Закону містить вичерпний перелік таких випадків). Так, *розширене* управління здійснюють у сферах публічного виконання та відтворення музичних недраматичних творів, фонограм, відеограм, опублікованих для використання з комерційною метою; *обов'язкове* – у сферах права слідування щодо творів образотворчого мистецтва, репрографічного відтворення, відтворення в домашніх умовах і в особистих цілях, а також кабельної ретрансляції об'єктів авторського права й суміжних прав).

У інших сферах, що не потрапили до переліку ст. 12, управління можливе лише на засадах *добровільного* погодження його умов з ОКУ за бажанням правовласника, юридичною формою відповідних відносин є цивільно-правовий договір про управління майновими правами на колективній основі.

Новий Закон відмовився від так званого бездоговірного управління – тобто, якщо раніше ОКУ могла управляти правами автора без договору, що означало її обов'язок виплатити суми зібраної винагороди у випадку, якщо цей автор до неї звернеться, то тепер, оскільки ст. 49 з відповідним положенням із Закону України «Про авторське право і суміжні права» вилучили, договір з правовласником є єдиною підставою для отримання відповідних повноважень ОКУ.

Ст. 45 Закону визначає, що правовласник – суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав, тобто автор або його правонаступник – фізична чи юридична особа, – може управляти своїми правами самостійно, через повіреного та через організацію колективного управління. Закон деталізує це положення у ст. 5, характеризуючи як самостійне право серед повноважень правовласників право доручати управління своїми майновими правами організаціям колективного управління, вільно обираючи при цьому ОКУ і обсяг майнових прав, що передаються в управління. ОКУ не може необгрунтовано відмовити у здійсненні управління в рамках сфери її діяльності, тобто правовласник знаходиться у більш вигідному становищі при укладенні і реалізації договору про управління правами на колективній основі.

Вважаємо, що не буде суперечити чинному законодавству і ситуація, коли договір про управління майновими правами з ОКУ укладатиме повірений, у якого будуть на те відповідні повноваження, підтверджені договором доручення і довіреністю, адже, оскільки він зо-

бов'язаний діяти від імені правовласника, то суб'єктом договору виступатиме останній.

П. 4 ст. 5 Закону детермінує обов'язкову письмову (електронну) форму для договору про управління майновими правами на колективній основі, а також встановлює вимогу щодо обов'язкового зазначення конкретних об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, права на які передаються в управління, та конкретних способів використання таких об'єктів, або їх визначення на підставі вказівки закону. Перелік переданих до управління творів може бути складений окремо, але є невід'ємною складовою частиною договору.

В подальшому стосовно тих творів, права на які передано за договором про управління майновими правами до ОКУ, правовласник може дозволяти їх використання лише на некомерційній основі, або вилучити згодом майнові права повністю чи частково із управління ОКУ шляхом внесення змін до договору.

Отже, новим Законом запроваджене правило «один твір – одна ОКУ, що управляє правами на нього». Такий підхід слід визнати схвальним, оскільки він виключає правову невизначеність стосовно уповноважених на зібрання винагороди за використання твору.

Слід звернути увагу на те, що конструкція договору про управління майновими правами на колективній основі виглядає неоднозначною. Договір є непоіменованим, тому виникає питання про його місце у системі цивільно-правових договорів, насамперед про те, чи можна беззастережно відносити його до групи договорів щодо розпорядження правами інтелектуальної власності, що регламентуються гл. 75 ЦК України.

За договором про управління майновими правами на колективній основі правовласник передає належні йому повноваження по управлінню майновими правами до ОКУ, а остання від власного імені в інтересах правовласника здійснює таке управління (що полягає в укладенні із користувачами договорів про надання дозволу на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав та про виплату винагороди (відрахувань) за використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав), та пов'язані з ним дії (наприклад, звертається з позовом до суду).

ОКУ як управитель таким чином отримує право на укладення невиключних договорів на використання об'єктів авторського права та збір винагороди за використання, але Законом заборонено ОКУ передовіряти здійснення управління правами третім особам та самостійно виступати як користувач переданого у управління твору.

Предметом договору в даному випадку не є передача майнових авторських прав, зокрема передача права на використання твору, а певні

організаційні дії, що сприяють розпоряджанню авторськими правами і вчиняються в інтересах правовласника.

Бачимо, що договір має консенсуальний та двосторонній характер.

Законодавець не дає чіткої відповіді на питання про оплатність договору; більшість вітчизняних дослідників наголошують на безоплатному його характері, оскільки ОКУ є невідприємницькою громадською організацією. Невизначеність з цього приводу, на нашу думку, не означає, що витрати за договором ОКУ має відносити на власний рахунок, логічно покладати ці витрати на автора.

Строк дії договору вказується у договорі, обмежується строком чинності відповідних прав або фактом членства в ОКУ.

Саме предмет, об'єкт та строк є істотними умовами договору.

Єдиної точки зору щодо приналежності договору про управління майновими правами на колективній основі до певного виду цивільно-правових договорів в рамках класифікації, що використана у Цивільному кодексі України, серед науковців немає. Так, договір про управління майновими правами на колективній основі відмежовують від ліцензійного авторського договору (відмінний предмет, а також те, що ОКУ діє у чужому інтересі), договору управління майном (безоплатність, акумулювання зібраної винагороди на загальному рахунку ОКУ).

ОКУ здійснюють повноваження щодо колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав від свого імені в інтересах правовласників, що демонструє його подібність з договором комісії, коли ОКУ виступає як посередник між автором і кінцевим користувачем, і з договором доручення, коли ОКУ є представником при захисті прав правовласника у суді.

В літературі висловлена думка про те, що за юридичною природою цей договір належить до групи договорів про надання послуг. Вчинення ОКУ дій як в інтересах автора від свого імені, так і від імені автора, можливість вчинення не лише правочинів, але і здійснення функцій захисту прав правовласника у суді, безоплатний характер діяльності ОКУ як некомерційної громадської організації), на думку І. Є. Якубівського, унеможливує визнання такого договору підвидом як договору комісії, доручення або агентування, так само і договору управління майном, де управителем може бути виключно суб'єкт підприємницької діяльності.

На нашу думку, в своєму оновленому варіанті договір про управління майновими правами на колективній основі є самостійним, специфічним договором у сфері інтелектуальної власності, а саме авторського права, безумовно стосується розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, і у класифікації ст. 1107 ЦК України потрапляє до п.5 ч.1, тобто є іншим договором щодо розпоряджання

майновими правами інтелектуальної власності, та має змішану правову природу.

Вже зараз очевидними є певні пробіли у правових підходах до регулювання договірних відносин у сфері колективного управління. Так, наприклад, оскільки акредитація ОКУ залежить від її репрезентативності, як наявності договорів із істотною кількістю правовласників (визначення терміна «істотність» у чинному законодавстві немає) та з аналогічними іноземними організаціями, цілком можлива ситуація, коли ОКУ не отримає акредитацію або за наявності об'єктивних причин її втратить. Що буде в такому випадку із правовласниками, які мали укладені договори з цією ОКУ, які наслідки для договору буде мати цей факт – спеціальних вказівок у Законі немає.

ЗМІСТ

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Галузеві юридичні науки

<i>Блага А. Б.</i> Потенціал місцевих органів влади у розбудові системи запобігання домашньому насильству	1
<i>Грицаєнко Л. Р.</i> Досвід Сполучених Штатів Америки щодо запобігання та протидії корупції	4
<i>Озерський І. В.</i> Юридичний психолог як експерт у галузі права: теоретико-правовий аналіз.....	8
<i>Валецька О. В.</i> Аналіз конвенції про права дитини як джерела права соціального захисту.....	10
<i>Виноградов А. К., Єйнікова К. В.</i> Проблеми впровадження інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб в Україні	12
<i>Кобак М. В., Коваль А. А.</i> Роль голови суду в забезпеченні незалежності та відповідальності суддів	14
<i>Коваль А. А.</i> Деякі проблеми проведення негласних слідчих (розшукових) дій у діяльності слідчого та оперативних підрозділів	16
<i>Колодочка О. Є.</i> Щодо питання удосконалення законодавства про адміністративну відповідальність	18
<i>Коновалов В. В., Юркова Г. В.</i> Характеристика причинного зв'язку в необережних злочинах	21
<i>Кравченко І. А.</i> До питання про суб'єктивну сторону складу домашнього насильства, передбаченого ст. 173-2 КУпАП.....	23
<i>Панченко С. С.</i> Щодо сучасних тенденцій у визначенні правової природи цивільно-правового строку	25
<i>Січко Д. С.</i> Окремі питання визначення способу стягнення аліментів	27
<i>Ткач Ю. Д., Наливко Н. В.</i> Providing the bases of national security of Ukraine criminal legal measures	28

<i>Тунтула О. С., Абдуллаєв Вагіф Ахмед-огли.</i> Корупційна складова асиметрії повноважень сторони захисту та обвинувачення в кримінальному провадженні.....	30
<i>Тунтула О. С., Лагода К. О.</i> Окремі питання передачі кримінальних проваджень за підслідністю	33
<i>Шаповалова О. І.</i> Визначення видової належності суб'єктивних цивільних прав	35
<i>Юркова Г. В., Коновалов В. В.</i> Похідні речові докази в кримінальному провадженні.....	37
<i>Шевчук А. О., Січко Д. С.</i> Правова природа кредитного договору та договору банківського вкладу за українським законодавством	40
<i>Нуриєва А. А., Голубицкий М. Ю.</i> Некоторые криминологические аспекты преодоления незаконного оборота наркотиков	44

Теорія, історія, філософія, соціологія права:
порівняльне правознавство

<i>Ковальова С. Г.</i> Ордалії як процесуальний доказ у судовому процесі XIII–XIV ст.: звичаєве право vs канонічне право	46
<i>Лісна І. С., Михайлів Т. Є.</i> Адвокатська таємниця у призмі нормативно-правових актів	50
<i>Титаренко А. А.</i> Міжнародні позови України до ЄСПЛ щодо захисту національних інтересів.....	52
<i>Мамчур Л. В., Ситцевой В.</i> Правова природа договору про управління майновими правами на колективній основі.....	54

Технічні редактори, комп'ютерна верстка *Н. Хасянова*.
Друк, фальцювально-палітурні роботи *С. Волинець*.

Підп. до друку 27.05.2019.

Формат 60x84¹/₁₆. Папір офсет.

Гарнітура «Times New Roman». Друк ризограф.

Ум. друк. арк. 3,48. Обл.-вид. арк. 3,46.

Тираж 23 пр. Зам. № 5758.

Видавець та виготівник: ЧНУ ім. Петра Могили
54003, м. Миколаїв, вул. 68 Десантників, 10.

Тел.: 8 (0512) 50-03-32, 8 (0512) 76-55-81, e-mail: rector@chmnu.edu.ua.

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6124 від 05.04.2018.

АДРЕСА ОРГКОМІТЕТУ:

**ОЛЬВІЙСЬКИЙ ФОРУМ – 2019:
СТРАТЕГІЇ КРАЇН ПРИЧОРНОМОРЬСЬКОГО РЕГІОНУ
В ГЕОПОЛІТИЧНОМУ ПРОСТОРИ**

XIII Міжнародна наукова конференція

Чорноморський національний університет
імені Петра Могили,
вул. 68 Десантників, 10,
м. Миколаїв, 54003, Україна

Тел.: 8 (0512) 50–03–32,

8 (0512) 76–55–81,

8 (0512) 76–55–99,

факс: 50–00–69, 50–03–33,

E-mail: avi@chmnu.edu.ua, rector@chmnu.edu.ua

